

PROCESSO - A. I. Nº 108880.0301/09-8
RECORRENTE - QUALYTEXTIL S.A.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JF nº 0099-05/10
ORIGEM - INFAZ INDÚSTRIA
INTERNET - 01.11.2012

3ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0002-13/12

EMENTA: ICMS. 1. PROGRAMA DESENVOLVE. PARCELA NÃO SUJEITA À DILAÇÃO DE PRAZO. a) FALTA DE RECOLHIMENTO. b) RECOLHIMENTO A MENOS. SUSPENSÃO DO BENEFÍCIO. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. A falta do recolhimento de ICMS, na data regulamentar, das parcelas não sujeitas à dilação de prazo, acarreta a perda do direito ao benefício, no respectivo mês, em relação às parcelas incentivadas, em razão do não atendimento de requisito regulamentar para fruição do benefício. Infrações modificadas, após dedução da parcela incentivada antes da ação fiscal. antidas. 2. ERRO NA DETERMINAÇÃO DO VALOR DA PARCELA INCENTIVADA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A operação de venda de mercadoria adquirida de terceiros não enseja a aplicação dos respectivo benefício, já que não se enquadra no conceito de operações próprias de que trata a legislação do Programa DESENVOLVE. Exigência mantida. Preliminar rejeitada. Diligência indeferida. Decisão não unânime. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão da 5ª Junta de Julgamento Fiscal (Acórdão JF nº 0099-05/10), que julgou Procedente a presente autuação, por meio da qual foram atribuídas ao sujeito passivo cinco irregularidades distintas, sendo objeto da irresignação do recorrente apenas os itens 1, 2 e 3, a seguir descritos:

INFRAÇÃO 1 – Deixou de recolher o ICMS nos prazos regulamentares, no valor de R\$ 28.498,32, acrescido da multa de 50%, referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios nos meses de fevereiro e setembro de 2006, em razão da falta de recolhimento, na data regulamentar da parcela não sujeita a dilação do prazo, perdendo o direito ao benefício em relação à parcela incentivada prevista pelo Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – DESENVOLVE, conforme disposto no art. 18 do Decreto nº 8.205/02. Foi salientado que “No mês de fevereiro de 2006 a empresa informou na DMA dados divergentes do livro Registro de Entradas, tendo lançado a crédito um valor maior que o constante no livro, apresentando um saldo credor (Anexo 1)”;

INFRAÇÃO 2 – Recolheu a menos o ICMS, no valor de R\$ 173.516,86, acrescido da multa de 60%, em razão de erro na determinação do valor da parcela sujeita a dilação do prazo prevista pelo Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – DESENVOLVE. A empresa efetuou os lançamentos de débito e crédito englobando todas as operações (própria e de terceiros), em vez de fazer duas apurações referentes às operações de industrialização e de comercialização. Tudo conforme demonstrativo, cópias de livros e documentos em anexo (Anexo 2);

INFRAÇÃO 3 – Recolhimento a menos do ICMS, no valor de R\$ 153.591,13, acrescido da multa de 100%, em razão de uso indevido de incentivo fiscal – dilação de prazo para pagamento de ICMS – relativo às operações próprias, em desacordo com a legislação do DESENVOLVE, modificando as características essenciais da obrigação tributária principal, de modo a reduzir o montante do imposto devido, evitando, assim, o pagamento. Foi salientado que “No mês de dezembro de 2005 a empresa deixou de escriturar nos livros fiscais e, conseqüentemente, de apuração do ICMS as notas fiscais de nºs 5346 a 5422. Verificando a DMA identifiquei a divergência com os livros fiscais citados, pois o contribuinte informou o valor das saídas com as notas não escrituradas, porém, não recolheu o ICMS devido sobre estas operações (30%) e lançou a diferença como se o valor fosse todo referente ao ICMS sujeito à dilação. Por esta razão o valor referente ao mês de dezembro foi cobrado integralmente. (Anexo 3).

A Junta de Julgamento Fiscal dirimiu a lide da seguinte forma, *in verbis*:

“(…)

O DESENVOLVE, instituído pela Lei nº 7.980/2001, é em verdade um mero incentivo diferido do momento do recolhimento do tributo, não havendo na sua regulamentação legal e infralegal a definição de qualquer dos elementos constitutivos do fato gerador do ICMS, em especial a base de cálculo do tributo.

O Poder Executivo Estadual, dentro dos limites estabelecidos para a sua atividade, editou o Decreto nº 8.205/02, no sentido de explicitar a lei instituidora, incluindo a situação de suspensão do benefício. Neste ponto, estabeleceu o Decreto Estadual, em seu art. 18, inserido no Capítulo dos Deveres e Sanções, uma espécie de “suspensão” do benefício na hipótese de não recolhimento do tributo não incentivado pela empresa devidamente habilitada. Teria, nesta situação, o Decreto Regulamentar extrapolado de seu caráter explicitador da norma legal, inovando acerca de situação não prevista em lei específica?

No nosso entender não houve o vício apontado na peça recursal, isso porque não se verificou a inovação no texto legal. A finalidade posta na norma regulamentar é no sentido de possibilitar o saneamento do vício que levaria ao cancelamento do incentivo, no exato momento do não preenchimento do requisito imprescindível para a habilitação no regime, qual seja, o pagamento do imposto estadual não alcançado pela dilação de prazo. A “suspensão” trata de situação jurídica preparatória da exclusão do regime, que por liberalidade do Estado concessor do benefício, possibilita ao beneficiário a não efetivação automática do cancelamento da benesse fiscal condicionada.

Conforme se deduz da leitura dos dispositivos insertos na Lei instituidora do incentivo fiscal do DESENVOLVE, a inadimplência é um dos motivos para o cancelamento do ato administrativo de concessão da benesse, sendo válido ao Poder Executivo, antes de aplicar a pena de exclusão, exigir o tributo, incentivado e não incentivado, pelo não atendimento pelos contribuintes das condições fixadas na norma legal instituidora.

Nesse sentido, prescreveu o art. 18 do Regulamento do DESENVOLVE (Decreto nº 8.205/02), que determina a não aplicação do benefício em relação ao(s) mês(es) em que não houve recolhimento da parcela não incentivada ou se verificou o recolhimento intempestivo:

Art. 18. A empresa habilitada que não recolher ao Tesouro do Estado, na data regulamentar, a parcela do ICMS não sujeita à dilação de prazo, perderá o direito ao benefício em relação à parcela incentivada naquele mês.

§ 1º Caso o atraso ocorra por 03 (três) meses consecutivos ou 06 (seis) meses alternados, o incentivo será automaticamente suspenso.

§ 2º A empresa que tiver o benefício suspenso, somente voltará a gozar do incentivo após a regularização total das obrigações de que trata o caput deste artigo.

Não há qualquer óbice na aplicação do dispositivo no caso concreto, visto que a exigência tributária é limitada ou circunscrita ao período em que o imposto deixou de ser recolhido ou na hipótese de pagamento fora do prazo regulamentar. Em se tratando de benefício condicionado, e vale ressaltar, condicionado, entre outras exigências, ao pagamento das parcelas do imposto não sujeitas à dilação prazal, o não atendimento pelo beneficiário da condição legal resulta na impossibilidade de gozo do benefício. Como o ICMS é imposto de apuração mensal, nos períodos de apuração em que a condição legal não foi atendida não há benefício. Nos períodos mensais em que houver o adimplemento da condição fixada na lei, há gozo do benefício.

No tocante à arguição de incompetência da autoridade fiscal para a exigência tributária em testilha, por entender o recorrente que deveria a autuação ser precedida, para a sua validade, de ato do Conselho Deliberativo do DESENVOLVE, também entendemos descabida. Pelas razões já expostas acima não houve no caso em exame a cassação do benefício, este sim, ato de competência daquele Conselho. Houve apenas a não aplicação das normas do incentivo no período em que o contribuinte não cumpriu as exigências fixadas na lei do DESENVOLVE, correspondente ao pagamento do ICMS não sujeito à dilação de prazo. Suspensão ou não aplicação do benefício não implica em cassação. O contribuinte foi mantido no DESENVOLVE, todavia, sem

direito ao benefício, exclusivamente no período mensal em que não cumpriu com as suas obrigações tributárias. Neste caso, temos uma relação sinalagmática ou bilateral, por se tratar de um incentivo fiscal condicionado.

Relativamente à alegação de coisa julgada administrativa entendo que a tese defensiva também merece ser acolhida. Isto porque o procedimento fiscal anterior que resultou na lavratura do AI nº108595.0002/07-5, limitou-se a verificar as parcelas que havia sido objeto de denúncia espontânea, portanto, tendo por base o ICMS denunciado pelo sujeito passivo. Por sua vez, na ação fiscal em exame, os auditores fiscais fizeram exames específicos na escrita fiscal do contribuinte, constando erros de apuração que não compuseram o levantamento fiscal anterior. Assim, diante da possibilidade legal do fisco renovar os procedimentos de fiscalização, dentro do período quinquenal de decadência, não vislumbro a ilegalidade apontada na peça de defesa.

Remanesce, portanto, para exame de mérito, as diferenças atinentes aos respectivos fatos geradores apurados, conforme será explicitado abaixo.

Em relação à infração 1, o crédito fiscal lançado a maior, no mês de fevereiro de 2006, se encontra devidamente demonstrado nos autos, pela divergência existente entre a escrita fiscal e a DMA apresentada pelo sujeito passivo.

Na infração 2 - restou provado nos autos que há mercadorias que foram importadas e também adquiridas em outras unidades da Federação, cujo CFOP correto, nas saídas subseqüentes, é o de revenda e que foram indevidamente levados para a apuração do ICMS postergado, do regime do DESENVOLVE, que abarca tão somente as operações com produtos industrializados pelo beneficiário. O próprio sujeito passivo reconhece que parte do débito apurado pelo fisco é devido.

Na infração 3, as operações de saídas com notas fiscais não levadas a débito na apuração do mês de dezembro de 2005 é fato foi expressamente admitido pelo contribuinte, quando o mesmo informou, na peça de defesa, que o erro na apuração do ICMS foi posteriormente corrigido na DMA e que a empresa não alterou o pagamento da parcela não incentivada para evitar a interpretação que conduziria à perda do benefício do Desenvolve naquele período mensal.

Ademais, o próprio contribuinte fez postulação no sentido de que não acolhidas as preliminares de nulidade, que as infrações sejam reduzidas, com cobrança apenas da diferença entre parcela não incentivada, de 30%, e as parcelas devidas, com acréscimo das penalidades acessórias, solicitando ainda a não inserção, na exigência fiscal, das quantias de ICMS sujeitas à dilação de prazo.

Ocorre que o Desenvolve, conforme já acentuamos acima, é benefício condicionado ao correto adimplemento das obrigações tributárias não alcançadas pela benesse. Como no caso em exame, houve apuração incorreta, cujo ICMS foi formalizado nos itens 1, 2 e 3 do presente Auto de Infração, o contribuinte, nos meses respectivos, perde o direito ao benefício. Portanto, as exigências fiscais procedem.

Todavia, no tocante a multa lançada na infração 3, entendo assistir razão ao autuado, visto que os autuantes enquadraram o fato no art. 42, inc. IV, letra “j”, da Lei nº 7.014/96, imputando ao sujeito passivo a conduta dolosa de cometer uma fraude. Nessa situação a fraude não se presume, devendo ser objeto de demonstração por parte de quem acusa. Não havendo demonstração inequívoca da intenção de lesar os interesses do fisco, entendo que a infração deve ser apenada no mesmo percentual da infração 2, de 60%, prevista no art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96, pois estas imputações se encontram relacionadas ao recolhimento a menos do ICMS em razão de erro na determinação do valor da parcela sujeita à dilação de prazo prevista para o benefício do Desenvolve.

(...)

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, sem redução do imposto lançado, adequando tão-somente a multa da infração 3, que passa de 100% para 60% do valor do imposto lançado.”

Não se conformando com a Decisão de 1ª instância, o sujeito passivo apresentou, tempestivamente, às fls. 1.126 a 1.151 dos autos, Recurso Voluntário onde, em relação às infrações 1 e 3, argumenta ausência de competência dos autuantes para decretar o afastamento do benefício do DESENVOLVE, visto que: “se ao Conselho Deliberativo cabe conceder o benefício, a ele também cabe afastar o benefício, temporariamente ou definitivamente, a teor do art. 19 do Decreto nº 8.205/02, competindo aos Auditores Fiscais o dever de comunicar o descumprimento das regras do benefício àquele órgão, bem como constituir o crédito tributário após a sua aprovação, por Resolução.”, do que concluiu ser nulo o lançamento de ofício por violação ao princípio do devido processo legal.

Sobre o argumento da violação à coisa julgada administrativa, o recorrente aduz que, ao contrário do que afirma o voto, há, sim, violação ao princípio de segurança jurídica, pois, após um longo e desgastante processo administrativo fiscal, o CONSEF, por uma das Câmaras, decide que em relação a determinados meses a recorrente tem o direito de apurar o imposto conforme as regras do

DESENVOLVE e, anos após a decisão, outra fiscalização se dirige ao estabelecimento, investiga os mesmos meses e encontra supostos erros de apuração do imposto, resultando em nova perda do benefício. Diz até aceitar pagar exclusivamente o ICMS daquelas operações atualmente apuradas, mas a consequência jurídica pretendida é outra, ou seja, a perda do benefício em todo o período. Questiona que segurança é esta de decretar novamente a perda de um benefício já investigado porque uma ou outra nota fiscal não foi apurada e determinar a cobrança do ICMS de todo o período já fiscalizado? Logo, este CONSEF, em homenagem ao princípio da segurança jurídica, deve reconhecer que, após ser instigado por Auditoria Fiscal, por meio de processo administrativo válido, reconheceu que a recorrente tem o direito ao benefício nos meses analisados. Ressalta que o contribuinte não pode ser apenado porque a fiscalização anterior não foi eficiente e não exauriu todos os meios de investigação, nem pode ficar sujeito à perda do benefício por análises individuais de cada Auditor. Assim, o recorrente defende que deve ser acolhida a preliminar de nulidade. Por fim destaca que, como confessam os autuantes e o próprio relator, a perda do benefício do DESENVOLVE não está fundamentada na falta de pagamento, mas no pagamento a menor da parcela não-incentivada decorrente de erros de apuração cometidos pelo contribuinte, do que se deve fazer a distinção entre falta de pagamento e pagamento a menor da parcela incentivada, uma vez que, como já decidiu o CONSEF, apenas quando há falta de pagamento pode ser decretada a perda do benefício. Diz que no caso de pagamento a menor deve ser mantido o benefício, exigindo-se apenas a diferença do ICMS não recolhido, do que cita o Acórdão JJF nº 0080-03/07.

Sustenta que, caso ultrapassadas as preliminares de nulidade, deve ser exigida a diferença de ICMS reclamada, decorrente do erro da apuração do contribuinte, mantendo-se o benefício em relação às parcelas incentivadas, cuja solução concilia os interesses do Estado da Bahia sem desprestigiar a coisa julgada administrativa. Por fim, na absurda hipótese de ser confirmada a perda do benefício, o recorrente requer que sejam deduzidos do montante devido os pagamentos de ICMS referentes às parcelas incentivadas, uma vez que a fiscalização não efetuou tal apuração e ameaça causar um ilegal *bis in idem*.

Em relação à infração 2, diz a recorrente ter ficado com a sensação de que faltou a conclusão do voto, pois o relator afirma que existe prova nos autos de que mercadorias importadas e também adquiridas internamente foram revendidas, mas indevidamente foram levadas à apuração do imposto postergado. Por fim diz que o próprio sujeito passivo reconhece parte do débito.

Afirma a recorrente ser absolutamente verdade que existiram algumas mercadorias revendidas cujo ICMS foi indevidamente apurado na parte incentivada e a recorrente reconheceu este débito, tanto que já efetuou o pagamento, usufruindo os benefícios da Lei nº 11.908/10, do que requer que o pagamento seja homologado em momento oportuno. Contudo, em relação à parte do débito que não reconhece, pois efetivamente promoveu a industrialização, indaga qual o julgamento do débito não reconhecido? Concluiu que não há resposta. Assim, requer que a Câmara julgue a matéria, reconhecendo que houve industrialização das mercadorias e, portanto, há direito de incluir o ICMS a elas relativo na apuração da parte incentivada, do que pede diligência, se necessária.

Em seguida, passa a transcrever integralmente os argumentos apresentados na sua peça de defesa para, ao final, requerer também que sejam homologados os pagamentos já efetuados das infrações 2 (parcial), 4 e 5, conforme documentos às fls. 1.154 a 1.158 dos autos.

Às fls. 1.165 a 1.167 dos autos, consta extrato do SIGAT – Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária, com os pagamentos efetivados dos valores reconhecidos.

A PGE/PROFIS, no Parecer de fl. 1.171 dos autos, opinou pelo Não Provimento do Recurso Voluntário, por entender que a alegação da recorrente de homologação pelo Fisco não procede, já que a exigência de fiscalização prévia não impede que o Estado da Bahia verifique, dentro do período decadencial, possível diferença de imposto devido.

Em relação à incompetência do Fisco para exclusão da empresa do Programa Desenvolve, o opinativo concorda com a JJF que o verificado no presente caso é a falta de recolhimento da parcela não incentivada, o que gera a perda ao benefício em relação à parcela incentivada daquele mês, não sendo o caso de exclusão do Programa, como quer fazer parecer a recorrente.

No tocante aos valores reconhecidos relativos à infração 2, a PGE/PROFIS entende que foram indevidamente incluídas nos cálculos da parcela incentivada algumas operações de revenda, o que confirma a exigência fiscal, já que o benefício se restringe a mercadorias produzidas pela indústria.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte, conforme previsto no art. 169, I, “b”, do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, no sentido de modificar a Decisão da 1ª instância inerente às três primeiras infrações, as quais foram julgadas subsistentes pela Decisão recorrida.

Inicialmente, nos termos do art. 147 do RPAF, indefiro o pedido de diligência do recorrente, em razão de considerar suficientes para a formação de minha convicção os elementos contidos nos autos.

Quanto às razões recursais, observo que, tanto a título de preliminares, quanto de mérito, já haviam sido propostas pelo recorrente quando da sua impugnação ao Auto de Infração. Assim, concluo que as razões do Recurso Voluntário não trazem qualquer fato novo capaz de modificar a Decisão recorrida, a qual se encontra devidamente fundamentada, sendo naquela oportunidade apreciadas todas as alegações de defesa, senão vejamos:

Inerente às infrações 1 e 3, decorre da perda automática do direito do benefício do DESENVOLVE, em relação à parcela incentivada, nos meses em que a empresa habilitada não recolheu, no prazo regulamentar, a parcela do ICMS não sujeita à dilação, conforme previsto no caput do art. 18 do Regulamento do DESENVOLVE, aprovado pelo Decreto nº 8.205/02. Assim, ao contrário do que afirma o recorrente, não se trata de exclusão como faz crer o patrono do autuado, tendo os autuantes competência para aplicação da norma prevista, a título de suspensão do benefício no mês em que o beneficiário se encontra inadimplido do recolhimento da parcela do ICMS não incentivada. Em consequência, corroboro com o entendimento do relator da Decisão recorrida, a seguir:

Não há qualquer óbice na aplicação do dispositivo no caso concreto, visto que a exigência tributária é limitada ou circunscrita ao período em que o imposto deixou de ser recolhido ou na hipótese de pagamento fora do prazo regulamentar. Em se tratando de benefício condicionado, e vale ressaltar, condicionado, entre outras exigências, ao pagamento das parcelas do imposto não sujeitas à dilação prazal, o não atendimento pelo beneficiário da condição legal resulta na impossibilidade de gozo do benefício. Como o ICMS é imposto de apuração mensal, nos períodos de apuração em que a condição legal não foi atendida não há benefício. Nos períodos mensais em que houver o adimplemento da condição fixada na lei, há gozo do benefício.

Verifica-se que os meses de fevereiro e setembro de 2006, em relação à primeira infração, e de dezembro de 2005, à terceira infração, o contribuinte deixou de adimplir o recolhimento do ICMS da parcela não sujeita à dilação, consoante demonstrado às fls. 12/13 e 94/95 dos autos, perdendo o direito do benefício em relação à parcela incentivada prevista pelo DESENVOLVE.

Alega o recorrente violação ao princípio de segurança jurídica, pois o CONSEF, através do Acórdão nº 0027-12/09, inerente ao Auto de Infração nº 108595.0002/07-5, decidiu que o contribuinte tem direito de apurar o imposto conforme as regras do DESENVOLVE nos aludidos meses, sob o entendimento de que o contribuinte efetuou o pagamento do imposto devido, em relação às parcelas não sujeitas ao benefício do DESENVOLVE, antes do início da ação fiscal, mediante “denúncia espontânea”, acarretando a manutenção do benefício.

A Decisão recorrida se fundamentou no fato de que o *procedimento fiscal anterior* limitou-se a verificar as parcelas que haviam sido objeto de denúncia espontânea, portanto, tendo por base o ICMS denunciado pelo sujeito passivo. Já a *ação fiscal em análise*, os autuantes fizeram exames específicos na escrita fiscal do contribuinte, constatando erros de apuração que não compuseram o levantamento fiscal anterior. Assim, diante da possibilidade legal do fisco renovar os procedimentos de fiscalização, dentro do período quinquenal de decadência, a JJF não vislumbrou a ilegalidade apontada na peça de defesa.

Da análise da questão, não observo violação ao princípio de segurança jurídica o fato de se exigir o ICMS nos meses objeto de lançamento de ofício anterior, cuja exação foi afastada, caso se venha a comprovar a pertinência da cobrança e o lançamento do crédito tributário seja dentro do prazo decadencial do direito de a Fazenda Estadual constituir-lo, haja vista que o tributo é bem inalienável

e a decisão administrativa não exime o contribuinte de cumprir com suas obrigações tributárias, ainda mais quando se apura fatos-geradores não compreendidos no lançamento anterior.

Assim, diante de tais considerações rejeito as preliminares de nulidade argüidas pelo recorrente em relação a ausência de competência dos autuantes para decretar o afastamento do benefício do DESENVOLVE e sobre o argumento da violação à coisa julgada administrativa.

Por outro lado, concordo com o recorrente no sentido de que apenas quando há falta de pagamento, na data regulamentar, da parcela do ICMS não sujeita à dilação, pode ser decretada a perda do benefício. Assim, ocorrendo a inadimplência, mesmo que temporária, há de recolher o ICMS sem qualquer incentivo, consoante previsão legal contida no caput do art. 18 do Regulamento do DESENVOLVE, aprovado pelo Decreto nº 8.205/02, a seguir transcrito:

Art. 18. A empresa habilitada que não recolher ao Tesouro do Estado, na data regulamentar, a parcela do ICMS não sujeita à dilação de prazo, perderá o direito ao benefício em relação à parcela incentivada naquele mês.

Em consequência, no caso de pagamento a menos deve ser mantido o benefício, exigindo-se apenas a diferença do ICMS não recolhido, conforme pleito do recorrente.

Contudo, no caso presente, no que diz respeito à primeira infração, relativa aos meses de fevereiro e setembro de 2006, consoante demonstrativos às fls. 12 e 13 dos autos, observa-se que não houve qualquer recolhimento da parcela não dilatada relativo às operações próprias, sendo apurado o ICMS devido de R\$ 7.899,70 e de R\$ 20.598,62, respectivamente, ocorrendo assim a perda do direito do benefício em relação à parcela incentivada nos citados meses.

Cabe ressaltar que, conforme interpretação literal da norma, o fato de o contribuinte supostamente ter realizado denúncia espontânea não o habilita a recuperar as benéncias do incentivo fiscal nos meses em que ocorreu a mora, sendo irrelevante o fato alegado pelo recorrente, à fl. 1.135 dos autos, de que “...*demonstrou ter confessado e pago por meio de denúncia espontânea a parte não incentivada inadimplida*,...”. Ademais, conforme salientado pelos autuantes, à fl. 966 dos autos, na Denúncia Espontânea nº 6.000.002.119.067A, às fls. 71 e 973, não se reporta aos meses em questão.

Quanto ao pleito do recorrente de que sejam deduzidos do montante devido os pagamentos de ICMS referentes às parcelas incentivadas, uma vez que a fiscalização não efetuou tal apuração e ameaça causar um ilegal *bis in idem*, vislumbro que, conforme relação de DAE às fls. 15 a 26 dos autos, só há pagamento de R\$4.009,06, em 20/03/2008, referente parcela incentivada do mês de setembro/2006, cuja quantia deve ser deduzida do ICMS exigido de R\$20.598,62, remanescendo o valor de R\$16.589,56, relativo ao citado mês de setembro/2006, inerente à primeira infração.

Portanto, diante de tais considerações, considero parcialmente subsistente a primeira infração, no valor de R\$ 24.489,26, sendo: R\$ 7.899,70, relativo ao mês de fevereiro/2006, e R\$ 16.589,56, ao mês de setembro/2006.

Quanto à terceira irregularidade, da mesma forma que a primeira infração, o autuado, no mês de dezembro/2005, não recolheu o ICMS devido da parcela não dilatada relativo às operações próprias, apurada no valor de R\$ 26.617,47, ensejando na perda do direito do benefício em relação à parcela incentivada, sendo exigido o ICMS no valor de R\$ 153.591,13, conforme documentos às fls. 94/95 e 100 dos autos. Contudo, considerando que não houve o recolhimento do citado valor de R\$ 26.617,47, o ICMS devido no mês é de R\$ 180.208,61, como apurado à fl. 95 dos autos, de cujo valor deve ser deduzida a quantia de R\$ 52.876,33, recolhida em 20/03/2008, referente parcela incentivada do mês de dezembro/2005 (fl. 21), remanescendo o ICMS de R\$ 127.332,28, inerente à terceira infração.

Assim, diante de tais considerações, considero parcialmente subsistente a infração 3, no valor de R\$ 127.332,28.

Contudo, caberá à autoridade competente intimar o sujeito passivo para recolher os acréscimos tributários incidentes sobre os valores recolhidos intempestivos, nos termos previstos nos artigos 137 a 139 do RICMS/97, vigente à época.

Por fim, em relação à segunda infração, a Decisão recorrida é conclusa pela procedência da exação fiscal, ao afirmar que as mercadorias foram revendidas cujo ICMS foi indevidamente apurado na

parte incentivada. Assim, descabida a alegação recursal de que ficou a sensação de que faltou a conclusão do voto.

As operações de vendas de mercadorias adquiridas de terceiros não ensejam a aplicação dos respectivos benefícios. Vale esclarecer que a autuação está lastreada em livros e documentos fiscais do próprio sujeito passivo. As notas fiscais, como curial, constituem a prova efetiva da ocorrência do fato gerador para fins de incidência do ICMS. Os livros fiscais, de seu turno, devem refletir, com fidelidade, os documentos fiscais relativos às operações e prestações realizadas pelo contribuinte, consoante se observa do art. 319, do RICMS/97, vigente à época, a seguir transcrito:

“Art. 319. A escrituração dos livros fiscais será feita com base nos documentos relativos às operações ou prestações realizadas pelo contribuinte, sob sua exclusiva responsabilidade e na forma estabelecida pela legislação tributária”.

A análise desses livros e documentos fiscais, às fls. 28 a 92 dos autos, revela o acerto da acusação fiscal, cujos números não foram contestados pela recorrente, a qual se limitou a afirmar que, em relação à parte do débito que não reconhece, efetivamente promoveu a industrialização e, portanto, há direito de incluir o ICMS a ela relativo na apuração da parte incentivada, do que alega em seu favor que a indicação do CFOP 5102, correspondente à venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros, ocorreu por puro equívoco do setor de vendas da empresa, pois, de fato, a recorrente industrializa tais produtos, de modo que a codificação da operação deveria ser de venda de produção, a exemplo de botas e capacetes, conforme processo produtivo que descreve e documentos às fls. 359 a 388 dos autos.

Entretanto, tais provas não destituem os dados informados pelo próprio sujeito passivo, quando da emissão de seus documentos fiscais, os quais servem de lastro para a escrituração dos seus livros fiscais, ainda mais quando existem importações e lançamentos no livro Registro de Entradas destes produtos como adquiridos de terceiro para comercialização, conforme salientado na informação fiscal, à fl. 967 dos autos, e admissão expressa de parte da infração pelo autuado, no valor de R\$ 16.676,60. Logo, pela documentação fiscal, não foi o recorrente quem industrializou os produtos que, posteriormente, foram comercializados. A tese do recorrente, nas circunstâncias, não encontra respaldo nos autos, o que desautoriza a modificação da Decisão de piso.

Ante o exposto, rejeitada as preliminares de nulidade, indeferida a diligência solicitada e analisada as razões de mérito, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, em razão das deduções dos valores recolhidos referentes às parcelas incentivadas, sob código nº 2.167, ICMS PROGRAMA DESENVOLVE, o que reduziu os valores originalmente exigidos nas infrações 1 e 3 do lançamento de ofício.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **108880.0301/09-8**, lavrado contra a **QUALYTEXTIL S.A.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$858.539,92**, acrescido das multas de 50% sobre R\$24.489,26 e 60% sobre R\$834.050,66, previstas no art. 42, incisos I, “a”, II, alíneas “a” e “f” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de outubro de 2012.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAUJO – PRESIDENTE/RELATOR

MARIA OLÍVIA TEIXEIRA DE ALMEIDA – REPR. DA PGE/PROFIS