

A. I. N° - 147323.0063/11-6
AUTUADO - BRIDGESTONE DO BRASIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.
AUTUANTES - ANSELMO LEITE BRUM e JAYME GONÇALVES REIS
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
INTERNET 09.02.2012

5^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0003-05/12

EMENTA: ICMS. 1. DESENVOLVE. ERRO NA PARCELA SUJEITA A DILAÇÃO DE PRAZO. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Comprovado que o contribuinte deixou de excluir do cálculo da parcela incentivada os valores relativos às operações não incentivadas, assim como às operações de industrialização feitas por terceiros em outras unidades da Federação. Exigência subsistente. 2. LIVROS E DOCUMENTOS FISCAIS. ENTRADAS DE MERCADORIAS NÃO REGISTRADAS. MULTAS. **a)** MERCADORIAS SUJEITAS A TRIBUTAÇÃO; **b)** NÃO TRIBUTÁVEIS. Exigências comprovadas, sendo a segunda, objeto de reconhecimento. 3. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** VALOR SUPERIOR AO DESTACADO; **b)** MATERIAL DE CONSUMO. Exigências reconhecidas e recolhidas pelo autuado. 4. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RETENÇÃO DO ICMS SOBRE O FRETE. Comprovado o recolhimento a menos do ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, na condição de tomador do serviço por transportadoras não inscritas no Estado da Bahia, como também por transportadoras inscritas nesse Estado. Exigência subsistente. Indeferido o pedido de diligência e/ou perícia e rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 30/06/2011, e reclama o valor de R\$ 4.016.796,70, inerente aos exercícios de 2007 a 2010, sob acusação de cometimento das seguintes infrações:

1. Recolheu a menor o ICMS, no valor de R\$ 3.398.232,18, em razão de erro na determinação do valor da parcela sujeita a dilação de prazo, prevista pelo Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – DESENVOLVE, uma vez que o contribuinte deixou de excluir do cálculo da parcela incentivada os valores relativos a operações não incentivadas, assim como deixou de excluir o efeito da industrialização feita por terceiros em outras unidades da Federação (art. 22 do Decreto nº 8.205/2002). Ainda foi consignado que:

“Como resultado, demonstramos nos anexos 1, 1A, 1B e 1C a ocorrência de recolhimentos a menor do ICMS mensal relativo às operações próprias, assim como, em alguns meses, recolhimentos a maior. Para fins de apuração dos valores líquidos devidos deduzimos dos valores recolhimentos a menor os montantes recolhidos a maior em meses anteriores, somente incluindo na autuação os valores líquidos devidos. Para fins de apuração da parcela a excluir relativamente às industrializações efetuadas por terceiros, elaboramos os Anexos 2 e 3, para demonstração dos cálculos que estão de acordo com a IN 27/09. Nos anexos 1, 1A, 1B e 1C, fica também demonstrada a ocorrência de recolhimentos a mais e a

menos do ICMS relativamente à parcela dilatada. Como os valores recolhidos a menos são inferiores aos recolhidos a maior, deixamos de cobrar os mesmos, mediante compensação, já que os recolhimentos a mais ocorreram anteriormente aos feitos a menor, razão de não restar devido sequer acréscimos moratórios.”

2. Multa de R\$ 84.099,53, correspondente ao porcentual de 10% sobre as entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas à tributação, sem o devido registro na escrita fiscal;
3. Multa de R\$ 7.458,88, correspondente ao porcentual de 1% sobre as entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis, sem o devido registro na escrita fiscal;
4. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, no montante de R\$ 2.405,60, em valor superior ao destacado nos documentos fiscais;
5. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$ 10.747,44, relativo à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento;
6. Deixou de proceder a retenção do ICMS, no valor de R\$ 513.853,07, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às prestações de serviços de transporte interestaduais e intermunicipais, efetuadas por autônomo ou empresa transportadora não inscrita neste Estado. Foi consignado, ainda, que:

“Nos exercícios de 2008 e 2009 conforme Anexos 8A e 8B, relacionamos os Conhecimentos de Transportes que nos foram entregues pelo contribuinte, apurando o valor do ICMS que deveria ter sido retido e recolhido e cotejamos com os valores dos recolhimentos efetuados, conforme informações do nosso sistema de arrecadação, que relacionamos no Anexo 8C, resultando no valor recolhido a menor mensalmente, conforme fica evidenciado. Não pudemos afirmar ter havido a retenção por isso cobramos os valores recolhidos a menor como não retidos por substituição, na qualidade de responsável, que é atribuída ao contribuinte pelo Artigo 380 do RICMS/BA.”

O sujeito passivo, representado por procuradora legalmente constituída, em sua defesa às fls. 269 a 292, apresenta impugnação ao Auto de Infração, onde, preliminarmente, aduz que efetuou o pagamento integral dos débitos relativos às infrações 3, 4 e 5, do que requer a declaração da extinção do crédito tributário, na forma do art. 156, I, do CTN.

Quanto à infração 1, inicialmente ressalta que tem por objeto social a fabricação e comercialização de pneumáticos, com estabelecimentos no Estado da Bahia, como também que está habilitado no Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – DESENVOLVE, conforme Resolução nº 90/2006, a qual referendou a Resolução nº 50/2005, sendo, portanto, beneficiária dos incentivos fiscais previstos no Decreto nº 8.205/2002.

Destaca que um dos processos realizados na fabricação dos pneumáticos denomina-se “Calandragem”, que nada mais é do que a formação da lona de corpo e a lâmina de estanque para composição do pneu, o que pode ser melhor demonstrado no portfólio da fabricação do pneu Bridgestone (doc. 08). Registra que, para realizar o processo de Calandragem, encaminha ao seu estabelecimento em Santo André/SP, matérias primas e produtos intermediários que são utilizados exclusivamente para a produção do composto, o qual, por sua vez, será submetido ao processo de calandragem para posterior remessa ao estabelecimento na Bahia onde será utilizado no final do processo de produção dos pneumáticos. Dessa forma, considerando que o composto final transferido da unidade de São Paulo para Camaçari será utilizado para a produção de pneumáticos, conforme determina o Programa DESENVOLVE, os débitos e créditos realizados nas operações de transferência acima citada são computados na apuração do benefício do referido programa.

Assim, sustenta que não merece prevalecer a exigência dos débitos identificados no CFOP 2124 e 6152, na medida em que a simples transferência de matérias primas de um estabelecimento, de mesma titularidade, não afronta os objetivos do Programa de DESENVOLVE, os quais encontram-se enunciados no artigo 1º do Decreto nº 8.205/2002. Ressalta que, em 01/12/2008, protocolou

perante a Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, Consulta Administrativa nº 248312/2008-2 (doc. 09), objetivando a manifestação expressa quanto à utilização do benefício do Programa DESENVOLVE nas operações de transferência de matéria prima responsável pelo processo de Calandragem ao seu estabelecimento em Santo André/SP (Matriz), retornando com o composto calandrado através da mesma operação ao estabelecimento localizado no Estado da Bahia e que, até a presente data, não houve manifestação da SEFAZ/BA. Assim, considerando o disposto no artigo 158 do COTEB, deve ser cancelada referida infração por ausência de exigibilidade.

Aduz que a Instrução Normativa nº 54/2009, no item 2.2.6, estabelece que uma das operações pelas quais os débitos fiscais não estão vinculados ao Programa do DESENVOLVE, é a “Industrialização efetuada por outra empresa – CFOP 2124”, do que entende que se exclui do Programa DESENVOLVE, as operações de industrialização realizadas por outra empresa, o que não ocorre no caso concreto, uma vez que se tratam de estabelecimentos da mesma empresa.

Registra, ainda, que o processo de calandragem não configura industrialização propriamente dita, trata-se apenas de uma etapa do processo da fabricação dos pneus, que só pode ser realizada no seu estabelecimento localizado em Santo André/SP, pelo fato de que o estabelecimento localizado em Camaçari não possui a máquina que realiza a calandragem, logo, o que se verifica *in casu* é a continuidade do processo de fabricação, sendo que a industrialização somente se concretiza em Camaçari/BA, não acarretando nenhum prejuízo ou desconforto em relação ao investimento ao Estado da Bahia, ou seja, cumprindo com os objetivos do Programa DESENVOLVE.

Além disso, aduz o autuado que, mesmo se devido fosse o crédito tributário exigido na infração 01, a fiscalização aplicou a alíquota correspondente a 17%, sendo que o correto é 12%, conforme disposto no artigo 50, inciso II do RICMS/BA. Assim, requer seja considerada nula a exigência correspondente à infração 02(?), na medida em que contém vício que acarreta a nulidade da referida autuação.

Em seguida, salienta que os contribuintes habilitados no Programa DESENVOLVE, como é o caso da impugnante, possuem alguns benefícios dos quais se destacam o pagamento dilatado do saldo devedor mensal do ICMS. Registra que a fiscalização reconheceu pagamentos considerados a maior, no tocante à parcela do pagamento dilatado, ensejando o direito à restituição/compensação do montante, correspondente a R\$ 332.898,80. Assim, tem direito à compensação dos valores recolhidos a maior com os valores a título de ICMS-ST, correspondente às operações realizadas.

Também aduz que, conforme se verifica nas infrações nº 01, 02 e 06, a multa aplicada recaiu sob o valor da operação realizada pela impugnante, mostrando demasiadamente excessiva frente à infração supostamente caracterizada. Aduz que, no caso em tela, há de se verificar se a Lei Estadual que prevê a multa de 10% ou 60% sobre a diferença da base de cálculo utilizada e não do imposto não pago está em consonância com o critério de razoabilidade e proporcionalidade, consagrado pelo Supremo Tribunal Federal, do que afirma que não está. Assim, defende que deve ser excluída a multa imposta, tendo em vista a manifesta constitucionalidade. Cita doutrina e jurisprudência.

No tocante à infração 02, destaca que as referidas operações são classificadas como tributadas, razão pela qual o autuado tem direito ao creditamento do ICMS a recolher, o que, por sua vez, deve ser levado em consideração, conforme preconiza o artigo 93, inciso II, § 2º do RICMS/BA. Dessa forma, tendo em vista o direito ao crédito extemporâneo, requer seja desconsiderada a aplicação da multa de 10% sobre a alegação da ausência de escrituração fiscal das mercadorias ali indicadas, ou se assim não preferir, requer seja compensado o referido valor com o crédito extemporâneo pelo qual tem direito.

Inerente à infração 06, o autuado alega que, no que se refere aos valores relativos ao conhecimento de transporte, verifica-se que a fiscalização utilizou como fundamento da exigência fiscal o artigo 380 do RICMS/BA, ou seja, apenas às operações com transportadoras consideradas como não cadastradas no Estado da Bahia, o que merece maior atenção, na medida em que as operações realizadas pela ora impugnante não se enquadram na regra do artigo 380 do RICMS/BA,

uma vez que os conhecimentos de transporte, objeto desta infração, correspondem às operações realizadas com transportadoras cadastradas no Estado da Bahia, sendo, portanto, ilegítima referida exigência fiscal. Invoca o princípio do “*in dubio contra fiscum*”, positivado art. 112, III, do CTN e ressalta que a não aplicação dos fatos no que dispõe o art. 380 do RICMS, gera, via de consequência, notória modificação no critério jurídico de lançamento com aquilo que efetivamente é realizado pela impugnante e, via de consequência, acarreta a nulidade do ato administrativo praticado.

Por fim, requer que seja autorizada a produção de prova pericial técnica contábil, bem como realização de eventual diligência no decorrer do processo administrativo e, principalmente, no tocante à infração 6.

Na informação fiscal, às fls. 377 a 381 dos autos, em relação à infração 1, no tocante às alegações de defesa, acerca da calandragem, de que os débitos e créditos gerados nas operações de transferência e retorno são computados na apuração do benefício, sendo que a exclusão das operações do cálculo da parcela incentivada afronta os objetivos do Programa Desenvolve, os autuantes “*Ratifica que não exclui as operações do cálculo da parcela incentivada*”. (sic).

No que se refere à consulta à SEFAZ, realizada em 01/12/2008, relativamente à matéria, a qual o autuado alega que não obteve resposta, os autuantes aduzem que a consulta foi respondida em 30/12/2008, conforme Parecer nº 26550/2008, do qual a empresa foi cientificada em 13/01/2009, conforme consta dos registros eletrônicos da SEFAZ – INC, onde está claramente esclarecido que devem ser segregadas as operações objeto da contestação, para fins de apuração da parcela incentivada. Assim, entendem ser este argumento imprestável.

Com relação à alegação de que a Instrução Normativa nº 54/2009 estabelece a exclusão, para fins de apuração da parcela incentivada dos valores de ICMS gerados em função da industrialização efetuada por outra empresa, o que não ocorre no seu processo de calandragem, por que é realizado em estabelecimento da própria empresa, situado em outra unidade da Federação, os autuantes sustentam que o estabelecimento incentivado é o fiscalizado e autuado e não todos os estabelecimentos da empresa, não tendo o Estado da Bahia, inclusive, competência para incentivar atividades de estabelecimentos de empresas instalados em outros Estados da Federação, devendo-se observar, para fins de apuração do ICMS, o princípio da autonomia dos estabelecimentos.

Inerente à alegação de que o processo de calandragem não configura industrialização propriamente dita, tratando-se apenas de uma etapa do processo fabril de pneus e que a industrialização propriamente dita ocorre em Camaçari/BA, os autuantes informam que esta declaração somente ratifica a necessidade de exclusão dos cálculos do incentivo fiscal, das operações que contesta.

Quanto à alegação de que a alíquota interna aplicada para cálculo é errada, visto que as operações são interestaduais, os autuantes dizem que a alíquota aplicada não foi nem a interestadual nem a interna, pois, nesses casos, a alíquota aplicada é a média, conforme explicitado na Instrução Normativa nº 56/09. Assim, sustentam que não se pode reconhecer essa alegação como elemento de defesa.

Em relação ao argumento de que os contribuintes habilitados no programa desenvolve possuem alguns benefícios, dentre os quais o pagamento dilatado do saldo devedor mensal do ICMS, e que a fiscalização reconheceu pagamentos a maior, ensejando direito à restituição, os autuantes esclarecem que são claros os demonstrativos e lógico é o raciocínio em relação aos recolhimentos. Quando a parcela incentivada é calculada a maior, o imposto normal apurado para o período sofre redução indevida e a parcela incentivada quando recolhida, será em valor superior ao devido se tivesse sido calculada corretamente. Dizem que é o que fica demonstrado e, havendo recolhimento a maior, conforme detectaram e que não foi objeto do Auto de Infração, cabe ao contribuinte requerer a restituição do indébito, na forma estabelecida na legislação.

No tocante à alegação de que a multa é demasiadamente excessiva, aduzem que as multas indicadas obedecem à legislação tributária estadual vigente e não é o CONSEF o foro apropriado para os questionamentos levantados pelo autuado.

Quanto à infração 2, os autuantes aduzem que o direito ao creditamento pode ser exercido pelo contribuinte inclusive intempestivamente, porém não cabe como argumento de defesa contra a aplicação da multa por descumprimento de obrigação tributária acessória. Dizem não conseguir vislumbrar elementos para defesa nos argumentos apresentados pelo autuado.

Por fim, em relação à infração 6, os autuantes destacam que a empresa faz recolhimentos de ICMS sobre contratação de serviços de transportes, na condição de responsável por substituição, num só DAE mensal, inviabilizando desassociar os recolhimentos relativos aos conhecimentos emitidos por transportadoras inscritas na Bahia como por transportadoras não inscritas no nosso Estado. Assim, diante desta impossibilidade, juntaram todos os conhecimentos e invocaram o artigo 380, que estabelece a obrigação da retenção nos incisos I e II (aplicáveis ao caso), mas o autuado apenas invocou o primeiro inciso. Asseveram que o recolhimento a menor ocorreu e os anexos específicos demonstram os serviços contratados, os valores que deveriam ter sido retidos e recolhidos, e os valores dos recolhimentos efetivamente realizados. No entanto, quanto à fundamentação da infração, reconhecem não ter sido tão precisa, por conta das limitações contidas no sistema de geração do Auto de Infração, todavia, este fato, ao teor do artigo 19 do RPAF/BA, não implica em nulidade do lançamento, pois os demonstrativos são suficientes para o entendimento e quantificação da infração.

Intimado a tomar ciência da informação fiscal, o contribuinte apresenta nova manifestação, às fls. 383 a 387 dos autos, na qual, inicialmente, informa que a fiscalização “*ratifica que não exclui as operações do cálculo da parcela incentivada*”, contudo, não é o que demonstra a descrição da infração 01, na medida em que acusa a impugnante de que “*deixou de excluir do cálculo da parcela incentivada pelo Programa DESENVOLVE, os valores relativos às operações não incentivadas assim como deixou de excluir o efeito da industrialização feita por terceiros em outras unidades da federação*”. Reitera seu entendimento de que a exigência dos débitos identificados no CFOP 2124 e 6152, não merece prevalecer, na medida em que a simples transferência de matérias primas de um estabelecimento, de mesma titularidade, com o retorno posterior desse material, agora de forma processada, não afronta os objetivos do Programa de DESENVOLVE, os quais se encontram enunciados no artigo 1º do Decreto nº 8.205/2002.

Em relação à Consulta Administrativa nº 248312/2008-2, reafirma que não recebeu resposta à referida consulta, pois não foi devidamente intimada, do que permanece aguardando uma resposta formal.

Relativamente à alegação de que o “*estabelecimento incentivado é o fiscalizado e autuado e não todos os estabelecimentos da empresa (...)*”, aduz que concorda e, de forma alguma, pretende que as atividades da sua fábrica de Santo André seja incentivada pelo benefício do DESENVOLVE. Salienta que apenas pretende é que o benefício do DESENVOLVE seja garantido na sua totalidade para a fábrica da Bahia, visto que o Programa DESENVOLVE estabelece que a operação de industrialização realizada por outra empresa deve ser excluída da parcela incentivada, o que, repisa-se, não ocorre no caso, na medida em que a simples transferência da matéria prima para retorno do produto calandrado ocorre entre os estabelecimentos da impugnante, ou seja, da mesma empresa e não por outra empresa como definido na Instrução Normativa nº 54/2009.

No tocante ao recolhimento à maior, requer seja deferida a possibilidade de efetuar compensação “*ex officio*”, sem que tenha que passar pela via morosa do pedido de restituição administrativo.

No que se refere à aplicação da multa, aduz que os autuantes não rebateram todos os argumentos apresentados pela impugnante e entende ser devida, mesmo que em proporção exorbitante, pelo fato de “*obedecer a legislação tributária estadual vigente*”. Diz que a norma mencionada prevê a aplicação da multa de 10% ou 60% sobre a diferença da base de cálculo utilizada e não do imposto não recolhido, o que está em consonância com o critério de razoabilidade e proporcionalidade, consagrado pelo Supremo Tribunal Federal. Por fim, afirma que neste caso a violação do devido

processo legal substantivo decorre da ausência de razoabilidade e proporcionalidade entre a sanção e a infração imposta, ou seja, a sanção, COMO PENA DE 60% do VALOR APURADO, mostra-se demasiadamente excessiva frente à infração supostamente caracterizada.

Em relação à infração 6, reitera que a fiscalização utilizou como fundamento da exigência fiscal o artigo 380 do RICMS/BA, ou seja, apenas às operações com transportadoras consideradas como não cadastradas no Estado da Bahia, o que merece maior atenção, na medida em que as operações realizadas pelo autuado não se enquadram na regra do artigo 380 do RICMS/BA.

Registra que o que tem que ser levado em consideração é que o critério jurídico aplicado não corresponde com o efetivamente praticado pelo autuado, inexistindo a tipificação na presente infração, na medida em que os conhecimentos de transporte, objeto da infração, correspondem às operações realizadas com transportadoras cadastradas no Estado da Bahia, sendo, portanto, ilegítima referida exigência fiscal.

Diante do exposto, requer seja dado integral provimento à impugnação para declarar a insubsistência integral do Auto de Infração.

Às fls. 397 a 402 dos autos, consta extrato do SIGAT (Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária), consignando pagamento, no valor histórico de R\$ 20.611,92, relativo às infrações reconhecidas pelo autuado.

À fl. 404 dos autos, esta 5ª Junta de Julgamento Fiscal decidiu em converter o PAF em diligência à INFRAZ de origem para que fosse apensado aos autos os documentos comprobatório da efetiva científicação da resposta da consulta ao conselente e, em seguida, fosse fornecida ao sujeito passivo cópia dos novos elementos, com prova expressa do recebimento, com a indicação de 10 dias para sobre eles se manifestar, caso desejasse.

À fl. 405 dos autos foi consignado por um dos autuantes que:

SR. RELATOR

EM CONFORMIDADE COM A REDAÇÃO VIGENTE À ÉPOCA, DO ART. 108 DO RPAF: “A INTIMAÇÃO DO SUJEITO PASSIVO OU DA PESSOA INTERESSADA ACERCA DE QUALQUER ATO, FATO OU EXIGÊNCIA FISCAL, QUANDO NÃO FOR PREVISTA FORMA DIVERSA PELA LEGISLAÇÃO, PODERÁ SER FEITA POR EDITAL PUBLICADO NO DIÁRIO OFICIAL DO ESTADO”. (ART. 108, III, EFEITOS DE 19/09/07 A 16/07/09);

CÓPIA DO EDITAL ANEXADA ÀS FLS. 406.

Já à fl. 406 dos autos, consta cópia do referido Edital de Cientificação nº 03/2009, publicado no Diário Oficial do Estado da Bahia de 13 de janeiro de 2009, o qual científica o autuado a respeito do Processo de nº 248312/2008-2, surtindo os efeitos a contar do 3º dia da publicação do Edital, sendo ainda consignado que o parecer final do processo poderá ser obtido no endereço eletrônico da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia.

Intimado a tomar ciência da solicitação da diligência e do Edital de Cientificação nº 03/2009, conforme cópia anexa, o contribuinte, às fls. 409 a 413 dos autos, apresenta nova manifestação onde aduz que, mesmo comprovado pela autoridade administrativa que a impugnante recebeu a intimação da decisão relativa à Consulta Administrativa nº 248312/2008-2, tornando-se possível a instalação do procedimento de fiscalização, cumpre salientar que a defesa administrativa deve prosseguir quanto ao mérito abordado pela defendant no tocante à infração 1. Assim, reitera todas suas alegações de mérito aduzidas em suas razões de defesa do que requer a insubsistência da citada infração.

VOTO

Trata-se de lançamento fiscal de crédito tributário para exigir o valor de R\$ 4.016.796,70, relativo a seis irregularidades, tendo o sujeito passivo reconhecido e recolhido o valor referente às

infrações 3, 4 e 5. Em consequência, impugnou as infrações 1, 2 e 6 do lançamento de ofício, as quais se restringem a análise da lide.

Preliminarmente, rejeito os pedidos de nulidade arguidos pelo patrono do autuado, uma vez que o Auto de Infração preenche todas as formalidades legais previstas, não ensejando em qualquer violação ao devido processo legal e a ampla defesa do contribuinte, cujas acusações fiscais foram devidamente fundamentadas mediante demonstrativos e documentos fiscais, tendo o sujeito passivo exercido plenamente o seu direito de defesa e contraditório ao apresentar suas razões de defesa com muita clareza e precisão, o que demonstra inexistir cerceamento ao direito de defesa.

Quanto ao pedido do autuado de prova pericial técnica contábil, bem como realização de diligência no decorrer do processo administrativo, da análise das provas apensadas aos autos, considero suficientes para a formação da minha convicção os elementos contidos no processo, razão do indeferimento de tal pleito.

Em relação às alegações de que a multa aplicada é excessiva e que a Lei Estadual que prevê a multa não está em consonância com o critério de razoabilidade e proporcionalidade, consagrado pelo Supremo Tribunal Federal, do que defende que deve ser excluída a multa imposta, tendo em vista a manifesta inconstitucionalidade, devo ressaltar que as penalidades aplicadas são as legalmente previstas para as infrações apuradas, não se incluindo na competência deste órgão julgador a declaração da inconstitucionalidade da norma, conforme previsto no art. 167, I, do RAPF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Quanto ao mérito, em relação à primeira infração, ressalta o defendant que, em 01/12/2008, efetuou Consulta Administrativa, sob protocolo nº 248312/2008-2, objetivando a manifestação expressa quanto à utilização do benefício do Programa DESENVOLVE nas operações de transferência de matéria prima responsável pelo processo de Calandragem ao seu estabelecimento em Santo André/SP (Matriz), retornando com o composto calandrado através da mesma operação ao estabelecimento localizado no Estado da Bahia e que, até a presente data, não houve manifestação da SEFAZ/BA. Assim, considerando o disposto no artigo 158 do COTEB, deve ser cancelada referida infração por ausência de exigibilidade.

Tal alegação foi rechaçada pelos autuantes, quando da informação fiscal, os quais aduzem que a consulta foi respondida em 30/12/2008, conforme Parecer nº 26550/2008, do qual a empresa foi cientificada em 13/01/2009, conforme consta dos registros eletrônicos da SEFAZ – INC, onde está claramente esclarecido que devem ser segregadas as operações objeto da contestação, para fins de apuração da parcela incentivada.

Por sua vez, o autuado instado a se pronunciar, reafirma que não recebeu resposta à referida consulta, pois não foi *devidamente* intimado, do que permanece aguardando uma resposta formal.

Diante de tal impasse, esta Junta de Julgamento Fiscal converteu o PAF em diligência para que fosse apensado ao processo o documento comprobatório da efetiva cientificação da resposta da consulta ao consultante, o que foi de pronto atendido à fl. 406 dos autos, com a anexação da cópia do Diário Oficial do Estado da Bahia, datado de 13 de janeiro de 2009, a qual consta o Edital de Cientificação nº 03/2009, no qual, conforme art. 108, III, do RPAF/Ba, cientifica o autuado a respeito do Processo de nº 248312/2008-2, surtindo os efeitos a contar do 3º dia da publicação do Edital, sendo ainda consignado que o parecer final do processo poderá ser obtido no endereço eletrônico da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia.

Assim, tendo sido contrariado em sua tese defensiva, o contribuinte afirma que, mesmo comprovado pela autoridade administrativa que a impugnante recebeu a intimação da decisão relativa à Consulta Administrativa nº 248312/2008-2, tornando-se possível a instalação do procedimento de fiscalização, a defesa administrativa deve prosseguir quanto ao mérito abordado pela defendant no tocante à infração 1.

Contudo, através do Parecer nº 26550/2008, emitido em resposta a consulta, foi consignado que devem ser segregadas as operações objeto da ação fiscal, para fins de apuração da parcela incentivada, conforme Ementa:

ICMS CONSULTA. A Lei nº 7.980/01 instituiu o Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – DESENVOLVE com o objetivo de fomentar o desenvolvimento econômico e social e à geração de emprego e renda no Estado da Bahia. Disso decorre que qualquer operação que extrapole o objetivo foco da citada lei não pode fruir dos incentivos do programa instituído. Nessa hipótese, as operações deverão ser segregadas e obedecer ao regime normal do imposto.

Assim, nos termos do mesmo artigo 158 do Código Tributário do Estado da Bahia (COTEB), invocado pelo próprio deficiente, no sentido de que “...deve ser cancelada referida infração por ausência de exigibilidade”, sob a falsa premissa de que “...até a presente data não houve manifestação da d. Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia acerca Consulta Administrativa nº 248312/2008-2...”, os seus parágrafos 1º, 3º e 5º, estabelecem que:

§ 1º Dentro de 20 (vinte) dias após ciência da decisão final, o consulente deverá adotar o procedimento estatuído na resposta à consulta, sob pena de instauração de procedimento fiscal.

§ 3º O tributo considerado devido pela solução dada à consulta será cobrado sem imposição de multa, se recolhido no prazo de 20 (vinte) dias da data de ciência da decisão final, devidamente atualizado monetariamente.

§ 5º A observância, pelo consulente, da resposta dada à consulta, enquanto prevalecer o entendimento nela consubstanciado, exime o contribuinte de qualquer penalidade e exonera-o do pagamento do tributo considerado não devido no período.

Inerente à alegação de defesa de que a Instrução Normativa nº 54/2009 estabelece a exclusão, para fins de apuração da parcela incentivada dos valores de ICMS gerados em função da industrialização efetuada por outra empresa, o que não ocorre no seu processo de calandragem, porque é realizado em estabelecimento da própria empresa, situado em outra unidade da Federação, vislumbro que a mesma está prejudicada, por ser objeto de resposta da consulta anteriormente reportada, a qual concluiu que tais operações deverão ser segregadas dos cálculos do incentivo fiscal e obedecer ao regime normal do imposto. Assim, caberia ao contribuinte, à época consulente, ter adotado o procedimento fiscal recomendado, efetuando o pagamento das quantias porventura devidas, dentro do prazo previsto de vinte dias, sem acréscimos moratórios e multas, sob pena de não se cumprir com os objetivos do Programa DESENVOLVE, visto que o estabelecimento incentivado é o localizado no Estado da Bahia.

No tocante à alegação de que a alíquota interna aplicada para cálculo é errada, sendo que o correto é 12%, corrobora com o entendimento dos autuantes de que a alíquota aplicada não foi nem a interestadual nem a interna, pois, nesses casos, a alíquota aplicada é a média, conforme explicitado na Instrução Normativa nº 56/09, sendo consignada a alíquota de 17%, à fl. 01, apenas para efeito de demonstração da base de cálculo, sendo impertinente a nulidade suscitada sob este prisma.

Quanto à pretensão de valores dilatados a recolher e *supostamente recolhidos* a maior, caberá ao contribuinte requerer a restituição à autoridade competente para posterior análise, em cumprimento ao rito processual próprio para o pedido de restituição, previsto nos artigos 73 e 74 do RPAF/BA.

Assim, diante de tais considerações, subsiste integralmente a infração 1.

No tocante à segunda infração, o autuado reconhece o ilícito fiscal ao pretender, apenas, o direito ao crédito extemporâneo das notas fiscais não registradas em sua escrita fiscal para compensação com a multa de 10% sobre o valor comercial das mercadorias, objeto desta exação. Há de se ressaltar que o direito ao crédito fiscal a que se refere o apelante está condicionado a rito processual próprio de utilização extemporânea de crédito fiscal, previsto no art. 101 do RICMS/BA, e a apresentação da primeira via do documento fiscal idôneo, inclusive com destaque do imposto. Contudo, inexiste qualquer relação o direito ao crédito fiscal com a multa aplicada, no caso concreto, para a sua compensação. Exigência subsistente.

Por fim, inerente à sexta infração, em razão da inviabilidade de se desvincular os recolhimentos de ICMS realizados pelo autuado, na condição de responsável por substituição, na qualidade de remetente e/ou de tomador do serviço por transportadoras não inscritas no Estado da Bahia, como também por transportadoras inscritas nesse Estado, os autuantes juntaram todos os conhecimentos de transporte emitidos, relativos aos serviços de transportes prestados ao autuado, calcularam o ICMS que deveria ter sido retido e recolhido, nos termos do art. 380, incisos I e II, do RICMS/BA, e deduziram do ICMS pago, encontrando a diferença recolhida a menos, conforme demonstrado às fls. 158 a 248 dos autos, cuja cópia o contribuinte recebeu, conforme consignado à fl. 158, sendo os demonstrativos auto-explicativos, inexistindo qualquer prejuízo ao direito de defesa do contribuinte ou notória modificação no critério jurídico do lançamento, conforme alegado, não ensejando a nulidade do ato como pretendido pelo deficiente.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, devendo homologar-se os valores recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 147323.0063/11-6, lavrado contra **BRIDGESTONE DO BRASIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$3.925.238,29**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, alíneas “e” e “f” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigação tributária acessória, no total de **R\$91.558,41**, previstas no art. 42, incisos IX e XI, da Lei nº 7.014/96, com os acréscimos moratórios conforme previsto na Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de janeiro de 2012.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR

ILDEMAR JOSÉ LANDIN - JULGADOR