

A. I. N° - 276468.0303/10-5
AUTUADO - CORTIANA PLÁSTICOS DO NORDESTE LTDA.
AUTUANTES - HEITOR PERRELLA
ORIGEM - INFAC INDÚSTRIA
INTERNET 04.05.2012

5^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0119-05/12

EMENTA: ICMS. BENEFÍCIO FISCAL. DESENVOLVE. **a)** RECOLHIMENTO A MENOS EM DECORRÊNCIA DE ERRO NA APURAÇÃO DOS VALORES DO IMPOSTO. Parcialmente elidida a infração, após a diligência realizada por estranho ao feito ter constatado o acerto da empresa na elaboração da conta corrente mensal, para fins de recolhimento do ICMS. **b)** PARCELA NÃO SUJEITA À DILAÇÃO DE PRAZO. RECOLHIMENTO A MENOS. Infração não comprovada. **c)** SUSPENSÃO DO BENEFÍCIO. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. Infração elidida. Rejeitada a preliminar de nulidade arguida. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 28/12/2010, exige ICMS no valor histórico de R\$472.794,47, em razão das seguintes irregularidades:

1. Recolheu a menor o ICMS 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. O Contribuinte errou no cálculo do imposto normal a ser pago no Benefício do DESENVOLVE conforme apurado no DEMONSTRAIVO DE APURAÇÃO DO ICMS, em anexo. O levantamento é feito com base na Instrução Normativa nº 27/09 e evidenciada também por meio dos DEMONSTRATIVOS: DE APURAÇÃO DO ICMS COM BENEFÍCIO DESENVOLVE, DEMONSTRATIVO - CNVP e DEMONSTRATIVO DNVP. - Valor histórico: R\$15.111,76; percentual de multa aplicada: 60%;
2. Recolheu a menor o ICMS em razão da falta de recolhimento, na data regulamentar da parcela não sujeita a dilação de 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. O Contribuinte deixou de recolher a parcela não incentivada do Desenvolve conforme o DEMONSTRATIVO DE APURAÇÃO DO ICMS em anexo e os demonstrativos DEMONSTRATIVO DE APURAÇÃO DO ICMS COM BENEFÍCIO DESENVOLVE, DEMONSTRATIVO - CNVP e DEMONSTRATIVO - DNVP, todos anexos. Trabalho baseado na Instrução Normativa nº 27/09. Nesses meses o contribuinte não fez jus ao benefício, mas foi abatido do valor cobrado o valor equivalente ao imposto pago com o código 2167, conforme DEMONSTRATIVO DE APURAÇÃO DO ICMS. - Valor histórico: R\$70.916,73; percentual de multa aplicada: 60%;
3. Recolheu a menor o ICMS em razão da falta de recolhimento, na data regulamentar da parcela não sujeita a dilação de 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. O Contribuinte deixou de recolher o ICMS perdendo o benefício nos meses em questão, conforme evidenciado por meio do DEMONSTRATIVO DE APURAÇÃO DO ICMS, em anexo e dos demonstrativos DE APURAÇÃO DO ICMS COM BENEFÍCIO DESENVOLVE, DEMONSTRATIVO - CNVP e DEMONSTRATIVO DNVP, todos em anexo e observadas as regras da Instrução Normativa nº 27/09. - Valor histórico: R\$386.765,98; percentual de multa aplicada: 60%.

O autuado em sua defesa apresentada nas fls. 121 a 154, suscita preliminar de nulidade sob a alegação de que o lançamento é desprovido de informações úteis e indispensáveis para o esclarecimento da ação fiscal, visto que foram desconsiderados os pagamentos do ICMS devido, em todos os meses invocados no Auto de Infração, inerentes à atividade comercial do sujeito passivo, pois devem constar todas estas informações e guias de recolhimento, devidamente recolhidas sob o Código 2175 (antecipação parcial) no Sistema de Controle e Dados da SEFAZ.

Quanto ao mérito, aduz que não foi observado, no procedimento de fiscalização, e na lavratura do Auto de Infração, que o autuado, além da atividade industrial beneficiada com os incentivos previstos no Programa DESENVOLVE, possui também atividade comercial.

Acrescenta, ainda, que houve pagamentos de Guias de ICMS com CÓDIGO 2175 – ANTECIPAÇÃO PARCIAL – cujos valores excedentes aos débitos mensais, foram devidamente compensados, mensalmente, com o ICMS de CÓDIGO 806 (ICMS INDÚSTRIA), gerando, assim, os saldos declarados pelo sujeito passivo em cada mês, respectivamente.

Afirma que o aproveitamento dos créditos citados, mediante compensação é legítimo, e o excedente dos créditos da atividade comercial se prestaram ao pagamento da parcela do percentual não dilatado correspondente a 20%, e incidiram sobre cada um dos meses invocados no Auto de Infração, principalmente dos períodos constantes na Infração 1, na competência do mês de julho/2008, assim, e também, mormente, nas infrações 2 e 3.

Reitera que efetuou os recolhimentos de forma separada – em GUIAS AVULSAS – com o Código 2175 (antecipação parcial), referentes a pagamento do diferencial de alíquota interestadual para efeitos do ingresso de mercadorias - produtos produzidos e comercializados pelo sujeito passivo, conforme as guias que relaciona.

Assevera que o direito à compensação é inquestionável, pois se trata de tributos de mesma natureza, sendo, portanto, sua compensação, autorizada pela legislação, de forma direta, entre os Códigos nºs 2175 e 806.

Apresenta, de forma compilada em planilhas, o detalhamento das apurações do ICMS da atividade comercial e da atividade industrial - esta última objeto de incentivo no âmbito do programa DESENVOLVE – respectivo saldo mensal gerado.

Aponta que no mês de jan/2007, o valor reclamado decorre de glosa, de estorno de forma equivocada, pois se tratou de valores: R\$364,25 (diferença de alíquota); R\$880,25 (decorrente de saída de mercadorias com CFOP – Código Fiscal de Operação 6949) e R\$6,92 (erro do sistema utilizado pelo serviço contábil terceirizado - involuntário), Diz que estes valores foram considerados integralmente, pelo sujeito passivo, por ocasião da apuração do ICMS gerado pela atividade industrial, para fins de cálculo do valor inerente ao percentual de dilação (80%).

Aduz que, embora o levantamento tenha sido feito com base na Instrução Normativa nº 27/2009, esta instrução foi editada e publicada no ano de 2009, sendo que no período hostilizado, os meses de competência em análise, se referem ao ano de 2007 e, a norma tributária, como as demais, não retroage ao fato gerador anterior à sua publicação e vigência.

Afirma que antes da edição da Instrução Normativa, não havia vedação expressa ou tácita, no sentido de que os valores não pudessesem ser considerados integralmente, por ocasião da apuração do ICMS gerado pela atividade industrial, para fins de cálculo inerente ao percentual de dilação (80%). Assim, tal instrução não retroage à data anterior à sua publicação e vigência, ou seja, aos anos de 2007 e 2008, até porque, tais valores estão diretamente relacionados à atividade industrial do autuado.

Explana que no mês de fevereiro de 2007, o valor reclamado decorreu da glosa de estorno, de valores, procedido de forma equivocada, pois se tratou de valores: R\$278,91 (diferença de alíquota); R\$7.761,26 (decorrente de saída de mercadorias com CFOP – Código Fiscal de Operação 6949); R\$42,21 (devolução de material de consumo); R\$6,92 (erro do sistema utilizado pelo serviço

contábil terceirizado - involuntário) e R\$2.940,43 (estorno de débito oriundo de nota fiscal de devolução).

No que se refere ao mês de julho/08, os valores reclamados no Auto de Infração decorreram de situação adstrita ao fato de que a fiscalização não considerou os créditos decorrentes de antecipação do valor do ICMS da atividade comercial da empresa, no Código 2175, para fins de determinação do valor efetivamente devido no mês. Entendeu o autuante que o sujeito passivo não poderia efetuar a compensação direta, entre o saldo credor da atividade comercial e o saldo devedor, relativo aos 20% do valor não dilatado.

Alega as mesmas razões acima para o mês de agosto/08 : “*de estorno, de valores, procedido de forma equivocada, tratando-se dos valores de R\$371,14 (diferença de alíquota); o valor de R\$846,26 (decorrente de saída de mercadorias com CFOP – Código Fiscal de Operação 6949 -) e o valor de R\$5,95 (CFOP 5918 - devolução de mercadoria em consignação)*” e, que os valores foram considerados na apuração do ICMS gerado na atividade industrial, para fins de cálculo inerente ao percentual de dilação (80%).

Nas infrações 2 e 3, sintetiza sua defesa declarando que o enquadramento proposto está equivocado, por ter se originado em equívoco de premissa, vez que evidencia ter sido pautado sem a percepção e, por corolário, com desconsideração da existência da atividade comercial do sujeito passivo. Aduz que não foram acolhidos, em sua íntegra, os pagamentos realizados pela empresa nos Códigos 2175 - a título de antecipação parcial - conforme relação de guias antes descritas.

Na oportunidade, apresenta quadro resumo onde, de forma objetiva, demonstra a compensação efetuada entre os saldos credores gerados pelo recolhimento das guias com o Código 2175 – ANTECIPAÇÃO PARCIAL - com o Código 806 – ICMS INDÚSTRIA. Chega, assim, aos valores exatos, apurados e declarados pela empresa, em seus livros fiscais, e afirma que não teria ocorrido, qualquer tipo de excesso ou transgressão às regras preconizadas no Programa DESENVOLVE, e a todas as demais legislações do ICMS ou normatizações incidentes sobre a matéria.

Alega que não incorreu em nenhuma conduta ilícita, e traz ensinamentos da doutrina no âmbito administrativo. Transcreve a Súmula 473 do Supremo Tribunal Federal.

Por fim, pede provimento à presente impugnação, aplicando o artigo 53 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, o artigo 166, IV, do Código Civil de 2002 e a Súmula nº 473 do Supremo Tribunal Federal, a Constituição Federal, com o próprio Decreto n.º 8.205/02 e a própria RPAF – Decreto nº 7.629/99, bem assim, os artigos 107 e 112 do Código Tributário Nacional.

O autuante na informação fiscal, fls. 190 e 191, reafirma que o trabalho foi feito, estritamente, dentro das regras interpretativas da Instrução Normativa nº 27/09. Assim, conforme as planilhas constantes nas folhas 9 a 16, estão arroladas todas as exclusões e todos os acréscimos necessários ao cálculo do DESENVOLVE (entregues ao Contribuinte conforme recibos apostos).

Acrescenta que foram anexadas aos autos, todas as cópias dos livros de apuração do autuado, em que fica claro que o mesmo abateu do imposto a pagar, na apuração do ICMS (o que foi correto), a partir de junho de 2007 (fls. 93 dos autos) sob a rubrica “– 006 OUTROS CRÉDITOS – 03 ICMS ANTECIPAÇÃO PARCIAL - ”. No ano de 2008 continua a se creditar dos valores da antecipação parcial sob a mesma rubrica, 006 – OUTROS CRÉDITOS”, e que, nessa questão está óbvio que não houve prejuízo para a empresa, já que tudo o que foi pago na antecipação parcial foi creditado por ele mesmo nos livros de apuração do ICMS (vide relação de DAEs anexa nas fls. 20 a 26).

Salienta que, mesmo que o Contribuinte não tivesse se creditado dos valores da antecipação parcial, os itens autuados referem-se, tão-somente, ao DESENVOLVE e cuidou dos expurgos necessários (tabela das fls. 11, DEMONSTRATIVO CNVP na rubrica Ant Par. , e na fl. 15 como Out. Créd.).

Quanto ao mérito, considerou a atividade mista da empresa, corretamente, e incluiu nas planilhas na forma da Instrução Normativa nº 27/09.

No que concerne à alegação de que houve pagamentos sob Código 2175, e não foram considerados, diz que o autuado: a) já se creditara de todos os valores pagos como Antecipação Parcial e b) foram computados os valores creditados como Antecipação Parcial, para efeito do cálculo do DESENVOLVE, conforme prevê a Instrução Normativa nº 27/09, nas planilhas fls. 11 como Ant. Parc. E fls. 15 como Out. Cred., já citada anteriormente.

Em relação aos DAEs apresentados, os rebateu com base na planilha/tabela já citada (tabela das fls. 11, DEMONSTRATIVO CNVP na rubrica Ant Par. , e na fl. 15 como Out. Créd.).

Aduz que a Instrução Normativa citada, não inova, e o que no Direito Tributário se denomina “norma interpretativa”, com aval do CTN, pode retroagir. Na verdade, a norma interpretativa não acrescenta nada de novo, não inova o universo jurídico, apenas procura esclarecer, simplificar o entendimento, consolidar o entendimento, etc. Como é norma interpretativa e a fiscalização foi realizada após sua publicação, não podia, de forma alguma, se furtar a aplicá-la. Ademais, o teor da Lei e do Decreto teria resultado na imputação dos mesmos valores, apenas os demonstrativos teriam sido apresentados com aspecto diverso, mas materialmente iguais.

Em relação ao direito e uma série de posições jurisprudenciais e doutrinárias, mantém todos os termos do Auto de Infração.

Salienta que, em relação aos pedidos de efeito suspensivo ao processo para manutenção do Decreto nº 8.205/02, expedição de CND e suspensão da exigibilidade do Crédito Tributário, os efeitos do Auto de Infração são normalmente determinados por lei ou regulamento, não são de competência do CONSEF e quanto à aplicação do Decreto existe ainda a competência da Secretaria de Indústria e Comércio que não pode ser afastada.

Finalizou pugnando pela manutenção integral e pela Procedência do Auto de Infração.

Em sessão de julgamento, realizada no dia 19 de julho de 2011, esta 5ª JJF deliberou que o presente PAF fosse diligenciado à ASTEC, tendo em vista os argumentos trazidos pelos patronos da empresa, na forma oral, para as infrações 01,02 e 03 deste Auto de Infração.

Na infração 01, o pedido foi no sentido de que fosse verificado nos documentos fiscais, e nos livros fiscais e contábeis, com vistas ao esclarecimento do *quantum debeatur*, ou seja, qual o valor real devido pela empresa, nos meses apurados nesta infração, com base na IN 27/09.

Quanto às infrações 02 e 03, diante das planilhas apresentadas pelo sujeito passivo, fls. 161 a 177, foram solicitados esclarecimentos com base na IN 27/09.

Em cumprimento ao solicitado, auditor fiscal estranho ao feito, emite o Parecer ASTEC nº 176/2011, fls. 238 a 242, no qual relata que, ao desenvolver os trabalhos de diligência, fez-se necessário que a empresa apresentasse o Demonstrativo de Apuração Mensal do ICMS incentivado pelo Programa DESENVOLVE, relativo aos exercícios de 2007 e de 2008, em conformidade com o art. 5º do Decreto nº 8.205/2002, que instituiu o Programa, para que as dúvidas fossem dirimidas, bem como por meio de reunião pessoal com os representantes da empresa, no que foi atendido.

Em face da análise dos documentos e das planilhas apresentadas na defesa, o diligente concluiu que:

O fiscal autuante apura o benefício do Programa DESENVOLVE como se todas as operações e vendas do contribuinte autuado fossem oriundas de operações próprias, (industrialização), quando na verdade a empresa, em alguns meses da ação fiscal, pratica vendas por comercialização e por industrialização.

O contribuinte autuado, por praticar operações de comercialização, e as mercadorias comercializadas serem oriundas de outras unidades da Federação, este é obrigado a efetuar o

recolhimento do ICMS Antecipação Parcial, através de DAE com código 2175, e assim procedeu na forma da legislação, quando na ocorrência do fato gerador em alguns meses do período da ação fiscal. Vejamos o demonstrativo consolidado à fl. 204-205, onde se observam alguns valores na coluna de “Ant. Parc” do quadro **DEMONSTRATIVO – CNVP**.

Esses valores não deveriam ser considerados pelo fiscal autuante na composição do saldo mensal do ICMS passível de incentivo pelo DESENVOLVE, e sim, deveriam ser utilizados para compensar os valores do ICMS não incentivado, ou seja, utilizados para compensar o ICMS normal no mês.

O fiscal autuante, no quadro DEMONSTRATIVO DE APURAÇÃO DO ICMS, destacado no final dos demonstrativos consolidados às fls. 204-205, quando apura na coluna ICMS a Pagar sem Desenvolve, que se relaciona à Infração 02, faz a compensação de ICMS recolhido pelo contribuinte sob código 2167, como se esse ICMS recolhido fosse decorrente da apuração do mês. Na realidade, o ICMS recolhido sob o código 2167 refere-se ao ICMS Desenvolve, postergado de 12 meses atrás decorrente do próprio incentivo fiscal. Dessa forma, a seu ver, esse ICMS não deve ser compensado com nenhum outro ICMS gerado em meses posteriores.

Após esta etapa, o diligente elaborou um extrato da apuração do ICMS mensal da empresa para todo o período da ação fiscal – Exercício 2007 (fls. 208-213), Exercício 2008 (fls. 214-219), agora segregando operações próprias (industrialização) e operações de terceiros (comercialização).

Relata que a reconstituição da Apuração do ICMS mensal do contribuinte para o período da ação fiscal, leva a uma posição diferente da adotada pelo fiscal autuante, ou seja, uma nova Apuração do ICMS mensal para o período da ação fiscal (fls. 226 a 237), agora alocando as rubricas de saídas com débito do imposto e entradas com crédito do imposto, de todo o período da ação fiscal, nas colunas devidas. Fez os ajustes das operações próprias (passível de incentivo pelo Programa) e das operações de terceiros (rubrica não incentiva pelo Programa DESENVOLVE).

Isto feito, elaborou o quadro de fl. 241, onde se pode ver o recolhimento a menor do ICMS em razão de erro do contribuinte autuado, na determinação do valor da parcela sujeita à dilação de prazo prevista no programa DESENVOLVE, para o período da ação fiscal, conforme caracteriza na infração 01. Assim, apurou que no exercício de 2007, a diferença de ICMS a recolher perfaz R\$ 27.338,12 e no exercício de 2008, R\$ 1.904,00, conforme tabela abaixo:

Data Ocorrência	Data Vencimento	ICMS
31/01/2007	09/02/2007	995,60
28/02/2007	09/03/2007	4.048,62
30/04/2007	09/05/2007	21.674,56
30/06/2007	09/07/2007	179,70
31/07/2007	09/08/2007	439,64
31/03/2008	09/04/2008	678,00
31/08/2008	09/09/2008	677,01
30/09/2008	09/10/2008	548,98

Quanto à infração 2, conclui que o levantamento fiscal fls. 226 a 237, não indica em nenhum momento que o contribuinte autuado tenha compensado valores de ICMS recolhido sob o código 2167.

Relativamente à infração 3, não se observa que o contribuinte tenha deixado de recolher o ICMS da parcela não sujeita à dilação de prazo, em qualquer dos meses da ação fiscal. Quando ocorreu tal assertiva fora por conta de compensação de ICMS recolhido por antecipação na forma da legislação.

Constata que não houve o cometimento das infrações 2 e 3. e quanto à infração 1, os valores de ICMS perfaz R\$ 27.338,12 no exercício de 2007, e no exercício de 2008, R\$ 1.903,99

Autuante e autuado científicos do resultado da diligência não se manifestaram.

Contudo, na sessão de julgamento, o autuante trouxe manifestação, que não foi avaliada por esta JJF, pois fora do prazo de apresentação, devendo ser apreciada no julgamento de 2ª instância, por meio de Recurso de Ofício.

VOTO

Inicialmente, constato que o Auto de Infração em lide foi lavrado com obediência aos ditames do art. 39 do RPAF/99 (Decreto nº 7.629/99), e rejeito a preliminar de nulidade arguida sob o argumento de que o auto de infração não denota clareza ou está desprovido de informações úteis e indispensáveis para o esclarecimento da ação fiscal, além do que está acompanhado dos demonstrativos elaborados pelo autuante, dos quais o sujeito passivo recebeu cópia, e que fazem parte integrante do lançamento, como também as cópias dos termos lavrados na ação fiscal estão anexas no PAF.

No mérito, está sendo exigido ICMS em decorrência do cometimento de três irregularidades, todas relacionadas ao fato de o contribuinte ser beneficiário do Programa DESENVOLVE, por meio da Resolução nº 95/2005, cuja cópia encontra-se anexa na fl. 18 do PAF, entre elas a dilação de prazo de 72 meses para pagamento do saldo devedor, relativo às operações próprias.

Na defesa apresentada, o primeiro ponto abordado pelo contribuinte, diz respeito à aplicação da Instrução Normativa nº 27/2009, sob o entendimento de que não caberia a sua aplicação, pois os exercícios fiscalizados correspondem aos anos de 2007 e de 2008, quando esta ainda não estava vigente.

Contudo, entendo que este argumento não pode prevalecer, haja vista que a IN 27/2009, dispõe sobre a apuração do saldo devedor mensal do ICMS a recolher, passível de incentivo pelo Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – Desenvolve, é norma interpretativa, que elucidou as questões relativas às parcelas que compõem ou não os cálculos abrangidos pela dilação do pagamento do ICMS, para os beneficiários do Programa Desenvolve. Deste modo, a Instrução Normativa 27/09 tem o caráter interpretativo e, portanto, a sua utilização não cria fato novo.

Saliento que o lançamento está baseado no Dec. 8205/02, o qual regulamenta a Lei nº 7.980/01, que instituiu o Programa DESENVOLVE. Ademais, aos prepostos fiscais falece competência para negar a aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior, ao teor do disposto no artigo 125 do Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB, Lei nº 3.956/81.

O autuante na planilha de fls. 9 a 16, arrolou todas as exclusões e os acréscimos necessários ao cálculo do DESENVOLVE, e tais planilhas foram entregues ao sujeito passivo, que pode exercer, portanto, seu direito à ampla defesa, e ao contraditório.

Destacou o autuante que o contribuinte, a contrário do que alegou, abateu do imposto a pagar, de forma correta, todos os valores referentes à antecipação parcial ou seja, se creditou dos valores da antecipação parcial, sob a rubrica, 006 – outros créditos.

Deste modo, não teria ocorrido o alegado prejuízo para a empresa, pois tudo o que foi pago na antecipação parcial foi creditado no livro Registro de Apuração de ICMS (fls. 20 a 26).

Embora este fato tenha sido trazido pelo autuante, por medida de busca da verdade material, esta 5ª JJF deliberou, diante dos argumentos apresentados pelos representantes do autuado, que o presente PAF fosse diligenciado à ASTEC, para que auditor fiscal estranho ao feito, elucidasse a controvérsia em torno dos valores efetivamente devidos, tendo em vista o incentivo recebido no Programa Desenvolve, do qual a empresa é beneficiária.

Assim, foi detectado, pelo autuante, o recolhimento a menos do ICMS, em razão de erro na determinação do valor da parcela sujeita à dilação de prazo prevista no DESENVOLVE, e por esta

razão excluiu os valores referentes ao diferencial de alíquotas, fato amplamente combatido pelo defensor.

Com vistas aos esclarecimentos necessários, foi pedido, na diligência, que fosse verificado, nos documentos fiscais, e nos livros fiscais e contábeis, com vistas ao esclarecimento do quantum debeatur, qual o valor real devido pela empresa, nos meses apurados nesta infração, com base na IN 27/09.

Em cumprimento ao solicitado, auditor fiscal estranho ao feito, emitiu o Parcer ASTEC nº 176/2011, fls. 238 a 242, no qual relata que ao desenvolver os trabalhos de diligência fez-se necessário que a empresa apresentasse o Demonstrativo de Apuração Mensal do ICMS incentivado pelo Programa DESENVOLVE, relativo aos exercícios de 2007 e de 2008, em conformidade com o art. 5º do Decreto nº 8.205/2002, que instituiu o Programa, para que as dúvidas fossem dirimidas, bem como por meio de reunião pessoal com os representantes da empresa, no que foi atendido.

Em face da análise dos documentos e das planilhas apresentadas pelo defensor, o diligente concluiu que:

1. O fiscal autuante apurou o benefício do Programa DESENVOLVE como se todas as operações e vendas do contribuinte autuado fossem oriundas de operações próprias (industrialização), quando na verdade a empresa, em alguns meses da ação fiscal, pratica vendas por comercialização e por industrialização.
2. O contribuinte autuado, por praticar operações de comercialização e as mercadorias comercializadas serem oriundas de outras unidades da Federação, este é obrigado a efetuar o recolhimento do ICMS Antecipação Parcial, através de DAE com código 2175, e assim procedeu na forma da legislação, quando na ocorrência do fato gerador em alguns meses do período da ação fiscal. Vejamos o demonstrativo consolidado à fl. 204-205, onde se observa alguns valores na coluna de “Ant. Parc” do quadro **DEMONSTRATIVO – CNVP**.
3. Esses valores não deveriam ser considerados, pelo fiscal autuante, na composição do saldo mensal do ICMS passível de incentivo pelo DESENVOLVE, e sim, deveriam ser utilizados para compensar os valores do ICMS não incentivado, ou seja, utilizados para compensar o ICMS normal no mês.
4. O fiscal autuante, no quadro **DEMONSTRATIVO DE APURAÇÃO DO ICMS**, destacado no final dos demonstrativos consolidados às fls. 204-205, quando apura na coluna ICMS a Pagar sem Desenvolve, que se relaciona à Infração 02, faz a compensação de ICMS recolhido pelo contribuinte sob código 2167, como se esse ICMS recolhido fosse decorrente da apuração do mês. Na realidade o ICMS recolhido sob o código 2167 refere-se ao ICMS DESENVOLVE, postergado de 12 meses atrás, decorrente do próprio incentivo fiscal. Dessa forma a nosso ver, esse ICMS não deve ser compensado com nenhum outro ICMS gerado em meses posteriores.
5. Após esta etapa, o diligente elaborou um extrato da apuração do ICMS mensal da empresa para todo o período da ação fiscal – Exercício 2007 (fls. 208-213), Exercício 2008 (fls. 214-219), agora segregando operações próprias (industrialização) e operações de terceiros (comercialização).
6. Relata que a reconstituição da Apuração do ICMS mensal do contribuinte para o período da ação fiscal, leva a uma posição diferente da adotada pelo fiscal autuante, ou seja, uma nova Apuração do ICMS mensal para o período da ação fiscal (fls. 226 a 237), agora alocando as rubricas de saídas com débito do imposto e entradas com crédito do imposto, de todo o período da ação fiscal, nas colunas devidas. Fez os ajustes das operações próprias (passível de incentivo pelo Programa) e das operações de terceiros (rubrica não incentivadas pelo Programa DESENVOLVE).

Isto feito, o diligente elaborou o quadro de fl. 241, onde se pode ver o recolhimento a menor do ICMS em razão de erro do contribuinte autuado, na determinação do valor da parcela sujeita à dilação de prazo prevista no programa DESENVOLVE, para o período da ação fiscal, conforme a infração 01. Assim, apurou que no exercício de 2007, a diferença de ICMS a recolher perfaz R\$ 27.338,12 e no exercício de 2008, R\$ 1.904,00.

Concordo com o resultado da diligência, ao tempo em que destaco que o autuante e o autuado ao serem cientificados não se manifestaram. Contudo, tendo em vista que na infração 01 o autuante somente exigiu o ICMS nos meses de janeiro e de fevereiro de 2007, e de julho e de agosto de 2008, neste Auto de Infração somente podem ser exigidos os valores relativos aos meses apontados na peça vestibular. Desta forma, o demonstrativo de débito assume a seguinte feição:

Data Ocorrencia	Data Vencimento	Base de cálculo	Aliquota	ICMS
31/01/2007	09/02/2007	5.856,47	17%	995,60
28/02/2007	09/03/2007	23.815,41	17%	4.048,62
31/08/2008	09/09/2008	3.982,41	17%	677,01
total				5.721,23

Portanto, a infração 01 assume o valor de R\$ 5.721,23, e os demais valores apontados na diligência devem ser exigidos em nova ação fiscal, pelo que represento à inspetoria de origem, com base no art. 156 do RPAF/99 : “Ocorrendo evidência de agravamento da infração ou necessidade de laratura de outro Auto de Infração, deverá o orgão julgador representar à autoridade competente para instaurar novo procedimento fiscal”

Infração procedente em parte.

Quanto às infrações 02 e 03, diante das planilhas apresentadas pelo sujeito passivo, fls. 161 a 177, foram solicitados esclarecimentos com base na IN 27/09.

Na infração 02, está sendo exigido o ICMS em razão de recolhimento a menor do ICMS, pois o sujeito passivo não efetuou o recolhimento da parcela não sujeita à dilação de prazo, no prazo regulamentar, o que implicou na perda do direito ao benefício da parcela incentivada, prevista no Programa Desenvolve.

Nesta infração, o diligente concluiu que o levantamento fiscal fls. 226 a 237, não indica em nenhum momento que o contribuinte autuado tenha compensado valores de ICMS recolhido sob o código 2167. Assevera que não teria ocorrido o cometimento da infração, diante das provas fornecidas pela empresa no decorrer da diligência.

Acompanho o resultado da diligência, no sentido de que não há ICMS a ser exigido nesta infração.

Na infração 3, em razão da perda do benefício do Programa Desenvolve, está sendo exigido o imposto relativo às parcelas incentivadas.

A parcela mínima do imposto a ser pago mensalmente foi fixada na Resolução do Conselho Deliberativo do Programa DESENVOLVE que habilitou o autuado aos benefícios do citado Programa.

Relativamente à esta infração, o diligente concluiu que não se observa que o contribuinte tenha deixado de recolher o ICMS da parcela não sujeita à dilação de prazo, em qualquer dos meses da ação fiscal. Quando ocorreu tal assertiva, fora por conta de compensação de ICMS recolhido por antecipação na forma da legislação.

Também acompanho o resultado da diligência, e voto pela improcedência da infração.

Destaco que autuado e autuante não se manifestaram após terem sido cientificados do resultado da diligência.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 276468.0303/10-5, lavrado contra **CORTIANA PLÁSTICOS DO NORDESTE LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$ 5.721,23, acrescido da multa 60%, prevista no art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de abril de 2012.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – RELATORA

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO - JULGADOR