

A. I. N° - 298742.0002/12-3
AUTUADO - GV PRODUTOS ESPORTIVOS S.A.
AUTUANTE - ANA CLÁUDIA VASCONCELOS GOMES
ORIGEM - INFAZ SANTO AMARO
INTERNET 21.12.2012

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF N° 0306-04/12

EMENTA: ICMS. 1. RECOLHIMENTO A MENOR. DESENCONTRO ENTRE VALOR RECOLHIDO E O ESCRITURADO NO RAICMS. Infração caracterizada. 2. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUE. OMISSÃO DE SAÍDA DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. EXERCÍCIO FECHADO. Infração não elidida. 3. PROGRAMA DESENVOLVE. a) RECOLHIMENTO A MENOS. ERRO NA DETERMINAÇÃO DA PARCELA SUJEITA A DILAÇÃO DE PRAZO DE RECOLHIMENTO. Infração não elidida. b) RECOLHIMENTO A MENOS. A falta de recolhimento, na data regulamentar da parcela não sujeita a dilação de prazo implica na perda do direito ao benefício em relação à parcela incentivada do respectivo período. Infração subsistente. 4. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS DESTINADAS AO CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 30/03/12, para exigir o valor de R\$545.966,11, em decorrência das seguintes irregularidades:

01. Recolheu a menor ICMS em decorrência de desencontro entre o(s) valor(es) do imposto recolhido e o escriturados no livro Registro de Apuração do ICMS. Valor: R\$ 15.121,03. Período: dezembro 2009 e abril 2011. Multa: 60%;
02. Falta de recolhimento do imposto relativo à omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado, levando-se em conta para cálculo do imposto, o maior valor monetário – o das saídas tributáveis. Valor: 1.592,51. Período: dezembro 2009. Multa 70%;
03. Recolheu a menor o ICMS em razão de erro na determinação do valor da parcela não sujeita a dilação de prazo previsto pelo DESENVOLVE. Valor: R\$ 8.283,64. Período: novembro e dezembro 2011. Multa: 60%;
04. Recolheu a menos 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 no Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia (DESENVOLVE) - R\$491.099,61. Período: novembro e dezembro 2010, fevereiro a novembro 2011. Multa: 60%;
05. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias adquiridas em outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento - R\$3.228,58. Período: maio a dezembro 2011. Multa: 60%;

06. Deu entrada no estabelecimento de mercadoria(s) não tributável(is) sem o devido registro na escrita fiscal. Multa de R\$ 26.640,74. Período: agosto a dezembro 2009, janeiro 2010 a dezembro 2011.

O autuado apresenta defesa às fls. 411 a 418, alegando ser habilitado no DESENVOLVE com a Res. 129/2008, gozando dilação de prazo para pagamento de até 90% do saldo devedor do ICMS para até 72 meses e que sob o entendimento de não ter recolhido no prazo regulamentar a parcela não sujeita a dilação (infração 4) foi autuado por recolhimento a menor (infração 3), sendo apenado com vencimento antecipado das parcelas sob o argumento de perda do benefício fiscal.

Reproduzindo o art. 9º da Lei do DESENVOLVE entende que o vencimento antecipado do ICMS incentivado (dilatado) só ocorrerá na hipótese de cancelamento do benefício quando da prática de crime contra a ordem tributária (i) ou inobservância de qualquer das exigências para a habilitação do estabelecimento ao programa, durante o período de sua fruição.

Repisa que a hipótese de vencimento integral e imediato da parcela incentivada depende de cancelamento da habilitação do contribuinte ao benefício fiscal, como dito, e, portanto, as infrações 3 e 4 seriam improcedentes, uma vez que o benefício está em vigor.

Diz que não incorreu nas hipóteses de cancelamento, pois o suposto atraso no recolhimento do ICMS não sujeito à dilação não constitui crime contra a ordem tributária, como reza o próprio auto de infração que tem como fato gerador o mero atraso no recolhimento da parcela não dilatada.

No que tange ao suposto erro de lançamento do valor da parcela diferida, ressalta que como o tributo ainda não é exigível em face do incentivo do DESENVOLVE, incogitável a prática de crime contra a ordem tributária, além de não ter fraudado ou falsificado documento, omitido informação e não fez falsa declaração. Ao contrário, apresentou-se prestativo à autoridade fazendária.

Expõe que também não é o caso de inobservância das exigências relativas à habilitação no DESENVOLVE, que foi regularmente deferido. Portanto, não passando pelo processo administrativo de cancelamento do benefício não pode haver vencimento antecipado do ICMS incentivado.

Transcrevendo o dispositivo da Lei Estadual nº 7.980/01 que trata do cancelamento do benefício fiscal, argui a inaplicabilidade da multa proposta para as infrações 3 e 4 que tem como objeto de incidência o recolhimento do tributo fora do prazo legal, o que, entende, não é o caso, pois não há expresso ato administrativo de cancelamento do benefício.

Alega não existir previsão legal no sentido de que o recolhimento do ICMS não incentivado após o prazo legal (09 de cada mês) autoriza o vencimento da parcela incentivada, pois, como visto, o cancelamento do benefício é que enseja o vencimento das parcelas incentivadas e, por isso, a infração não procede.

Sobre a infração 5, alega que os bens não foram adquiridos para consumo do estabelecimento, pois são utilizados para incorporar o ativo fixo, sendo também operação alcançada pela Resolução do DESENVOLVE (art. 2º) e, para isso provar, pede dilação de prazo para a juntada da documentação probatória.

De todo modo, ainda que sejam reconhecidas as aquisições descritas na infração 5 como destinadas ao consumo, entende não haver DIFAL, pois a competência para exigir o saldo remanescente é da Unidade Federativa do emitente da nota fiscal e não da Bahia que, nesse caso, seria incompetente para fazê-lo, razão pela qual pugna pela improcedência da infração.

Quanto à infração 1 (desencontro entre o valor recolhido e o escriturado), alega tratar-se de um erro de lançamento por ter incluído no Registro de Saída uma nota fiscal relativa a venda futura, cuja circulação ainda não foi realizada. Entende que, sem circulação de mercadoria, é evento não

sujeito à incidência de ICMS, razão pela qual pede a exclusão da operação (doc. anexo) da infração. Caso tal pedido não seja atendido, pede, alternativamente, que ao menos seja excluído o valor da obrigação principal, visto ser incontroversa a não circulação da mercadoria.

Em relação à ocorrência 09.04.2011, informa ter recolhido o imposto, mas pede dilação de prazo para demonstrar esse recolhimento.

Quanto à infração 2, apenas nega a ocorrência da omissão de saída e também pede a concessão de prazo para apresentar a documentação probatória.

Conclui pedindo seja o auto de infração julgado improcedente.

A autuante presta informação fiscal às fls. 446 a 448. Sobre a infração 1, diz que se houve erro de escrituração de nota fiscal no livro Registro de Saídas o autuado deveria estornar o débito quando da escrituração do RAICMS e que o argumento defensivo não procede nem há previsão legal para a exclusão da obrigação principal.

Com relação à ocorrência de abril 2011, informa que o livro foi escriturado de modo eletrônico e na fl. 357 há recibo de entrega da escrituração fiscal digital com comprovação de ICMS devido de ICMS de R\$ 10.447,13, mas o autuado recolheu apenas R\$ 8.926,10 via denuncia espontânea (fl. 273). Se manifestando contrária à concessão de prazo para apresentação de prova de pagamento, mantém a infração.

Quanto à infração 2, diz que o §5º do art. 123 do RPAF dispõe que a prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de fazê-lo em outro momento processual, salvo nas hipóteses ali expostas, o que não é o caso.

Para as infrações 3 e 4, diz que o art. 18 do Decreto nº 8.205/2005 que aprovou o Regulamento do DESENVOLVE esclarece que o não recolhimento da parcela do ICMS não sujeita à dilação de prazo conduz a perda do direito ao benefício fiscal em relação à parcela incentivada no mês. Portanto, mantém as infrações 3 e 4.

Sobre a infração 5, informa que apesar do contribuinte não ter apresentado as notas fiscais relativas à infração, anexou espelho das notas fiscais (fls. 86-212) para provar tratar-se de mercadorias destinadas ao consumo do estabelecimento autuado, na maioria, material de escritório, havendo imposto por diferença entre as alíquotas, como prevê o art. 5º do RICMS-BA. Além disso, informa que as notas fiscais foram registradas com o CFOP 2556.

Intimado da Informação Fiscal, o autuado se manifesta às fls. 456-462. Sobre a infração 1, transcrevendo o art. 113, §1º, do CTN e 155, II, da CF, diz estar provado nos autos que o autuado errou no lançamento relacionado ao desconhecimento de 09.11.09 por ter incluído no RE uma NF relativa a venda futura que não seria fato gerador de ICMS em face da falta de circulação da mercadoria.

Repete a negativa de cometimento da infração 2 pedindo concessão de prazo para apresentar documentação comprobatória.

Repisa os argumentos defensivos relativos às infrações 3, 4 e 5 e reitera o pedido de julgamento pela improcedência do auto de infração.

À fl. 464, há petição do autuado requerendo juntada de mídia em CD e cópias de documentos dos representantes legais.

À fl. 468 consta ciência da autuante.

VOTO

Conforme acima relatadas, este Auto de Infração contempla seis infrações. O autuado apresentou defesa tratando das infrações 1 a 5.

Portanto, não contestando a infração 6, cujo demonstrativo consta às fls. 213-230, e nada tendo a reparar quanto ao aspecto formal, sobre ela incide a disposição do art. 140 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF.

Infração procedente.

Do mesmo modo, apenas negando a ocorrência de omissão de saída de mercadoria tributável clara e regularmente demonstrada nos documentos de fls. 23-45 e pedindo prazo para apresentação de documentação probatória, o Impugnante também não objetou a infração 2. Portanto, também por nada a ter a reparar quanto ao aspecto formal do procedimento fiscal, com fundamento nos arts. 143, 140, 141 e 123 do RPAF, a legitimidade da acusação fiscal se confirma e a tomo como integralmente subsistente.

Infração procedente.

Impugnando a infração 1, juntando cópia das Notas Fiscais de Saída nºs 0032 e 0056 (fls. 420-421) o autuado alegou que a ocorrência de 31.10.2009, se refere a um erro de lançamento na escrituração de nota fiscal de venda futura, cujo imposto seria indevido em face da não circulação da mercadoria e que a ocorrência de 30.11.2011 não existiria porque o imposto foi recolhido, mas pediu a dilação de prazo para demonstrar esse recolhimento.

De fato, conforme o art. 411 do RICMS-BA, nas vendas à ordem ou para entrega futura, poderá ser emitida Nota Fiscal, com indicação de que se destina a simples faturamento, vedado o destaque do ICMS, o que só ocorrerá na nota fiscal da efetiva saída da mercadoria.

Ocorre que a nota fiscal de simples faturamento sem destaque de ICMS é a 0032 emitida em 09.09.09 e a da efetiva saída da mercadoria é a 0056, com o devido destaque do imposto e foi emitida em 09.10.09, período da apuração em que se constatou a infração, conforme planilha da auditoria da conta-corrente do ICMS de fl. 13. Portanto, não procede a alegação defensiva para essa ocorrência (exclusão da NF ou, ao menos da obrigação principal) e tampouco tem pertinência a relativa à ocorrência de 30.04.2011, uma vez que dela o Impugnante não fez a necessária prova, como prevê o art. 123 do RPAF. Portanto, a acusação fiscal subsiste.

Infração procedente.

De modo conjunto, o Impugnante protestou contra as infrações 3 (recolhimento a menor de ICMS, em razão de erro na determinação do valor da parcela sujeita a dilação de prazo prevista em Res. do DESENVOLVE) e 4 (recolhimento a menor de ICMS, em razão da falta de recolhimento, na data regulamentar da parcela não sujeita a dilação de prazo).

Mesmo reconhecendo o atraso no recolhimento do ICMS não sujeito à dilação, pediu a improcedência de ambas às infrações por entender apenas ser possível o vencimento antecipado do ICMS cujo recolhimento foi dilatado, em caso de cancelamento do benefício fiscal que ocorre em processo específico e em face das hipóteses previstas no art. 9º da Lei nº 7.980/01, que não é o caso.

A infração 3 em que se acusa recolhimento de ICMS menor que o devido, está demonstrada na fl. 47, e os documentos probatórios (LRAICMS) nas fls. 48-72 dos autos. No demonstrativo se vê que o imposto devido é maior que o pago pelo contribuinte e o Impugnante, ao tempo que atesta ter efetuado o pagamento da parcela não sujeita a dilação de prazo de recolhimento no valor menor daquele apurado fora do prazo regulamentar, não contrasta nem sequer aponta qualquer divergência dos dados da acusação tributária apurada no procedimento fiscal, o que me conduz ao entendimento da legitimidade da infração, como estatuída nos autos.

Infração procedente.

A infração 4 acusa não recolhimento da parcela incentivada do ICMS prevista no Programa DESENVOLVE, em decorrência da perda do benefício, por ter recolhido a parcela não incentivada fora do prazo.

O autuado, também não contrastando seus valores, pediu a improcedência da infração argumentando que a Lei nº 7.980/01, que trata da aplicação do programa DESENVOLVE, estabeleceu uma única penalidade de vencimento antecipado da parcela do ICMS cujo recolhimento foi dilatado, que é o cancelamento do benefício como prevista no art. 9º, o que não é o caso.

Ocorre que o Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia (DESENVOLVE), instituído pela Lei nº 7.980/01 com objetivo de fomentar e diversificar a matriz industrial do Estado estabelece no seu art. 5º, que o estabelecimento enquadrado no Programa deve observar os procedimentos, para fins de apuração e recolhimento do ICMS apurado e declarado “na forma e prazos regulamentares”, e o art. 8º do citado diploma legal determina que o “Regulamento estabelecerá” os critérios e condições para enquadramento no Programa e **fruição de seus benefícios**. (grifos meus).

O regulamento citado (Dec. 8.205/02) estabelece o seguinte:

Art. 18. A empresa habilitada que não recolher ao Tesouro do Estrado, 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.

Portanto, caracterizada a infração 3, conseqüentemente, dela decorre a infração 4. Observando que os pagamentos das parcelas de ICMS não sujeitas a dilação de prazo ocorreram fora do prazo legal de recolhimento das respectivas apurações periódicas (até o dia 09 do mês subsequente), como expostos no demonstrativo da infração (fl. 75), caracterizada também está a infração 4, cuja multa proposta pelo seu cometimento deve ser mantida por ser a tipificada para o caso.

Como claramente visto na disposição legal destacada, não se tratando de cancelamento do benefício fiscal estabelecido na Resolução DESENVOLVE do autuado, razão não há nos seus argumentos defensivos.

Infração procedente.

O autuado se defende da infração 5 (falta de recolhimento de ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais) alegando: **a)** que os bens não foram adquiridos para consumo do estabelecimento, pois são utilizados para incorporar o ativo fixo, sendo também operação alcançada pela Resolução do DESENVOLVE (art. 2º) e, para isso provar, pediu dilação de prazo para a juntada da documentação probatória; **b)** ainda que sejam reconhecidas as aquisições descritas na infração 5 como destinadas ao consumo, não deveria imposto por DIFAL, pois a competência para exigir o saldo remanescente é da Unidade Federativa do emitente da NF e não da Bahia que, nesse caso, seria incompetente para fazê-lo, razão pela qual pugna pela improcedência da infração.

A razão não assiste ao Impugnante.

A uma, porque a infração está devidamente demonstrada na planilha de fl. 85 e os espelhos das notas fiscais de fls. 86-212, indubitavelmente, constata a aquisição de itens destinados ao uso e consumo do estabelecimento autuado, aliás, destinação esta até admitida pelo próprio Impugnante quando, mesmo que equivocadamente, alega a ilegitimidade do Estado da Bahia como sujeito ativo nesta lide, além de confirmada quando registrou as operações objeto desta autuação com o CFOP 2556 (compra interestadual de material para uso e consumo).

A duas, porque a incidência tributária como aqui exigida é prevista nos arts. 2º, IV, da Lei nº 7.014/96, 1º, §2º, IV, 5º, I, 69, 111, III, “a” e 132 do Regulamento do ICMS da Bahia-RICMS-BA.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do auto de infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **298742.0002/12-3**, lavrado contra **GV PRODUTOS ESPORTIVOS S.A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$519.325,37**, acrescido das multas de 70% sobre R\$1.592,51 e 60% sobre R\$517.732,86, previstas no art. 42, II, alíneas “b” e “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$26.640,74**, prevista no inciso XI do artigo e lei já citados, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de dezembro de 2012.

PAULO DANILO REIS LOPES – PRESIDENTE

JORGE INÁCIO DE AQUINO – RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA