

PROCESSO - A. I. Nº 279505.0104/10-3
RECORRENTE - POLY EMBALAGENS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0295-01/11
ORIGEM - INFAC INDÚSTRIA
INTERNET - 28/02/2013

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0034-11/13

EMENTA: ICMS. PROGRAMA DESENVOLVE. RECOLHIMENTO A MENOS. ERRO NA DETERMINAÇÃO DO VALOR DA PARCELA SUJEITA À DILAÇÃO DE PRAZO. Comprovado o equívoco no cálculo do benefício da dilação do prazo previsto no Programa DESENVOLVE, o que ensejou recolhimento a menos da parcela não incentivada. Refeitos os cálculos, para computar a crédito os valores recolhidos em separado pelo recorrente a título de diferença de alíquotas. Rejeitadas as preliminares de nulidade e a solicitação de diligência. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão da 1ª Junta de Julgamento Fiscal (Acórdão JJF nº 0295-01/11), que concluiu pela Procedência do presente Auto de Infração, lavrado em 28/06/11, para exigir ICMS, no valor de R\$ 151.577,50, acrescido da multa de 60%, em razão de recolhimento a menos do imposto, em decorrência de erro na determinação do valor da parcela sujeita à dilação de prazo prevista pelo Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração do Estado da Bahia (Programa DESENVOLVE), nos meses de fevereiro, junho e setembro a dezembro de 2007, fevereiro a abril, junho a agosto e novembro de 2008.

Consta que, em consequência do erro na determinação da parcela sujeita à dilação, a parcela não incentivada foi recolhida a menos, conforme os demonstrativos e documentos acostados ao processo.

A Junta de Julgamento Fiscal dirimiu a lide administrativa com base nos seguintes fundamentos, *in verbis*:

"Da análise das peças processuais, constata-se que o Auto de Infração foi lavrado em conformidade com a legislação tributária aplicável, especialmente quanto ao disposto nos artigos 18 e 39, e nos seus correspondentes incisos, do RPAF/99 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia, aprovado pelo Dec. 7629/99). A infração imputada ao autuado está descrita de forma clara e precisa, permitindo a perfeita identificação de que se trata de recolhimento a menos do imposto, em decorrência de erro na determinação da parcela sujeita à dilação de prazo prevista no Programa DESENVOLVE, constando o registro de que a apuração foi realizada através de exclusões e inclusões de débitos e de créditos fiscais não vinculados ao referido Programa.

Os dispositivos do Regulamento do Programa DESENVOLVE tidos como infringidos foram correta e claramente identificados no Auto de Infração, bem como a tipificação da multa indicada no lançamento tributário de ofício. Sobre essa matéria, ressalto que a teor do disposto no artigo 19 do RPAF/99, a indicação de dispositivo regulamentar equivale à menção do dispositivo legal que lhe seja correspondente, não implicando nulidade o erro na sua indicação, desde que pela descrição dos fatos fique evidente o enquadramento legal.

O Auto de Infração está acompanhado de demonstrativos, fls. 11 a 18, dos quais o autuado recebeu cópia, que evidenciam a metodologia empregada na apuração do imposto lançado, bem como citam todos os dados utilizados na apuração do imposto que está sendo exigido. Esses dados foram obtidos dos livros fiscais do próprio sujeito passivo, fls. 19 a 118, não havendo, assim, como o defendente alegar desconhecimentos desses dados consignados em sua escrita fiscal, cuja fotocópia foi acostada ao processo.

O direito de defesa e do contraditório foi garantido e exercido pelo autuado sem qualquer cerceamento, conforme se pode depreender da defesa interposta, na qual foram abordados os diversos aspectos do lançamento, com a devida fundamentação. Toda ação fiscal foi desenvolvida com fundamento na legislação tributária pertinente, não havendo a alegada inobservância do princípio da estrita legalidade.

Quanto à validade da IN 27/09, o próprio autuado reconhece que nem o Auto de Infração e nem os seus anexos contêm qualquer referência a essa citada Instrução Normativa. Ademais, há que se observar que a Lei nº 7.980/01 transferiu para o Regulamento do Programa DESENVOLVE a incumbência de fixar os detalhes acerca dos cálculos e da extensão do benefício. Em consonância com essa determinação legal, o Regulamento estabeleceu, por meio do seu art. 3º, § 4º, a regra para o cálculo da parcela do saldo devedor mensal passível de incentivo fiscal. A análise dos demonstrativos que embasam a autuação evidencia que a exigência fiscal decorreu de inobservâncias ao Regulamento do Programa DESENVOLVE, aprovado pelo Decreto nº 8.205/2002. Dessa forma, afasto o argumento defensivo de que essa citada Instrução Normativa teria sido aplicada de forma retroativa e que teria ido além do disposto na Lei e no Regulamento do Programa DESENVOLVE.

Em face ao acima exposto, não acolho as preliminares de nulidade suscitadas na defesa.

Com base no disposto no artigo 147, inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, indefiro a solicitação de diligência, pois considero que os elementos já existentes nos autos são suficientes para a formação do convencimento dos julgadores sobre a matéria em análise.

Adentrando no mérito, observo que o autuado reconhece como procedente a exigência fiscal, no valor de R\$ 37.063,52, atinente às operações de CFOPs 5152, 6949, 5102 e 5949, impugnando os demais valores exigidos no lançamento tributário de ofício.

Em sua defesa, o autuado reitera que os critérios utilizados na apuração do imposto devido foram os previstos na IN 27/09. Todavia, conforme reconhece o próprio sujeito passivo, não há no Auto de Infração ou nos seus anexos qualquer referência expressa à IN 27/09. Essa ausência de referência à IN 27/09 já é suficiente para afastar o correspondente argumento defensivo, mas conforme já dito acima a IN 27/09 não criou obrigação que não já estivesse prevista na Lei instituidora do Programa DESENVOLVE – Lei nº 7.980, de 12 de dezembro de 2001.

Observo que o autuado se habilitou para fruição dos benefícios do Programa DESENVOLVE mediante apresentação de projeto ao Conselho Deliberativo do Desenvolve, cuja aprovação foi dada através da Resolução nº 152/06. Conforme o inciso II do artigo 1º dessa referida Resolução, o benefício de dilação de prazo de 72 (setenta e dois) meses para pagamento do saldo devedor do ICMS, diz respeito às operações próprias, gerado em razão dos investimentos previstos no projeto incentivado, conforme estabelecido na Classe I, da Tabela I, anexa ao Regulamento do DESENVOLVE. Portanto, incide em equívoco o autuado quando sustenta que o benefício de dilação de prazo concedido pelo Programa DESENVOLVE alcança todas as operações próprias que realiza, haja vista que o referido benefício está adstrito às operações próprias decorrentes dos investimentos previstos no projeto incentivado.

Discordo do entendimento do autuado, segundo o qual operações próprias são todas aquelas que realiza, a exceção da substituição tributária. Nos termos do Decreto nº 8.205/2002, a aplicação do benefício do Programa DESENVOLVE se restringe ao saldo devedor do ICMS, relativo às operações próprias, geradas em razão dos investimentos previstos no projeto incentivado e, portanto, não há como se estender o benefício às operações próprias realizadas com mercadorias não originadas do projeto incentivado.

Não acolho o argumento defensivo que tenta alargar o entendimento do que são operações próprias. Não vislumbro como se aplicar ao caso em tela a interpretação teleológica, conforme pleiteia o autuado, pois se assim procedêssemos estariamos estendendo os benefícios do Programa DESENVOLVE além dos efetivamente concedidos pelo Estado da Bahia.

Corroborando o acima exposto, ressalto que este CONSEF tem afirmado esse entendimento, conforme de pode observar no Acórdão CJF Nº 0412-11/08, cujo voto transcreve parte:

[...]

“De pronto, devo ressaltar que comungo com o mesmo entendimento adotado pela JJF e pela PGE/PROFIS de que para a dilação do prazo para pagamento do saldo devedor mensal do ICMS, o conteúdo da expressão “operações próprias”, inserta no art. 3º do Regulamento do Programa DESENVOLVE, aprovado pelo Decreto nº 8.205/2002, diz respeito aos produtos fabricados pelo próprio estabelecimento beneficiado, “gerados em razão dos investimentos constantes dos projetos aprovados pelo Conselho Deliberativo”, conforme Resolução nº 45/2003, não se incluindo as mercadorias ou bens adquiridos de terceiros para comercialização ou destinados ao ativo imobilizado.”

“A aplicação do benefício fiscal deve ser restrita e sua interpretação literal. Logo, descabe o entendimento recursal de que a expressão “operações próprias” diz respeito a “operações próprias de circulação de

mercadorias”, as quais, segundo o recorrente, são quaisquer operações que envolvam a transferência da titularidade de bens ou mercadorias realizadas pelo estabelecimento beneficiado.”

“Neste contexto, não poderia o contribuinte utilizar-se do benefício de dilação do prazo de pagamento do ICMS, previsto para as operações próprias, para se debitar do diferencial de alíquotas, quando da apuração do saldo devedor mensal do imposto amparado pelo aludido benefício fiscal do DESENVOLVE, pois tais produtos adquiridos de terceiros e destinados ao ativo fixo do estabelecimento, mesmo concorrendo, direta e indiretamente, para o ciclo de produção e comercialização dos seus produtos, não se incluem como “operações próprias” e, como tal, não podem se inserir no saldo devedor mensal do ICMS a ter seu prazo de pagamento dilatado, pois não satisfazem os requisitos à regular fruição do benefício fiscal”.

Diante disto, fica patente o acerto do autuante quando considerou que o benefício concedido ao autuado alcançava, exclusivamente, o valor do ICMS relativo às operações próprias, gerado em razão dos investimentos constantes dos projetos aprovados pelo Conselho Deliberativo do DESENVOLVE e refez os cálculos excluindo as operações não beneficiadas pelo Programa, conforme explicitado nos demonstrativos que acompanham o Auto de Infração.

Dessa forma, os débitos referentes ao ICMS decorrente da diferença de alíquotas devidos nas aquisições interestaduais de bens destinados ao ativo imobilizado ou ao uso e consumo do próprio estabelecimento não se incluem como operações próprias. Portanto, o autuante agiu corretamente quando, ao apurar o saldo devedor sujeito ao benefício da dilação, excluiu os recolhimentos de ICMS referente à diferença de alíquotas citados na defesa, nos meses de novembro e dezembro de 2007, nos valores de R\$ 8.931,97 e R\$ 12.308,97, não tendo ocorrido, assim, o alegado bis in idem.

Quanto às exclusões dos débitos atinentes às devoluções de materiais de uso e consumo, nos valores de R\$ 120,75 e R\$ 135,99, também foi correto o procedimento do auditor fiscal, pois, como se trata de devoluções de materiais destinados ao uso e consumo do próprio estabelecimento, logicamente não houve a apropriação de crédito fiscal quando da aquisição das mercadorias. As fotocópias dos livros fiscais trazidas na defesa comprovam que as saídas em devolução foram efetuadas com débito do imposto (fls. 162 e 169), ao passo que as entradas foram registradas sem crédito do imposto (fls. 164 e 168). Não há, portanto, reparo a fazer no procedimento adotado pelo autuante, o qual não criou nenhuma distorção na apuração do imposto e nem implicou modificação nos critérios do Programa DESENVOLVE.

Diante do exposto, restou comprovado nos autos o cometimento de equívocos no cálculo do benefício da dilação do prazo previsto no Programa DESENVOLVE, o que ensejou recolhimento a menos da parcela não incentivada e, portanto, fica caracterizada a infração imputada ao autuado.

Pelo acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, devendo ser homologados os valores já recolhidos”.

Inconformado, o sujeito passivo interpôs o Recurso Voluntário de fls. 198/214, suscitando preliminar de nulidade sob os seguintes fundamentos:

- a) Quanto ao conceito de operações próprias, as principais motivações da Junta de Julgamento Fiscal foi no sentido de que a ausência de referência à Instrução Normativa nº 27/09 já é suficiente para afastar o correspondente argumento defensivo, e que operações próprias não incluem o ICMS decorrente da diferença devido nas aquisições interestaduais de bens destinados ao ativo imobilizado ou ao uso e consumo do próprio estabelecimento. Aduz que este argumento da defesa – Instrução Normativa nº 27/09 - é secundário, além do que a impugnante apenas afirmou que os critérios aplicados é que foram da Instrução Normativa nº 27/09.
- b) Diz que, segundo a Decisão impugnada, os valores de ICMS de R\$ 8.931,97 e R\$ 12.308,97 estão corretamente incluídos nos Auto de Infração. Afirma, quanto a este ponto, que encartou os extratos da própria SEFAZ, que comprovam, de forma indubiosa, o efetivo recolhimento destes valores, por amostragem, tendo em vista a existência de outros recolhimentos na mesma condição.

Aduz que isto foi dito e repetido diversas vezes na sustentação oral e o recolhimento foi confirmado, informalmente, pelo Presidente da JJF. E, apesar destas insistentes afirmações e circunstâncias do julgamento, em que pese o pedido de vista do PAF por um dos integrantes da Junta, para melhor analisar a questão, parece que os respeitáveis julgadores não entenderam a matéria. Erroneamente, insistiram em considerar tais valores como não contempladas nas operações próprias, gerado em razão dos investimentos previstos no projeto incentivado.

Reafirma que o ICMS foi 100% recolhido. Qualquer cobrança adicional, dentro ou fora do conceito de operações próprias, implica em bis in idem.

Atenta para a necessidade de diligência, como única forma de evitar a geração de desgastes desnecessários com a criação de novas etapas de litígio no Judiciário, com absoluta possibilidade de êxito para a contribuinte, e dispêndios evitáveis tanto para o Estado como para a empresa autuado. Afirma que o próprio CONSEF pode determinar que os órgãos responsáveis informem os recolhimentos das parcelas decorrentes de diferença de alíquotas do ICMS nas aquisições interestaduais, que estão compondo o Auto de Infração.

c) Com relação aos débitos relativos às notas fiscais de devolução de material de consumo (R\$ 120,75 e R\$ 135,99 - CFOP's 6556 e 6553), afirma que, se estão incluídos no valor do ICMS dilatado, calculado pelo contribuinte, deve ser devolvida a parte paga no vencimento normal do imposto, e não, como entendeu, mais uma vez, equivocadamente a JJF, cobrada a parte dilatada na autuação.

Pede a realização de diligência para duas finalidades, a saber:

1. desmembrar os valores que compõem os totais mensais no Auto de Infração, especialmente no demonstrativo “APURAÇÃO DOS VALORES DO ICMS NÃO VINCULADOS DO DESENVOLVE”, corrigindo possíveis falhas das espécies materiais. Diz que todos os valores lançados nos demonstrativos apresentados pelo autuante referem-se a totais mensais. O detalhe de cada valor, para segregar cada operação, depende da análise dos profissionais do autuado, nem sempre decifráveis ou compreendidos totalmente.
2. confirmar as falhas materiais e de interpretação dos fatos como alegado supra, alusivas aos valores de R\$ 8.931,97, R\$ 12.308,97, R\$ 120,75 e R\$ 135,99, bem assim, dos recolhimentos ainda não desvendados de mesma natureza – diferença de alíquotas de aquisições interestaduais de bens do ativo imobilizados e valores outros de devoluções de mercadorias ou operações similares que não se constituam em fato gerador do ICMS – que não devem ser objeto de cobrança de qualquer espécie.

Quanto ao mérito, faz análise da legislação do DESENVOLVE, do RICMS e dos métodos de interpretação do art. 111, do CTN, para concluir que as operações próprias se distinguem daquelas outras operações em que há um substituto responsável, isto é, um contribuinte “de direito” que recolhe o ICMS incidente em operação de circulação de mercadorias que foi (ou será) praticada por outro sujeito passivo.

Afirma, em seguida, que o diferencial de alíquotas do ICMS está compreendido no conceito de operações próprias, pois o contribuinte de fato e de direito é o próprio sujeito passivo da obrigação tributária – o titular do projeto do DESENVOLVE; ele é quem promove a operação sobre a qual incide a diferença de alíquotas do ICMS, isto é, que promove a entrada das mercadorias em seu estabelecimento. Portanto, juridicamente, ele é o sujeito passivo, o contribuinte de fato e de direito. É o sujeito do fato que realmente produziu a incidência do imposto, estando incluído, portanto, legalmente, no conceito de operações próprias.

Afirma que, conjugando o fato de que tal cobrança tem hipótese de incidência específica, que é a entrada no estabelecimento do contribuinte – projeto DESENVOLVE, com o fato da constatação de existência de vinte e sete alusões no RICMS/BA, a conclusão é indeclinável de que a diferença de alíquotas está inserida no conceito de operações próprias, pela aplicação técnico-jurídica das regras de interpretação. Outra não pode ser a conclusão adotada pelo autuado.

Prossegue, asseverando que, pela legislação do DESENVOLVE, o aspecto teleológico do incentivo é o fomento à instalação de novos empreendimentos industriais que apresentem redução de custos, geração de empregos, etc., com a implementação de novos parques industriais, que não se constituam em simples transferências de ativo fixo de outros estabelecimentos ou terceiras empresas.

Assevera que o termo “projeto” não representa só as atividades industriais, mas inclui, também, as atividades comerciais, administrativas, etc., isto é, todas as atividades inerentes ao complexo de ações empresariais – atividades-fim (industrialização) e atividades-meio (administração, segurança, etc.), necessárias para atingir o objetivo macro do projeto – industrialização e comercialização dos seus produtos finais.

Logo, o projeto não tem o caráter jurídico de contemplar especificamente a compra de matérias-primas, material intermediário e de embalagem - industrialização, bem assim a venda de produtos finais – saídas de mercadorias. Antes, comprehende todas as demandas empresariais que viabilizem a fabricação e a colocação do produto no mercado.

Salienta que não faria qualquer sentido incentivar as empresas para instalar novos projetos industriais, diferindo por cerca de seis anos até 90% do saldo devedor gerado em razão dos investimentos dos contribuintes e, por outro lado, excluir da dilação do ICMS aquele relativo à diferença de alíquotas nas aquisições, justamente, de bens para o ativo imobilizado, inerentes à instalação dos projetos, e de material de consumo, decorrentes diretamente das atividades tanto de instalação quanto de operacionalização do projeto.

Afirma, ainda, que é notório que a legislação estadual sempre pendeu à concessão do deferimento do ICMS nas aquisições de ativo permanente, para o momento da saída ou desincorporação dos bens. Esta é a vocação natural do tratamento tributário em tais operações.

Transcreve lições doutrinárias e julgados acerca dos métodos interpretativos da legislação tributária, pugnando, ao final, pelo Provimento do apelo ofertado.

A PGE/PROFIS, no Parecer de fls. 231/234, opinou pela rejeição das preliminares suscitadas, já que o Auto de Infração descreve claramente a conduta ilícita atribuída ao sujeito passivo, a multa conta com previsão legal específica, não havendo incorreções capazes de gerar prejuízos ao sujeito passivo.

Manifesta-se, ainda, pelo indeferimento do pedido de diligência, conforme preceitua o art. 147, I, "a", do RPAF vigente, porquanto o fato gerador identificado está embasado nos documentos e livros fiscais do contribuinte de fls. 19/118 e nos demonstrativos de fls. 11/18, não tendo sido apresentadas provas capazes de modificar o lançamento tributário.

Quanto ao mérito, afirma que o benefício da dilação do prazo de 72 meses para pagamento do saldo devedor do ICMS refere-se às operações próprias, que são as que têm por objeto os produtos fabricados pelo beneficiário em razão dos investimentos previstos no projeto incentivado, conforme legislação de regência.

Assevera que a interpretação literal é a mais adequada ao caso concreto e que não merece reparos o procedimento adotado pelo autuante, no sentido de excluir do incentivo os valores relativos ao ICMS diferença de alíquotas das aquisições de ativo imobilizado e de uso e consumo do estabelecimento, débitos relativos à devolução de materiais de uso e consumo etc. Diz que as cópias dos livros fiscais colacionados aos autos comprovam que as saídas em devolução foram efetivadas com débito do imposto, enquanto as operações foram registradas sem crédito do imposto.

Conclui, nesses termos, pelo Não Provimento do Recurso.

VOTO

A preliminar de nulidade suscitada pelo sujeito passivo não merece acolhimento, pois, como bem posto pela Junta de Julgamento Fiscal, o Auto de Infração em testilha foi lavrado em obediência à legislação tributária, atendendo, assim, aos requisitos do 39, do RPAF/99. A acusação fiscal foi adequadamente descrita e capitulada, possibilitando a que o sujeito passivo tomasse pleno conhecimento acerca do ilícito tributário que lhe foi imputado, o que demonstrou na defesa e no Recurso ofertados.

Vale, ainda, o registro de que o Auto de Infração está devidamente instruído dos demonstrativos que evidenciam o método adotado pelo autuante para apuração da base de cálculo lançada por conduto do presente auto (fls. 11 a 18), elaborados a partir dos dados lançados pelo próprio sujeito passivo em seu livro Registro de Apuração do ICMS.

Também é digno de nota que a utilização do regramento da Instrução Normativa nº 27/09, implícita ou explicitamente, não tem qualquer interferência para a validade do lançamento de ofício, pois, como curial, referido ato normativo limitou-se a explicitar uma metodologia de cálculo para fins de apuração do valor incentivado no âmbito do Programa DESENVOLVE, dispondo sobre as parcelas que devem ser incluídas e excluídas do benefício. Se esse regramento apresenta equívocos, cabe ao contribuinte levantá-los e a este Conselho de Fazenda julgá-los, cumprindo o seu mister de depurar o crédito tributário.

Essa questão, assim como as demais alegadas pelo sujeito passivo a título de preliminar de nulidade, concentra-se no mérito, e não no âmbito da validade do lançamento.

Nesse contexto, inexistentes quaisquer dos senões do art. 18, do RPAF/99, fica repelida a arguição de nulidade.

Também não pode ser acatado o pedido de diligência formulado pelo recorrente, pois, em primeiro lugar, eventual prova de pagamento do ICMS a título de diferencial de alíquotas ou mesmo sob diferente rubrica é ônus que toca exclusivamente ao sujeito passivo, o que desautoriza a providência encarecida, a teor do art. 147, I, b, do RPAF/99. Tanto é assim que o recorrente fez prova parcial de suas alegações, apresentando os comprovantes de recolhimento do diferencial de alíquotas de fls. 159/160.

Depois, o recorrente não disse em que consistem os equívocos materiais constatados no presente Auto de Infração, não sendo possível a realização de diligência tão abrangente assim que implique nova ação fiscal. Os demonstrativos elaborados pelo autuante às fls. 11/18 revelam todas as operações que foram consideradas para cálculo do imposto devido, inclusive, como dito acima, a partir de dados extraídos do livro Registro de Apuração escriturado pelo próprio recorrente. Não há, assim, a dificuldade de compreensão dos valores lançados, conforme alardeado no apelo.

Por último, quanto aos valores de R\$ 8.931,97, R\$ 12.308,97, R\$ 120,75 e R\$ 135,99, relativos a pagamentos de diferença de alíquotas de aquisições interestaduais de bens do ativo imobilizados e devoluções de mercadorias ou operações similares que não se constituam em fato gerador do ICMS, tenho que o acervo probatório constante dos autos é suficiente para o deslinde recursal, revelando-se despicienda a realização de diligência, conforme preceitua o art. 147, I, a, do RPAF/99.

Quanto ao mérito, vale registrar que este Conselho já pacificou o entendimento no sentido de que o Programa DESENVOLVE, por ter o objetivo de ampliar e diversificar a matriz industrial e agroindustrial do Estado da Bahia, aplica-se, exclusivamente, às **"operações próprias"** do sujeito passivo, assim entendidas aquelas decorrentes de processo de industrialização realizado no estabelecimento beneficiário (art. 3º, do Decreto nº 8.205/2002). Os débitos relativos a diferencial de alíquotas ou devolução de mercadorias de uso e consumo ou do ativo imobilizado não ensejam a aplicação dos respectivos benefícios.

Veja-se, a propósito, que a Resolução que habilitou o recorrente aos benefícios do DESENVOLVE estabelece, textualmente, em seu art. 1º: *"Considerar habilitado ad referendum do Plenário, ao Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia - DESENVOLVE, o projeto de implantação da POLY EMBALAGENS LTDA., CNPJ nº 01.029.001/0004-74, localizado neste Estado, para produzir embalagem com barreira..."* (fl. 07).

Assim, não cabe a este Conselho de Fazenda alargar o conceito de operações próprias, para permitir que o benefício fiscal alcance débitos de imposto relativo a mercadorias totalmente alheias ao projeto de implantação previsto na habilitação do sujeito passivo, estando correta a

exclusão do cômputo da parcela sujeita a dilação de prazo os débitos relativos à diferença de alíquotas e devolução de mercadorias.

Verifica-se, contudo, que o autuante, ao refazer a conta corrente fiscal do contribuinte (demonstrativo de fls. 11/18), de modo a excluir do benefício do DESENVOLVE todos os débitos que não se referem às operações próprias, lançou na coluna de débitos de operações não vinculadas ao projeto (OP NVP) os valores relativos à diferença de alíquotas. Mas, nos meses de novembro e dezembro de 2007, o autuante deixou de lançar a crédito, na coluna relativa às operações não incentivadas, os valores que foram efetivamente recolhidos pelo contribuinte a esse mesmo título (diferença de alíquotas), conforme documentos de fls. 159/160, anexados à defesa.

O autuante, em sua informação fiscal, não se manifesta sobre esses recolhimentos e a Decisão objurgada limita-se a afirmar que: *"os débitos referentes ao ICMS decorrente da diferença de alíquotas devidos nas aquisições interestaduais de bens destinados ao ativo imobilizado ou ao uso e consumo do próprio estabelecimento não se incluem como operações próprias. Portanto, o autuante agiu corretamente quando, ao apurar o saldo devedor sujeito ao benefício da dilação, excluiu os recolhimentos de ICMS referente à diferença de alíquotas citados na defesa, nos meses de novembro e dezembro de 2007, nos valores de R\$ 8.931,97 e R\$ 12.308,97, não tendo ocorrido, assim, o alegado bis in idem".*

A premissa adotada pela JJF está correta, já que os débitos oriundos de diferenças de alíquotas não podem ser contemplados pela dilação de prazo do DESENVOLVE. Todavia, a metodologia de cálculo do autuante, quanto a esses meses de novembro e dezembro de 2007, está equivocada, pois, se os débitos das diferenças de alíquotas foram considerados na coluna de operações não incentivadas, os créditos oriundos dos pagamentos feitos a este título também deveriam ser considerados nessa mesma coluna (operações não incentivadas). Somente assim é possível apurar o saldo devedor real do sujeito passivo, para confronto com o ICMS recolhido e cálculo da diferença devida.

A não consideração dos pagamentos feitos pelo sujeito passivo gerou, sim, bis in idem, devendo ser corrigido nesta oportunidade, até mesmo porque o art. 93, V, do RICMS/97, era claro ao dispor que constitui crédito do estabelecimento o valor do imposto pago a título de diferença de alíquotas.

Destarte, fazendo as correções devidas, fica alterado o demonstrativo do exercício de 2007, conforme a seguir explicitado:

Exercício de 2007	
Mês	ICMS devido (R\$)
Fevereiro	3.663,88
Junho	264,16
Setembro	7.250,90
Outubro	5.808,77
Novembro	0,00
Dezembro	30.186,75
TOTAL	47.174,46

No que tange às devoluções materializadas pelas notas fiscais 21421 e 21847 (fls. 163 e 167), vale registrar que a primeira retrata uma operação ocorrida em abril de 2007, não possuindo, portanto, qualquer interferência para o presente lançamento, já que nesse mês nada foi cobrado do sujeito passivo.

Já a segunda nota (nº 21847), emitida em junho de 2007, foi regularmente escriturada pelo sujeito passivo em seu livro Registro de Saída (fl. 169), com débito do imposto. Os valores lançados foram transportados para o livro Registro de Apuração do ICMS, também escriturado pelo sujeito passivo, e foi com base nesses valores que o autuante recalcoulou o imposto devido, tanto que o saldo devedor das operações não incentivadas corresponde, exatamente, ao valor da diferença de

alíquota desse mês de junho de 2007 somado ao valor do ICMS debitado na operação de devolução constante da Nota Fiscal nº 21847 (R\$5.605,81 + R\$135,99 = R\$5.741,80 - valor lançado na coluna de débito de operações não incentivadas, conforme planilha de fl. 11).

Logo, fica claro que a diferença apurada pelo autuante decorreu da inclusão indevida dessa operação de devolução no benefício do DESENVOLVE, estando, assim, correta a exigência fiscal.

Ante o exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, para reduzir o débito lançado ao valor de R\$132.036,95.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª 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 **279505.0104/10-3**, lavrado contra **POLY EMBALAGENS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$132.036,95**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, II, "f", da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 31 de janeiro de 2013.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

FÁBIO DE ANDRADE MOURA - RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEIRO COSTA – REPR. DA PGE/PROFIS