

PROCESSO	- A. I. N° 088502.0004/11-7
RECORRENTE	- CHIACCHIO INDÚSTRIA DE EMBALAGENS LTDA. (CHIACCHIO EMBALAGENS)
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0146-04/12
ORIGEM	- INFRAZ VITÓRIA DA CONQUISTA
INTERNET	- 05/03/2013

3ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0064-13/13

EMENTA: ICMS. 1. PROGRAMA DESENVOLVE. a) DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. a.1) AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DESTINADAS AO ATIVO FIXO. Restou comprovado que os fatos geradores são anteriores ao benefício do deferimento do imposto para o momento da desincorporação dos bens. Infração caracterizada. a.2) AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MATERIAIS DESTINADOS AO CONSUMO. Infração subsistente. 2) RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. a) FALTA DE RETENÇÃO E O CONSEQUENTE RECOLHIMENTO DO ICMS, NA QUALIDADE DE SUBSTITUTO TRIBUTÁRIO. VENDAS INTERNAS A CONTRIBUINTE INAPTO. Infração parcialmente caracterizada, tendo sido excluído o valor devido referente à nota fiscal destinada a contribuinte na condição de “ativo”. b) INDEVIDA REDUÇÃO DE BASE DE CÁLCULO EM VENDAS A MICROEMPRESAS E EPP INAPTO. c) APLICAÇÃO INDEVIDA DE REDUÇÃO DE BASE DE CÁLCULO PARA VENDAS A MICROEMPRESAS, EMPRESAS DE PEQUENO PORTO E AMBULANTES, EM VENDAS A CONTRIBUINTE NORMAIS. Infrações caracterizadas. 3) FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. PARCELA NÃO ALCANÇADA PELO PRAZO DA DILAÇÃO. PERDA DO BENEFÍCIO EM RELAÇÃO À PARCELA INCENTIVADA. Fato que culminou na perda do direito relativo à parcela sujeita à dilação do prazo. Infração comprovada. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Indeferido o pedido de diligência. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVADO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão proferida pela 4ª Junta de Julgamento Fiscal (4ª JJF) que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, o qual foi lavrado para exigir ICMS no valor total de R\$989.475,88, em decorrência de oito infrações, sendo objetos do presente Recurso as seguintes irregularidades:

INFRAÇÃO 1. Deixou de recolher ICMS no valor de R\$ 174.429,64, decorrente de diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento. Período: janeiro a maio, agosto a novembro 2008, janeiro, fevereiro, novembro e dezembro 2009. Multa: 60%.

INFRAÇÃO 2. Deixou de recolher ICMS no valor de R\$ 12.180,60, decorrente de diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas a consumo do estabelecimento. Período: janeiro a dezembro 2008, janeiro a dezembro 2009. Multa: 60%.

INFRAÇÃO 4. Deixou de proceder a retenção de ICMS no valor de R\$ 3.010,48, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado. Período: janeiro

a dezembro 2008, janeiro a setembro 2009. Multa: 60%. Consta que se refere a vendas para contribuintes inaptos no cadastro estadual.

INFRAÇÃO 5. Utilizou alíquota indevida (interestadual) em operações cuja entrega das mercadorias ocorreu em estabelecimento localizado dentro da Bahia. Valor do ICMS: R\$ 7.712,52. Período: janeiro a dezembro 2008, janeiro a setembro 2009. Multa: 60%. Consta que se refere a vendas para contribuintes inaptos.

INFRAÇÃO 6. Recolheu a menos ICMS no valor de R\$ 5.874,91, em decorrência de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Período: janeiro a março, maio, junho, agosto, outubro e dezembro 2008, janeiro a outubro 2009. Multa: 60%. Consta que se refere a vendas para contribuintes normais, tendo em vista a aplicação do benefício do Dec. 7.466/98.

INFRAÇÃO 8. Recolheu a menos ICMS no valor de R\$ 785.677,54, 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 DESENVOLVE. Período: janeiro, fevereiro, maio e junho 2008, junho a agosto 2009. Multa: 60%.

O autuado apresentou defesa e, referindo-se à Infração 1, afirmou que a diferença de alíquota lançada não era devida, pois agira conforme o disposto no art. 2º, I, “c”, do Dec. 8205/02, bem como não foram considerados recolhimentos efetuados em alguns meses.

Quanto à Infração 2, disse que não recebeu cópia dos correspondentes demonstrativos. Afirmou que faltava demonstrativo indicando as notas fiscais objetos da autuação.

Relativamente à Infração 4, alegou que o autuante não lhe forneceu a relação dos contribuintes inaptos, assim como não indicou o período em que estiveram na condição de inaptos.

Requeru a nulidade das Infrações 5 e 6, por inobservância do devido processo legal, sob o argumento de que o autuante não descreveu a qual benefício do Dec. 7.466/98 se referiu.

Suscitou a nulidade da Infração 8, tendo em vista que foi exigido crédito tributário decorrente de suposta perda de benefício do Programa DESENVOLVE sem a correspondente Resolução do Conselho Deliberativo, conforme previsto no art. 19, §2º, do Regulamento do DESENVOLVE. Frisou que o ICMS foi recolhido espontaneamente, com os acréscimos tributários previstos. Mencionou que o Auto de Infração se reporta a data de vencimento diversa da constante no Regulamento do citado Programa, negou o cometimento da infração.

Na informação fiscal, o autuante frisou que os demonstrativos atinentes às Infrações 2, 4, 5 e 6 estão anexados ao processo e neles consta a assinatura de recebimento do autuado (fls. 84, 95, 98, 155, 159, 170, 263, 272, 288, 294, 300, 305 e 312).

Manteve a exigência fiscal referente à Infração 1, tendo em vista que somente por meio da Resolução 201/2010, cuja cópia anexou ao processo, o autuado foi habilitado ao deferimento do pagamento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas. Explicou que, conforme os extratos de recolhimentos constantes nos sistemas da SEFAZ (fls. 16 a 20), o autuado não efetuou os pagamentos citados na defesa.

Quanto à Infração 8, afirmou que o imposto lançado é referente às parcelas que perderam o incentivo do DESENVOLVE em virtude do recolhimento do imposto fora do prazo regulamentar, conforme determina o artigo 18 do Regulamento do DESENVOLVE.

O processo foi convertido em diligência, para que o autuante juntasse aos autos os extratos comprobatórios da situação cadastral dos contribuintes inaptos tratados nas Infrações 4 e 5, com a posterior reabertura do prazo de defesa.

Após o atendimento da diligência com a juntada dos documentos de fls. 406 a 543, o autuado se pronunciou, afirmando que não vendeu para contribuintes inaptos e que não deixou de recolher o imposto, tendo apenas recolhido com atraso.

Por meio do Acórdão JJF N° 0146-04/12, o Auto de Infração foi julgado procedente em parte.

Ao proferir o seu voto, o ilustre relator afastou as preliminares de nulidade, sob o argumento de que o Auto de Infração foi lavrado com a indicação de todos os elementos constitutivos do crédito tributário, que estava em conformidade com os dispositivos legais pertinentes e que o autuado tinha recebido cópia de todos os demonstrativos que embasaram a autuação. Foi ultrapassada a arguição de nulidade da Infração 8, segundo a qual o autuante não tinha competência para cancelar benefício do DESENVOLVE, pois considerou a primeira instância que a exigência fiscal em comento não implicava tal cancelamento. A solicitação de diligência foi indeferida, tendo em vista que os elementos constantes nos autos eram suficientes para formação do convencimento dos julgadores.

No mérito, a Infração 1 foi julgada procedente, tendo o relator fundamentado o seu voto no fato de que o autuado somente passou a usufruir diferimento do pagamento do ICMS relativo à aquisição de bens destinados ao ativo fixo, através da Resolução nº 201/10 que alterou a Resolução 149/06, a partir de 14/12/10. Considerando que a Infração 1 tratava de falta de recolhimento de ICMS relativo a fatos geradores anteriores à data citada, esse item do lançamento foi mantido.

A Infração 2 foi julgada procedente, tendo em vista que as operações, à época dos fatos, se sujeitavam à normal incidência tributária, conforme tipificada na autuação.

Quanto à Infração 4, decidiu a Primeira Instância pela Procedência Parcial, tendo o relator fundamentado o seu voto, em síntese, da seguinte forma:

[...]

A condição de inaptidão dos adquirentes é que sustentam esta e a infração 05 e a diligência fiscal objetivou evidenciar com provas essa situação.

Analizando todos os espelhos constatei que apenas R\$ 2,59, relativo à venda ao contribuinte da IE 55.603.380 em 25/03/08, deve ser excluído do valor exigido na infração 04, tendo em vista que, conforme se vê no extrato de fl. 552, a situação de inaptidão do destinatário deu-se apenas em 31/08/2011, pois, ao contrário do que escreve o impugnante na manifestação acerca do resultado da diligência fiscal, os demais espelhos do cadastro dos destinatários das notas fiscais confirmam a situação de “inapto” de todos eles no momento em que as operações foram realizadas. Alguns, a exemplo dos destinatários IE 39.158.086, 40.670.986, 48.051.345 (fls. 553, 554, 557) que o impugnante marca como de situação “ATIVO”, recuperaram tal situação depois das operações objeto da autuação, pois, como se vê no verso dos extratos, nas datas das operações estavam “inaptas”. Outros, como IE 39.566.704, 50.827.792 (fls. 555, 556) constam com “inaptidão” anterior às datas das operações. Outros, como IE 31.358.172 que marca como “ATIVO” em data anterior às operações, como se vê no verso do extrato, naquelas datas estavam “inaptos”.

Em situações tais, conforme I do art. 353 do RICMS-BA, cabe ao contribuinte vendedor a condição de Contribuinte Substituto, pois está obrigada a reter e recolher o ICMS devido pelo contribuinte inapto exatamente porque nesta situação seus clientes não irão recolher o ICMS devido nas suas operações de vendas, pois se encontram na condição equivalente a não inscritos e, naturalmente, estes contribuintes irão revender estas mercadorias.

[...]

Ressalto que a situação cadastral dos contribuintes baianos pode ser facilmente discernida, inclusive, visualizada no site da SEFAZ-BA na “Internet”. Assim, considerando que quando efetuadas as operações relacionadas no demonstrativo espelho da infração em debate, os destinatários das mercadorias já se encontravam inaptos para o regular exercício da atividade comercial neste Estado, a infração sobra caracterizada, pois a legislação, como tipificada no lançamento, respalda a acusação fiscal. Portanto, em face da exclusão de R\$ 2,59, relativo à nota fiscal destinada ao contribuinte de IE 55.603.380, a ocorrência de 31/03/2008 passa de R\$111,64 para R\$109,05, mantendo-se inalteradas as demais ocorrências do demonstrativo original. Assim, a infração resta caracterizada, mas parcialmente subsistente no valor de R\$3.007,89.

Decidiu a Primeira Instância pela procedência da Infração 5 utilizando os mesmos argumentos empregados em relação à infração anterior.

A Infração 6 foi julgada procedente, pois considerou a 4ª JJF que as peças processuais comprovavam que o autuado efetuou vendas internas a contribuintes normais utilizando a alíquota de 7%, quando deveria ter empregado a alíquota de 17%.

A Infração 8 foi julgada procedente, tendo a primeira instância considerando, em síntese, que *como o sujeito passivo não recolheu a parcela não incentivada no prazo regulamentar, perdeu o direito, naquele mês, de dilatar o prazo de pagamento do imposto total, portanto fica mantida a*

infração. Não houve desenquadramento do autuado para usufruir os benefícios a que tem direito, desde que satisfeita a indispensável condição suspensiva (art. 116, inciso II, c/c art. 117, inciso I, do CTN) que, no caso, não ocorrida (recolhimento da parcela não incentivada no prazo regulamentar), não há falar em direito ao benefício fiscal da dilação de prazo para recolhimento da parcela incentivada.

Inconformado com a Decisão proferida pela 4ª JJF, o autuado apresenta o Recurso Voluntário de fls. 610 a 621, no qual afirma que a Decisão recorrida merece ser reformada.

Preliminarmente, suscita a nulidade da Decisão recorrida, por cerceamento de defesa, em razão do indeferimento da diligência que foi solicitada na defesa inicial. Discorre sobre a importância do exercício do direito à ampla defesa e, em seguida, assevera que o indeferimento, pela Junta de Julgamento, do pedido de diligência foi desarrazoado, pois se trata de um meio de prova invocado pelo deficiente e não se constituía em uma solicitação protelatória.

Ainda em preliminar, argui a nulidade da Decisão recorrida sob o argumento de que o autuante não pode e nem possui competência para revogar benefício concedido por outro órgão da administração pública. Frisa que o benefício do Programa DESENVOLVE lhe foi concedido pelo Conselho Deliberativo desse Programa, por meio da Resolução nº 54/05 e, portanto, é esse Conselho Deliberativo o único órgão competente para conceder/revogar tal benefício, conforme previsão expressa na legislação atinente à matéria, sob pena de usurpação de função. Para embasar seu argumento, transcreve o disposto no art. 2º do Decreto nº 8205/02. Dessa forma, requer a anulação do Auto de Infração no que tange à revogação do benefício que lhe foi concedido pelo DESENVOLVE, bem como diz que é necessário o refazimento da ação fiscal com cálculos efetivos e considerados em sua totalidade por um auditor fiscal estranho ao feito.

Adentrando no mérito, o recorrente passa a abordar a Infração 1, argumentando que agiu de acordo com o previsto na alínea “c” do inciso I do artigo 2º do Decreto nº 8205/02, cujo teor reproduziu. Aduz que o autuante deixou de considerar os recolhimentos efetuados nos meses de janeiro, fevereiro, maio e junho de 2008 e junho, julho e agosto de 2009. Diz que é necessária a realização de diligência a ser efetuada por auditor fiscal estranho ao feito.

Referindo-se à Infração 8, afirma que ao considerar o recolhimento efetuado em atraso, a Secretaria da Fazenda desconsiderando os princípios basilares de direito tributário e administrativo, revogou o benefício que lhe fora concedido pelo DESENVOLVE e recalcoulou o valor do imposto, passando a considerar não recolhimento.

Afirma que o valor recolhido foi o correto, porém em atraso. Diz que, com o recolhimento em atraso, pagou os acréscimos e correção monetária, tido calculado pela própria SEFAZ. Menciona que o autuante pretende cobrar valor indevido e, no cálculo desse valor, já embute a revogação do benefício do DESENVOLVE. Ressalta que o recolhimento do tributo se deu antes de se instalar qualquer procedimento administrativo fiscal, portanto, de forma espontânea.

Após transcrever o disposto no parágrafo único artigo 11 do RICMS-BA/97, afirma que está diante de uma antinomia jurídica, pois recolheu o tributo fora do prazo, porém não deixou de efetuar o pagamento. Diz que esse dispositivo regulamentar aplica-se aos casos onde não há recolhimento do imposto. Frisa que já foi apenado pelo atraso, não podendo ser duplamente punido por conta disso, pois, assim, fica inviabilizada a sua atividade empresarial.

Assevera que, nos casos de antinomia, há que se interpretar a norma de forma mais favorável ao contribuinte, nos termos do art. 2º do RPAF/99. Reitera que já pagou o que deveria pagar e, assim, não pode sofrer nova consequência mais gravosa em decorrência do mesmo ato.

Destaca que não foi cobrado por conta do recolhimento em atraso, tendo se antecipado e efetuado o recolhimento com as correções previstas. Diz que se trata de uma hipótese de denúncia espontânea, que concede o benefício da exclusão da responsabilidade por qualquer infração, conforme doutrina que reproduz.

Salienta que o contribuinte que promove a denúncia espontânea deve ser beneficiado com a exclusão de qualquer penalidade, seja ela decorrente da falta de cumprimento de obrigação principal ou acessória, pois o artigo que trata de tal matéria (118 do CTN) não faz tal distinção.

Diz que como multa é punição pecuniária, deve ser excluída a partir da denúncia espontânea, uma vez que a compensação pelo atraso se verifica com os juros e a correção monetária, conforme o disposto no artigo 138 do RICMS-BA/97, cujo teor transcreveu.

Reitera os pedidos e razões consignados na defesa inicial, inclusive quanto às demais infrações.

Ao finalizar, o recorrente solicita a nulidade ou improcedência da autuação. Pede que a PGE/PROFIS se pronuncie nos autos. Protesta por todos os meios de prova admitidos em direito.

Ao exarar o Parecer de fls. 629 a 633, a ilustre representante da PGE/PROFIS, Dra. Maria José Coelho Sento-Sé, afirma que as infrações estão claramente descritas e tipificadas na legislação tributária estadual, tendo o autuante descrito o infrator, os fatos geradores, as bases de cálculo e os dispositivos legais infringidos.

Ressalta que as arguições de ofensa aos princípios constitucionais da ampla defesa, do contraditório e da segurança jurídica não devem ser acolhidos, posto que o lançamento tributário atende aos pressupostos e requisitos de validade formal descritos no artigo 39 do RPAF/99. Enfatiza que o sujeito passivo exerceu o seu direito constitucional de defesa, demonstrando ter pleno conhecimento dos motivos da ação fiscal. Diz que, dessa forma, a arguição de nulidade deve ser rechaçada, já que o lançamento tributário não apresenta falhas capazes de gerar prejuízo ao contribuinte. Os demonstrativos fiscais indicam os montantes do imposto devido, a forma de apuração da base de cálculo do imposto, tendo sido entregue ao recorrente cópia reprográfica, conforme atestam os recibos assinados pelo representante do contribuinte.

Realça que deve ser rechaçada a arguição de nulidade da Decisão recorrida, posto que não há vício na Decisão prolatada pelo órgão julgador de primeira instância, bem como na sequência dos atos administrativos realizados pelo fisco estadual. Explica que a possibilidade de indeferimento de diligência possui respaldo legal, tendo o julgador fundamentado o seu posicionamento no artigo 147, inciso I, do RPAF/99.

Afirma que a nulidade da Infração 8 não pode prosperar, tendo em vista que o lançamento tributário em apreço não implica cancelamento dos benefícios fiscais concedidos ao recorrente através de Resoluções específicas. Diz que no caso em tela o contribuinte não cumpriu condição suspensiva essencial à fruição do benefício fiscal (recolhimento da parcela não incentivada no prazo regulamentar), razão pela qual não se pode cogitar em direito ao benefício fiscal da dilação de prazo para recolhimento da parcela incentivada.

Diz que a postulação pela improcedência da Infração 1 desacompanhada de provas deve ser rejeitada, uma vez que os extratos de fls. 16 a 21, contendo os recolhimentos relativos ao período fiscalizado, não registram o pagamento de ICMS atinente a diferença de alíquotas.

Assevera que os argumentos recursais relativos à Infração 8 carecem de fundamento jurídico. Frisa que a parcela mensal de ICMS não amparada pelo DESENVOLVE não foi recolhida em sua totalidade no prazo regulamentar. Assim, conforme o disposto no art. 11 do RICMS-BA/97, quando a fruição ou reconhecimento de benefício fiscal depender de condição, não sendo esta satisfeita, o tributo será considerado devido no momento em que houver ocorrido a operação ou prestação sob condição. Aduz que o artigo 18, do Dec. 8.205/02, estabelece que a empresa habilitada que não recolher ao Tesouro do Estado, na data regulamentar, a parcela do ICMS não sujeita à dilação de prazo, perderá o direito ao benefício em relação à parcela incentivada naquele mês. Diz que, como o recorrente não recolheu a parcela não incentivada no prazo regulamentar, perdeu o direito ao benefício fiscal, naquele mês, de dilatar o prazo de pagamento do imposto total.

Ao finalizar, a ilustre Parecerista opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Preliminarmente, o recorrente suscita a nulidade da Decisão recorrida por ter a 4ª JJF indeferido o seu pedido de diligência.

Afasto essa preliminar, pois o indeferimento de solicitação de diligência ou de perícia, desde que devidamente fundamentado, não é razão para a nulidade de Decisão. A realização de diligência ou de perícia destina-se a fornecer ao julgador subsídios para o deslinde de pontos controversos.

Quando o julgador entende que já possui elementos suficientes para decidir a lide, não acarreta cerceamento de defesa o indeferimento de pedido de diligência ou de perícia. Esse entendimento está em perfeita conformidade com o disposto no artigo 147, incisos I e II, do RPAF/99, que prevê que deverá ser indeferida a diligência quando já existentes nos autos elementos suficientes para a formação do convencimento dos julgadores ou quando a prova do fato não depender de conhecimento especial de técnicos, dentre outras hipóteses ali elencadas.

No caso em análise, observo que a 4ª JJF, com fulcro no art. 147, I, “a”, do RPAF/99, indeferiu o pedido de diligência, uma vez que os elementos já existentes nos autos foram considerados como suficientes para a formação do convencimento dos julgadores. Esse posicionamento da 4ª JJF está devidamente respaldado na legislação, tendo o ilustre relator da Decisão recorrida fundamentado o seu posicionamento. Não há, portanto, razão para o acolhimento dessa preliminar.

Também foi suscitada a nulidade da Decisão recorrida sob o argumento de que o autuante não tem competência para revogar benefício concedido pelo Conselho Deliberativo do DESENVOLVE. Essa preliminar não merece acolhimento, uma vez que não houve o cancelamento de benefício concedido pelo Conselho Deliberativo do Programa do DESENVOLVE, mas sim a cobrança da parcela incentivada sem o referido benefício nos meses em que não foi recolhido no prazo regulamentar o ICMS não sujeito à dilação de prazo, conforme previsto no art. 18 do Decreto nº 8.205/02.

As preliminares de nulidade do Auto de Infração, suscitadas na defesa inicial, foram afastadas com a devida fundamentação na Decisão recorrida, não havendo qualquer reparo a fazer. Como em sede recursal foram reiterados todos os argumentos trazidos na defesa inicial, passo a reapreciar as preliminares arguidas.

O lançamento tributário de ofício foi realizado em conformidade com a legislação aplicável, tendo sido as infrações descritas de forma clara e precisa. O recorrente recebeu cópia dos demonstrativos que embasaram a autuação conforme os recibos às fls. 84, 95, 98, 155, 159, 170, 263, 272, 288, 294, 300, 305 e 312. Os demonstrativos elaborados pelo autuante identificam todos os elementos constitutivos do crédito tributário, tais como, data de ocorrência dos fatos geradores, base de cálculo, alíquota, imposto devido, dispositivos infringidos, etc., permitindo, assim, o pleno exercício do direito de defesa.

O Decreto nº 7.466/98, citado pelo autuante nas Infrações 5 e 6, foi o instrumento que introduziu a redação do artigo 51, inciso I, alínea “c”, do RICMS-BA, vigente à época dos fatos geradores. A citação desse decreto na tipificação das Infrações 5 e 6 não é razão para a nulidade desses itens do lançamento, pois a descrição das infrações é clara e precisa, permitindo o entendimento das acusações e o exercício do direito de defesa. Ademais, há que se ressaltar que nos termos do artigo 19 do RPAF/99, um eventual erro na tipificação da infração não é motivo para nulidade, desde que a descrição do fato deixe evidente o correto enquadramento legal.

Em suma, conforme consta na Decisão recorrida e foi consignado no Parecer da PGE/PROFIS, não há no Auto de Infração qualquer um dos vícios elencados no artigo 18 do RPAF/99 que seja capaz de acarretar a nulidade do lançamento de ofício.

Indefiro a solicitação de diligência, pois considero que os elementos já presentes nos autos são suficientes para a formação do convencimento dos julgadores. Dessa forma, com fulcro no art. 147, I, “a”, do RPAF/99, fica indeferida a solicitação de diligência.

Adentrando no mérito, passo à análise da Infração 1, a qual trata da falta de recolhimento de ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas relativamente a aquisições interestaduais de bens destinados ao ativo imobilizado do próprio estabelecimento.

O argumento do recorrente de que agiu conforme o previsto no art. 2º, I, “c”, do Decreto nº 8.205/02, não se mostra capaz de modificar a Decisão recorrida, pois o disposto no *caput* desse citado inciso I prevê que o contribuinte deverá ser habilitado por resolução do Conselho Deliberativo do DESENVOLVE para usufruir do benefício do deferimento do ICMS referente à diferença entre as alíquotas nas aquisições interestaduais de bens.

No caso em comento, conforme os documentos de fls. 397 e 398, o recorrente somente foi habilitado a diferir o ICMS atinente à diferença de alíquotas nas aquisições interestaduais de bens destinados ao ativo imobilizado a partir de 14/12/2010, com o advento da Resolução nº 201/2010, que alterou a Resolução nº 149/2006. Tendo em vista que a Infração 1 trata de fatos geradores ocorridos no período de janeiro de 2008 a dezembro de 2009, as aquisições interestaduais de bens destinados ao ativo imobilizado estavam sujeitas ao pagamento da diferença de alíquotas.

O recorrente alega que não foram considerados recolhimentos efetuados a título de diferença de alíquotas nos meses de janeiro, fevereiro, maio e junho de 2008 e junho, julho e agosto de 2009. Todavia, examinando os extratos de fls. 16 a 21, com os recolhimentos efetuados pelo recorrente nos exercícios de 2008 e 2009, não se verifica a existência de recolhimento de ICMS decorrente de diferença entre as alíquotas nos meses citados pelo recorrente.

Em face ao acima exposto, a Infração 1 subsiste integralmente e, portanto, não há reparo a fazer na Decisão de primeira instância quanto a esse item do lançamento.

No que tange à Infração 2 – falta de recolhimento de ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas relativamente a aquisições interestaduais de materiais de uso e consumo –, o recorrente não aborda diretamente esse item do lançamento no Recurso Voluntário, porém reitera os argumentos que foram trazidos na defesa.

Na defesa, o autuado afirmou que o não recebeu cópia dos demonstrativos que embasaram a autuação e que faltava um demonstrativo das notas fiscais objetos desse item do lançamento.

Esses argumentos não procedem, pois, conforme consta na Decisão recorrida, a exigência fiscal em comento está alicerçada nas planilhas de fls. 86 a 98 e 155 a 170, as quais estão acompanhadas das correspondentes notas fiscais (fls. 99 a 154 e 171 a 241). Por sua vez os recibos assinados nos documentos de fls. 98 e 170, comprovam a entrega ao recorrente de cópia dos demonstrativos que embasaram a autuação.

Em relação à Infração 4, o recorrente se limita a reiterar os argumentos trazidos na defesa, quais sejam, que não recebeu cópia dos demonstrativos e que não foi indicado o período em que os contribuintes relacionados na autuação permaneceram na condição de inaptos.

Quanto à alegação de que não recebeu cópia dos demonstrativos, esse argumento carece de sustentação, pois os autos comprovam a entrega de cópia dos demonstrativos ao recorrente, conforme já foi demonstrado neste voto quando da apreciação das preliminares suscitadas.

No que tange ao período em que os adquirentes das mercadorias estavam na condição de inaptos, ressalto que em primeira instância o processo foi convertido em diligência à INFRAZ de origem, para que fossem acostados aos autos os extratos comprobatórios da situação cadastral dos contribuintes inaptos e, em seguida, fosse reaberto o prazo de defesa.

A diligência foi atendida e os documentos que foram acostados ao processo (fls. 406 a 543) comprovam que, exceto quanto ao contribuinte de IE 55.603.380 (fl. 552), todos os demais estavam inaptos no cadastro de contribuintes, no período abarcado pela infração em comento.

Dessa forma, a Infração 4 subsiste parcialmente, no valor de R\$ 3.007,89, conforme acertadamente decidiu a primeira instância.

Quanto às Infrações 5 e 6, o recorrente arguiu a nulidade desses itens do lançamento, matéria já ultrapassada na apreciação da preliminar de nulidade do Auto de Infração. Assim, as infrações em comento subsistem integralmente e, portanto, correta a Decisão da primeira instância.

Na Infração 8, o recorrente foi acusado de ter deixado de efetuar o recolhimento, na data regulamentar, da parcela não sujeita à dilação de prazo nos meses de janeiro, fevereiro, maio e junho de 2008 e junho a agosto de 2009, ensejando, assim, a perda do direito ao benefício do DESENVOLVE em relação à parcela incentivada nesses citados meses, o que terminou por acarretar recolhimento a menos do imposto devido.

Conforme já explicado na apreciação da preliminar de nulidade, não houve revogação ou cancelamento de benefício concedido pelo Conselho Deliberativo do Programa do DESENVOLVE, mas sim a cobrança da parcela incentivada sem o citado benefício nos meses em que o recorrente

deixou de recolher no prazo regulamentar o ICMS não sujeito à dilação de prazo, conforme determina o disposto no *caput* do artigo 18 do Decreto nº 8.205/02.

O recolhimento fora do prazo regulamentar do ICMS não sujeito à dilação de prazo – condição necessária para a fruição do benefício do Programa DESENVOLVE – é reconhecido pelo próprio recorrente. Uma vez que a condição necessária para a fruição do benefício não foi atendida, nos termos do artigo 11 do RICMS-BA, é devido o pagamento do tributo no momento da ocorrência da operação ou prestação realizada sob condição.

Não há como se acolher a tese de que a autuação caracteriza um caso de antinomia, uma vez que está comprovado o recolhimento da parcela não sujeita à dilação fora do prazo regulamentar, sendo irrelevante que o pagamento intempestivo tenha sido efetuado antes do início da ação fiscal e que tenha sido acompanhado dos acréscimos legais. Nos meses em que a parcela não incentivada do ICMS é recolhida com atraso, além do pagamento do ICMS referente à parcela não incentivada acrescido dos consectários legais, o beneficiário do Programa DESENVOLVE *perderá o direito ao benefício em relação à parcela incentivada naquele mês*.

Efetivamente, o pagamento do ICMS referente à *parcela não incentivada* antes do início da ação fiscal afasta, apenas em relação a esse pagamento intempestivo, a aplicação de penalidade, nos termos do art. 118 do CTN. Todavia, esse fato não confunde com o caso em análise, no qual está sendo exigido o imposto que deixou de ser recolhido em razão da perda nos meses relacionados na autuação do benefício do Programa DESENVOLVE em relação à *parcela incentivada*, em cada mês.

Em face ao acima exposto, a Infração 8 subsiste integralmente, conforme acertadamente decidiu a primeira instância.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, mantendo inalterada a Decisão recorrida, a qual não carece de qualquer reparo.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 088502.0004/11-7, lavrado contra **CHIACCHIO INDÚSTRIA DE EMBALAGENS LTDA. (CHIACCHIO EMBALAGENS)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$989.473,29**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, alíneas “f”, “e” e “a” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de fevereiro de 2013.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JUNIOR – REPR. PGE/PROFIS