

PROCESSO - A. I. Nº 298742.0002/12-3
RECORRENTE - GV PRODUTOS ESPORTIVOS S.A. (GREEN VISON DO BRASIL)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 4ª JJF nº 0306-04/12
ORIGEM - INFAZ SANTO AMARO
INTERNET - 19.06.2013

3ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C/JF Nº 0231-13/13

EMENTA: ICMS. 1. LIVROS E DOCUMENTOS FISCAIS. DESENCONTRO ENTRE VALOR RECOLHIDO E O ESCRITURADO NO RAICMS. RECOLHIMENTO A MENOR DO IMPOSTO. Infração comprovada. 2. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUE. OMISSÃO DE SAÍDA DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. Infração não elidida. 3. PROGRAMA DESENVOLVE. a) RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. ERRO NA DETERMINAÇÃO DA PARCELA SUJEITA A DILAÇÃO DE PRAZO DE RECOLHIMENTO. Inexiste razão de Recurso para este item; b). FALTA DE RECOLHIMENTO DA PARCELA NÃO SUJEITA À DILAÇÃO DE PRAZO. PERDA DO BENEFÍCIO, NO MÊS, EM RELAÇÃO AO VALOR INCENTIVADO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A falta do recolhimento de ICMS, na data regulamentar, das parcelas não sujeitas à dilação de prazo, acarreta a perda do direito ao benefício, no respectivo mês, em relação às parcelas incentivadas, em razão do não atendimento de requisito regulamentar para fruição do benefício. Item subsistente. 4. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS DESTINADAS AO CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Infração caracterizada. 5. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIAS NÃO SUJEITAS A TRIBUTAÇÃO. MULTA. Infração subsistente. Razões recursais insuficientes para modificar o Acórdão recorrido. Mantida a Decisão. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente de Recurso Voluntário, previsto no art. 169, I, “b” Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, impetrado pelo sujeito passivo contra a Decisão exarada pela 4ª JJF, através do Acórdão nº 0306-04/12, que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe.

O Auto de Infração foi lavrado imputando-se ao recorrente o cometimento das seguintes infrações:

INFRAÇÃO 1 - Recolheu a menor ICMS, no valor de R\$ 15.121,03, em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS, nos meses de: outubro 2009 e abril 2011;

INFRAÇÃO 2 - Falta de recolhimento do imposto, no valor de R\$ 1.592,51, 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 de 2009, levando-se em conta para cálculo do imposto, o maior valor monetário – o das saídas tributáveis;

INFRAÇÃO 3 - Recolheu a menor o ICMS, no valor de R\$ 8.283,64, em razão de erro na determinação do valor da parcela não sujeita a dilação de prazo previsto pelo DESENVOLVE, nos meses de novembro e dezembro 2010;

INFRAÇÃO 4 - Recolheu a menos o ICMS, no valor de R\$ 491.099,61, 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), nos períodos: novembro e dezembro 2010, fevereiro a setembro e novembro 2011;

INFRAÇÃO 5 - Deixou de recolher ICMS, no valor de R\$ 3.228,58, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas em outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, nos meses de: maio a outubro e dezembro 2011;

INFRAÇÃO 6 - Multa no valor de R\$ 26.640,74, correspondente ao percentual de 10% do valor comercial das mercadorias não tributáveis entradas no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal no período de agosto de 2009 a dezembro 2011.

A Decisão recorrida foi pela procedência do Auto de Infração, após salientar que a infração 6 é procedente, pois não foi contestada pelo autuado. Do mesmo modo a infração 2 é subsistente, pois, apenas negando a ocorrência de omissão de saída de mercadoria tributável clara e regularmente demonstrada nos documentos de fls. 23 a 45 e pedindo prazo para apresentação de documentação probatória, o impugnante também não objetou a acusação.

Quanto à infração 1, juntando cópia das Notas Fiscais de Saída nº 32 e 56 (fls. 420 e 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 30.04.11 não existiria porque o imposto foi recolhido, mas pediu a dilação de prazo para demonstrar esse recolhimento. Aduz a JJF que, 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. Contudo, observa que a nota fiscal de simples faturamento sem destaque de ICMS é a de nº 32, emitida em 09.09.09 e a da efetiva saída da mercadoria é a de nº 56, 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 30.04.11, uma vez que dela o impugnante não fez a necessária prova, como prevê o art. 123 do RPAF. Portanto, concluiu a JJF que a acusação fiscal subsiste.

Inerentes às infrações 3 e 4, aduz a JJF que o sujeito passivo de modo conjunto protestou contra as exações. Assim, mesmo reconhecendo o atraso no recolhimento do ICMS não sujeito à dilação, pediu a improcedência de ambas as 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. Sustenta o órgão julgador que 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. Diz que 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 conduziu a JJF ao entendimento da legitimidade da infração, como estatuída nos autos, julgado procedente este item.

Já a infração 4, na qual a acusação é de 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, a JJF salienta que 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*. Por sua vez, 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, a JJF entendeu caracterizada a infração 3, conseqüentemente, dela decorre a infração 4, visto 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 9 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, pois, como claramente visto na disposição legal destacada, não se trata de cancelamento do benefício fiscal estabelecido na Resolução DESENVOLVE do autuado, sendo desarrazoados os argumentos defensivos. Conclui procedente o item 4.

No tocante à infração 5, o autuado alega: **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 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.

Sustenta a JJF não assistir razão ao impugnante, pois 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 autuado 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). Aduz, ainda, que a incidência tributária 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 RICMS-BA.

Não se conformando com a Decisão de 1ª Instância, o autuado apresentou, tempestivamente, às fls. 487 a 495, Recurso Voluntário onde, repete as mesmas razões de defesa, conforme a seguir:

Quanto à infração 1, em relação à exigência com vencimento em 9.11.09, diz tratar-se de um erro de lançamento que incluiu no livro de Registro de Saída uma nota fiscal relativa a venda futura, cuja circulação ainda não foi realizada. Afirma que o equívoco é evidente, posto que venda futura sem circulação de mercadoria não é evento sujeito a incidência de ICMS, razão pela qual pede a exclusão da operação e, acaso não atendido, pede, alternativamente, que ao menos seja excluído o valor da obrigação principal, visto ser incontroverso a não circulação da mercadoria. Já em relação ao período de 30/04/2011, informa que o imposto foi recolhido corretamente e reitera o pedido de dilação do prazo para demonstrar sua alegação. Pede a improcedência da infração.

Inerente à infração 2, repete o pedido de concessão de prazo para apresentar a documentação comprobatória, conforme requerido na defesa e até a presente data não deferida, de modo a provar a improcedência da infração.

Em relação às infrações 3 e 4, diz que a JJF acompanhou a penalidade imposta de antecipação de parcelas dilatadas sob o argumento de perda do benefício. Contudo, o recorrente defende que o art. 9º da Lei nº 7.980/01, que regula o DESENVOLVE, prevê que o vencimento antecipado do ICMS incentivado ocorrerá somente na hipótese de cancelamento do benefício, que se dará nas hipóteses de prática de (i) crime contra a ordem tributária ou (ii) inobservância de qualquer das exigências para a habilitação do estabelecimento ao Programa, durante o período de sua fruição, do que afirma que não incorreu nas hipóteses previstas de cancelamento do benefício. Assim, aduz que o suposto atraso no recolhimento do ICMS ou o suposto erro de lançamento do valor da parcela diferida não constituem crime contra a ordem tributária, haja vista que também não é o caso de inobservância das exigências relativas à habilitação no programa de incentivo, que foi regularmente deferido (Resolução nº 129/2008), logo não passou pelo processo administrativo de cancelamento do benefício, não sendo passível de sofrer o vencimento antecipado do ICMS incentivado.

Diz, ainda, da inaplicabilidade da multa do art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96, quanto às infrações 3 e 4, pois tal penalidade tem como base o entendimento que houve atraso no recolhimento do tributo, o que não é o caso, visto que o vencimento do ICMS incentivado devido pelo contribuinte que sofreu o cancelamento do benefício recai no dia do próprio cancelamento da autorização concedida pela autoridade, conforme Lei nº 7.980/01, que regulamenta a relação jurídica em análise. Pede a improcedência destas infrações.

No tocante à infração 5, reafirma tratar-se de aquisições de bens utilizados para incorporar o ativo fixo da empresa, sendo a operação também alcançada pelo Programa DESENVOLVE, conforme art. 2º do Decreto nº 8.205/02, do que pede dilação do prazo para a juntada da documentação comprobatória. Diz que, ainda que por eventualidade seja reconhecido que as aquisições foram destinadas ao consumo, há de se observar que, neste caso, não há diferencial de alíquotas, pois a competência para cobrar o saldo remanescente é da unidade da Federação emitente da nota fiscal, sendo o Estado da Bahia incompetente.

Por fim, pede a improcedência do Auto de Infração e reitera os pedidos de dilação do prazo para a juntada da documentação necessária para provar as suas alegações de defesa.

A PGE/PROFIS, no Parecer de fls. 501 e 502 dos autos, opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário, por entender que, da análise dos autos, verifica que a alegação de incompetência do Fisco para exclusão da empresa do Programa DESENVOLVE não se aplica ao presente caso que é a falta de recolhimento da parcela não incentivada, o que gera a perda ao benefício em relação à parcela incentivada daquele mês, não sendo o caso de exclusão do Programa, como quer fazer Parecer o recorrente. Em sendo assim, a multa por infração pode ser aplicada, como bem manteve a Decisão recorrida.

No tocante às demais infrações, a PGE/PROFIS aduz que o recorrente se limita a requerer prazo para apresentação das provas, o que não é possível no momento processual atual, já que se tratam de documentos e elementos que deveriam estar em poder do contribuinte para que os apresentassem ao Fisco, quando necessário. Assim, opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte, conforme previsto no art. 169, I, “b”, do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, no sentido de modificar a Decisão da 1ª instância inerente às cinco primeiras infrações, as quais, juntamente com a sexta exigência, foram julgadas subsistentes pela Decisão recorrida.

Quanto às razões recursais, observo que não trazem qualquer fato novo capaz de modificar a Decisão recorrida, a qual se encontra devidamente fundamentada, sendo naquela oportunidade apreciadas todas as alegações de defesa.

Inerente à infração 1, cuja exação se reporta ao recolhimento a menor do ICMS em decorrência de desencontro entre os valores recolhidos e os escriturados no RAICMS, nos meses de 31/10/2009 e 30/04/2011, descabe a alegação recursal de que, no primeiro item (31/10/2009), ocorreu erro de lançamento por se tratar de nota fiscal relativa a venda futura, sem circulação de mercadoria e, em consequência, sem incidência de ICMS. Conforme consignado na Decisão recorrida e comprovado nos autos, às fls. 420 e 421, a nota fiscal cuja operação é de natureza de venda para entrega futura é a de nº 32, datada de 9/9/2009, logo não se refere ao período de apuração em que se constatou a infração que é de outubro de 2009. Por sua vez, a nota fiscal de nº 56, emitida em 9/10/2009, para efetiva entrega da mercadoria relativa à anterior, inclusive com destaque do imposto, corresponde ao mesmo período de apuração da infração. Logo, a alegação recursal não elide este item da infração. Quanto ao segundo item desta infração, relativo ao período de apuração de abril de 2011, o recorrente limita-se a repetir sua negativa de cometimento da infração, ao afirmar, contudo sem comprovar, que o imposto foi recolhido corretamente. Mantida a Decisão recorrida.

No tocante à infração 2, relativa à exigência do ICMS apurado através da constatação de omissão de operações de saídas de mercadorias, conforme constatado mediante levantamento quantitativo por espécie de mercadorias no exercício de 2009, consoante demonstrativos às fls. 22 a 28 dos autos, cuja cópia foi fornecida ao autuado, conforme recibo nos próprios documentos, o recorrente limita-se apenas a repetir o pedido de concessão de prazo para apresentar a documentação comprobatória da improcedência da infração. Assim, nos termos do art. 142 do RPAF, o qual estabelece que “*A recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa em presunção de veracidade da afirmação da parte contrária*”, como também do art. 143 do mesmo diploma, o qual determina que “*A simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.*”, comprovo que o recorrente não elidiu a infração.

Quanto à infração 3, na qual se exige o recolhimento a menos do ICMS em razão de erro na determinação do valor da parcela sujeita a dilação de prazo prevista no Programa DESENVOLVE, ocorrido nos meses de novembro e dezembro de 2010, conforme documentos às fls. 47 a 72 dos autos, o recorrente nada argumenta sobre o fato lhe imputado, limitando-se a reiterar suas alegações defensivas em conjunto com a infração 4, na qual concentra seus argumentos relativos à esta última inerentes ao “cancelamento do benefício”, o que nada diz respeito à peça acusatória da terceira infração. Item subsistente.

Inerente à infração 4, cuja exigência do ICMS decorre 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 DESENVOLVE, como demonstrado às fls. 74 e 75, a tese recursal reiterada é de que a hipótese de vencimento integral e imediato da parcela incentivada depende inexoravelmente de cancelamento da habilitação do contribuinte no benefício, conforme hipóteses previstas no art. 9º da Lei 7.980/01, o que não condiz com o mero atraso no recolhimento de parcela do imposto.

Contudo, engana-se o recorrente, pois a acusação fiscal decorre da perda automática do direito do benefício do DESENVOLVE, em relação à parcela incentivada, nos meses em que a empresa habilitada não recolheu, no prazo regulamentar, a parcela do ICMS não sujeita à dilação, conforme previsto no caput do art. 18 do Regulamento do DESENVOLVE, aprovado pelo Decreto nº 8.205/02. Assim, ao contrário do que afirma o recorrente, não se trata de “cancelamento do benefício”, como faz crer o patrono do autuado, tendo a autuante competência para aplicação da norma prevista, a título de perda do benefício em relação à parcela incentivada no mês em que o beneficiário se encontra inadimplido do recolhimento da parcela do ICMS não incentivada. Em consequência, corroboro com o entendimento da PGE/PROFIS, de que “*Da análise dos autos, vejo*

que a alegação incompetência do FISCO para exclusão da empresa do Programa Desenvolve não se aplica ao caso, pois que é visto no presente caso, é a falta de recolhimento da parcela não incentivada, o que gera a perda ao benefício em relação à parcela incentivada daquele mês, não sendo o caso de exclusão do Programa, como quer fazer Parecer o recorrente.”. Assim, subsiste a exigência fiscal, cuja multa aplicada é a prevista para o ilícito fiscal apurado.

Em relação à infração 5, na qual se exige o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas interna e interestadual, nas aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação destinadas ao consumo do estabelecimento, conforme demonstrado à fl. 85 dos autos, corroboro o entendimento exarado na Decisão recorrida de que os espelhos das notas fiscais, às fls. 86 a 212 dos autos, comprovam tratar-se de aquisição de itens destinados ao uso e consumo do estabelecimento autuado, a exemplo de cartuchos tonner, papel sulfite, material de escritório, luva de algodão, botina, disco, filtro, espátula, caneta, etc., registrados com o CFOP 2556 (compra interestadual de material para uso e consumo), não cabendo a alegação recursal de que se destinam à incorporação do ativo fixo da empresa e que tais operações também são alcançadas pelo Programa DESENVOLVE, pois, conforme já dito, tratam-se de materiais de uso e consumo do estabelecimento autuado, sujeitos à incidência do ICMS, ora exigido, prevista no art. 2º, IV, da Lei nº 7.014/96.

Diante do exposto, comungo com a PGE/PROFIS e voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª 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** o Auto de Infração nº **298742.0002/12-3**, lavrado contra **GV PRODUTOS ESPORTIVOS S.A. (GREEN VISON DO BRASIL)**, devendo ser intimado o recorrente 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, incisos III e 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, 05 de junho de 2013.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - PRESIDENTE/RELATOR

ROSANA JEZLER GALVÃO – REPR. DA PGE/PROFIS