

PROCESSO	- A. I. N° 206951.0001/12-0
RECORRENTE	- PLASCHIO PLÁSTICOS CHIACCHIO LTDA. (PLASCHIO EMBALAGENS)
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF N° 0276-01/12
ORIGEM	- INFAZ VITÓRIA DA CONQUISTA
INTERNET	- 13.11.2013

3ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0424-13/13

EMENTA: ICMS. 1. BENEFÍCIOS FISCAIS. DESENVOLVE. PERDA DO BENEFÍCIO RELATIVAMENTE À PARCELA INCENTIVADA, EM VIRTUDE DA FALTA DE PAGAMENTO, NA DATA REGULAMENTAR, DA PARCELA NÃO SUJEITA A DILAÇÃO DE PRAZO. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. Constitui requisito para fruição do benefício o pagamento, na data regulamentar, das parcelas não sujeitas à dilação de prazo. Se o tributo não é pago ou é pago fora do prazo, não é preenchido aquele requisito. Mantido o lançamento. 2. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. a) ENTRADAS DE MERCADORIAS NÃO REGISTRADAS (EXERCÍCIO DE 2009). Fato em parte demonstrado nos autos. Refeitos os cálculos, em face dos elementos apresentados trazidos na defesa, reduzindo-se o valor do débito. O imposto lançado em função da omissão de entradas não é exigido em virtude desse fato em si, mas sim tendo em vista a presunção legal de omissão de saídas de mercadorias, haja vista que a existência de entradas de mercadorias não contabilizadas denuncia a falta de contabilização de receitas, ficando evidente que a empresa efetuou pagamentos com recursos não declarados ao fisco, e esses recursos, até prova em contrário, presumem-se decorrentes de operações (vendas) anteriormente realizadas e também não contabilizadas (Lei nº 7.014/06, art. 4º, § 4º). b) SAÍDAS DE MERCADORIAS NÃO REGISTRADAS (EXERCÍCIO DE 2010). Fato admitido pelo autuado na defesa. A autuação por omissão de saídas tem como fundamento a falta de pagamento de ICMS, uma vez que a saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte constitui o aspecto temporal da norma jurídica que define a incidência do tributo. Mantido o lançamento. 3. DIFERIMENTO. AQUISIÇÃO DE REFEIÇÕES PARA CONSUMO DOS FUNCIONÁRIOS. O art. 386 do RICMS então vigente previa que o recolhimento do imposto na forma do Simples Nacional não exclui a incidência do ICMS devido nas operações sujeitas ao regime de substituição tributária, instituto que compreende a substituição tributária progressiva (para frente, relativa a operações subsequentes) e a substituição tributária regressiva (para trás, relativa a operações antecedentes), que corresponde ao regime de

diferimento. Mantido o lançamento. 4. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA APLICAÇÃO. VENDAS PARA CONTRIBUINTES “DESABILITADOS”. Fato demonstrado nos autos. Mantido o lançamento. 5. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. CRÉDITO DE BENS DO ATIVO IMOBILIZADO UTILIZADO EM VALOR SUPERIOR AO PERMITIDO PELA LEGISLAÇÃO. Refeitos os cálculos, em face dos elementos apresentados pela defesa, reduzindo-se o valor do imposto a ser lançado. Afastadas as preliminares de nulidade e a solicitação de diligência. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a decisão da 1ª Junta de Julgamento Fiscal (1ª JJF) que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em decorrência de:

Infração 1 - Recolhimento de ICMS efetuado a menos em razão da falta de pagamento, na data regulamentar, da parcela não sujeita a dilação de prazo, perdendo por isso o direito ao benefício em relação à parcela incentivada prevista pelo Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia (DESENVOLVE), sendo lançado imposto no valor de R\$ 200.174,48, com multa de 60%.

Infração 2 - Falta de recolhimento de ICMS relativo a operações de saídas de mercadorias não declaradas, com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, fato apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécies de mercadorias em exercício fechado (2009), sendo lançado imposto no valor de R\$ 15.123,69, com multa de 70%.

Infração 3 - Falta de recolhimento do imposto [ICMS] relativo a operações de saídas de mercadorias efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e consequentemente sem registro na escrita fiscal, fato apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécies de mercadorias em exercício fechado (2010), sendo lançado tributo no valor de R\$ 74.736,38, com multa de 100%.

Infração 4 - Falta de pagamento do ICMS diferido nas entradas de refeições destinadas a consumo por parte dos funcionários, sendo lançado tributo no valor de R\$ 18.665,92, com multa de 60%.

Infração 6 - Recolhimento de ICMS efetuado a menos em virtude de erro na aplicação da alíquota, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas – alíquota de 7% nas vendas para contribuintes “desabilitados”, de acordo com os dados cadastrais –, sendo lançado imposto no valor de R\$1.395,88, com multa de 60%.

Infração 9 - Utilização de crédito fiscal de ICMS relativo à entrada de bem do ativo imobilizado em valor superior ao permitido pela legislação, sendo glosado crédito no valor de R\$ 55.061,45, com multa de 60%.

O autuado apresentou defesa, a informação fiscal foi prestada e, em seguida, o Auto de Infração foi julgado Procedente em Parte, tendo o ilustre relator proferido o seguinte voto:

[...]

O item 1º diz respeito a recolhimento de ICMS efetuado a menos em virtude da falta de pagamento, na data regulamentar, das parcelas não sujeitas à dilação de prazo, por se considerar que, em virtude desse fato, o contribuinte perdeu o direito ao benefício em relação às parcelas incentivadas, conforme prevê o Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia (DESENVOLVE).

O contribuinte alega que houve usurpação de competência, e por isso o lançamento é nulo, porque a Secretaria da Fazenda não tem competência para cancelar o benefício do Desenvolve, haja vista que, nos termos do § 2º do art. 19 do Regulamento do Desenvolve, aprovado pelo Decreto nº 8.205/02, quem tem competência para decretar o cancelamento do benefício é o Conselho Deliberativo do Desenvolve.

Em tese, o contribuinte tem razão: o cancelamento da autorização para uso dos incentivos do Desenvolve somente pode ocorrer mediante Resolução do Conselho Deliberativo, com base em parecer da Secretaria Executiva.

Porém isso é para o cancelamento do benefício. No caso presente, não houve cancelamento do benefício, tanto assim que o contribuinte continuou usufruindo do benefício. O que se deu foi que o contribuinte, nos meses considerados na autuação, não fez jus ao benefício em relação à parcela incentivada prevista pelo Programa do Desenvolve, relativamente àqueles meses, em virtude da falta de pagamento do tributo “na data regulamentar”.

O autuado alega que estaria havendo uma antinomia jurídica. Não há. Antinomia é outra coisa. Existe antinomia é quando o intérprete se depara com uma contradição entre leis, ou entre disposições de uma mesma lei, caso em que uma delas deve ser sacrificada, sendo necessário dissipar o impasse mediante os critérios de hierarquia, anterioridade e especialidade. Na situação em exame, não existe antinomia. A questão resolve-se mediante um procedimento corriqueiro de interpretação literal. Uma coisa é pagar o imposto. Outra coisa é pagar o imposto no prazo regulamentar. O legislador fixou um requisito para fruição do benefício: o pagamento do tributo, na data regulamentar, da parcela não sujeita à dilação de prazo. Se o tributo não é pago ou é pago fora do prazo, não é preenchido aquele requisito.

O autuado alega que a penalidade pelo atraso já foi paga, que seriam os juros e a correção monetária, não podendo o contribuinte ser duplamente apenado por conta disso.

Ora, juros de mora e correção monetária não são “penalidades”. Não considero que esteja havendo duplicidade de apenação.

Dou por superada a preliminar suscitada.

Quanto ao mérito, não foram impugnados os aspectos materiais do lançamento.

Mantenho o lançamento do item 1º.

Os itens 2º e 3º acusam falta de recolhimento de ICMS apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécies de mercadorias.

Diante das provas apresentadas pelo contribuinte, a autuante refez o lançamento do item 2º Explicou as razões por que não acatou algumas Notas relativas a devoluções de venda. Foi acatada a Nota Fiscal 123475, reduzindo o valor do imposto a ser lançado, de R\$ 15.123,69 para R\$ 4.641,79. Dada ciência da revisão ao contribuinte, este se manifestou mencionando a referida Nota Fiscal 123475. Ocorre que essa Nota já foi considerada pela autuante por ocasião da informação fiscal. Sendo assim, o débito do item 2º fica reduzido para R\$ 4.641,79, como sugerido pela autoridade que procedeu ao lançamento. O imposto lançado em função da omissão de entradas não é exigido em virtude desse fato em si, mas sim tendo em vista a presunção legal de omissão de saídas de mercadorias, haja vista que a existência de entradas de mercadorias não contabilizadas denuncia a falta de contabilização de receitas, ficando evidente que a empresa efetuou pagamentos com recursos não declarados ao fisco, e esses recursos, até prova em contrário, presumem-se decorrentes de operações (vendas) anteriormente realizadas e também não contabilizadas (Lei nº 7.014/06, art. 4º, § 4º).

O 3º item não sofreu alteração. O próprio autuado confessou na defesa que errou. A autuação por omissão de saídas tem como fundamento a falta de pagamento de ICMS, uma vez que a saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte constitui o aspecto temporal da norma jurídica que define a incidência do tributo. Mantenho o lançamento.

Quanto ao item 4º, o lançamento diz respeito à falta de pagamento do ICMS diferido nas entradas de refeições destinadas a consumo por parte dos seus funcionários. O art. 386 do RICMS então vigente previa que o recolhimento do imposto na forma do Simples Nacional não exclui a incidência do ICMS devido nas operações sujeitas ao regime de substituição tributária. O instituto da substituição tributária compreende a substituição tributária progressiva (para frente, relativa a operações subsequentes) e a substituição tributária regressiva (para trás, relativa a operações antecedentes), que corresponde ao regime de diferimento. Embora comumente as pessoas se refiram ao diferimento como sendo um “benefício fiscal”, essa figura constitui mais apropriadamente um “ônus fiscal”, pois constitui uma modalidade de substituição tributária - substituição tributária regressiva. As objeções da defesa se situam apenas no campo jurídico, não questionando os aspectos materiais. Mantenho o lançamento.

O 6º item diz respeito a recolhimento de ICMS efetuado a menos em virtude de erro na aplicação da alíquota, nas vendas de mercadorias para contribuintes “desabilitados”, tendo sido aplicada a alíquota de 7%. As provas encontram-se às fls. 385 a 388. Mantenho o lançamento.

O item 9º refere-se à glosa de crédito fiscal relativo à entrada de bem do ativo imobilizado em valor superior ao permitido pela legislação.

O autuado reclamou que a autuante não observou que o contribuinte utilizou crédito do CIAP de anos anteriores com previsão autorizada pelo RICMS, e também deixou de lançar as Notas Fiscais 25294 e 680.

A auditora, na informação, explicou que o autuado deixou de lançar apenas a Nota Fiscal 25294, e o crédito relativo à Nota Fiscal 680 já havia sido computado nos cálculos do imposto. Procedeu à inclusão da referida Nota Fiscal 25294 e refez os cálculos, reduzindo o crédito a ser lançado neste item de R\$ 55.061,45 para R\$ 41.422,30. Dada ciência da revisão ao sujeito passivo, este silenciou quanto a este item. Acato o resultado da revisão, com a ressalva de que, embora a autuante diga que o valor remanescente totalizaria R\$ 41.422,30, a soma correta é de R\$ 41.442,30, conforme consta no demonstrativo feito logo em seguida. O demonstrativo do débito do item 9º deverá ser refeito com base nas indicações à fl. 1698, reduzindo-se o valor do crédito a ser glosado para R\$ 41.442,30.

Indefiro o requerimento do autuado para que o processo fosse analisado pela ASTEC, pois não foi demonstrada a necessidade de tal providência.

[...]

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

Inconformado com a Decisão proferida pela 1ª JF, o contribuinte apresenta Recurso Voluntário e, preliminarmente, requer a reabertura de prazo para interposição do Recurso, sob o argumento de que o conteúdo do julgamento de primeira instância chegou em suas mãos em data bem posterior, prejudicando, assim, o exercício do direito de defesa. Afirma que o seu endereço é na Rodovia BR 116, s/n, Quadra 01, Galpão A, Lote Especial, Bairro Conquista, Vitória da Conquista - BA e, no entanto, a intimação foi endereçada ao Estado de São Paulo, aonde instalaria uma filial.

Suscita a nulidade do Auto de Infração tendo em vista que a Secretaria da Fazenda não é competente para revogar benefício concedido pelo Conselho Deliberativo do DESENVOLVE, sob pena de usurpar função do referido Conselho. Transcreve o art. 2º do Dec. 8205/02, para fundamentar sua tese. Diz que a ausência de Resolução do Conselho Deliberativo do DESENVOLVE, determinando o cancelamento do benefício, torna nula qualquer iniciativa de fiscalização nesse sentido.

Argui a nulidade da decisão recorrida, pois considera que o indeferimento do pedido de diligência, relativamente à Infração 6, cerceou o seu direito de defesa. Diz que, para se autuar um contribuinte, é necessária a apresentação de prova e de levantamento comprobatórios da acusação no que diz respeito a vendas para contribuintes inaptos. Requer a realização de diligência.

Diz que a Secretaria da Fazenda revogou o benefício concedido pelo DESENVOLVE, tendo recalculado o valor do imposto já com a revogação do benefício. Sustenta que o valor recolhido foi o correto, entretanto, em atraso, pelo qual pagou multa e correção monetária. Frisa que a Secretaria da Fazenda pretende cobrar valor indevido e, no cálculo desse valor, já embute a revogação do referido benefício.

Aduz que o recolhimento do tributo foi espontâneo, já que se deu antes de qualquer atitude por parte da autuante. Reproduz trechos dos artigos 138 e 139, do RICMS-BA/97.

Menciona que a autuação desrespeita o devido processo legal, pois não foi intimado para justificar as razões da suposta falta de pagamento e oferecer o contraditório.

Ressalta que a ausência de relatório fundamentado cerceia o seu direito de defesa, prejudicando o devido processo legal. Diz que não resta caracterizado o motivo do desenquadramento, o que torna a exigência fiscal uma iniciativa de cunho discricionário, contrária à natureza “ex lege” que rege as relações jurídico-tributárias.

Sustenta que há uma antinomia jurídica, pois em momento algum deixou de pagar ou recolher tributo. Ao contrário, recolheu, entretanto, fora do prazo. Diz que não se pode confundir falta de recolhimento com recolhimento em atraso, sendo que a penalidade pelo atraso já foi paga. Afirma que, em caso de antinomia, há que se ponderar a norma mais favorável ao contribuinte (art. 2º do RPAF/99), impondo-se a interpretação mais favorável, ou seja, que já pagou o que deveria pagar, não podendo sofrer nova consequência em razão do mesmo ato.

Destaca que, por se tratar de denúncia espontânea, deveria lhe ter sido concedido o benefício da exclusão da responsabilidade por qualquer infração, conforme doutrina que reproduz. Explica que quando o contribuinte denuncia e efetua o pagamento com os juros e correção, está reparada a infração cometida anteriormente, nos termos do art. 138 do CTN. Aduz que, em virtude da antinomia quanto à aplicação da multa e da perda do benefício do DESENVOLVE quanto à parcela incentivada, jamais poderia ser punido, pois foi quem declarou o atraso e efetuou o recolhimento com os acréscimos previstos.

Quanto à Infração 2, diz que a autuante deixou de considerar notas fiscais de entradas, conforme planilha e documentação anexada à defesa. Pede a improcedência desse item do lançamento.

Relativamente à Infração 3, diz que “*em toda a diligência, apenas diferenciou-se da apuração da nobre autuante 03 (três) documentos (Notas Fiscais 134588; 134515 e 138795) no livro de registro e produção de estoque*”. Afirma que não configurando a intenção de omitir operações de saídas de mercadorias, tanto que essas notas fiscais foram escrituradas no livro Registro de Entradas e na escrita contábil. Solicita que esse item do lançamento seja julgado improcedente.

No que tange à Infração 4, ressalta que o fornecedor das refeições, no exercício de 2009, era optante pelo Simples Nacional, recolhendo o ICMS de forma simplificada. Diz que somente em 2010 passou para o regime Normal. Aduz que, se o ICMS fosse devido, a alíquota aplicada ao presente caso deveria ser reduzida, conforme o art. 267 do novo RICMS-BA. Diz que manter a autuação seria incidir em bitributação.

Relativamente à Infração 6, afirma que o CONSEF em casos análogos determinou a reabertura de prazo de defesa, tendo em vista que o preposto da SEFAZ não teria comprovada a realização de vendas para contribuintes inaptos. Assevera que o processo deve ser convertido em diligência, para que sejam trazidos aos autos comprovação do alegado pela autuante. Requer a nulidade da Infração 6.

Quanto à Infração 9, diz que a autuante não observou que foi utilizado crédito do CIAP de anos anteriores. Afirma que a autuante não lançou as Notas Fiscais nºs 25294 e 680, conforme cópia de notas fiscais, Registro de Apuração de ICMS, planilha de crédito CIAP e demonstrativo de crédito.

Ao finalizar, solicita que sejam reconhecidas as nulidades e as questões de mérito já aduzidas, considerando ainda a conversão do processo em diligência fiscal à ASTEC do CONSEF. Requer que a PGE/PROFIS se pronuncie nos autos. Protesta por todos os meios de provas.

Ao exarar o parecer de fls. 1785 a 1789, a ilustre representante da PGE/PROFIS afirma que as imputações fiscais estão claramente descritas e tipificadas na legislação tributária estadual, como o lançamento atende a todos os requisitos descritos no art. 39 do RPAF/99, visto que os demonstrativos indicam os montantes devidos e a forma de apuração da base de cálculo.

Enfatiza que a intimação endereçada a estabelecimento localizado no Estado de São Paulo não provocou qualquer prejuízo ao recorrente, sendo impertinente a repetição do ato administrativo na hipótese de ausência de prejuízo para a parte.

Diz que a nulidade invocada contra a Infração 1 não pode prosperar, tendo em vista que a competência do Conselho Deliberativo do DCESENVOLVE, conforme definido no art. 7º da Resolução 03/2007, é de definir política de investimentos, propor instituição de programas,

deliberar sobre pedidos e concessão de incentivos e benefícios, apreciar e decidir sobre cancelamento de benefícios.

Pontua que a fiscalização não tem competência para cancelar benefício do DESENVOLVE, já que essa competência é do seu Conselho Deliberativo. Diz que cabe à fiscalização tão somente verificar se os procedimentos adotados pelos contribuintes atendem às determinações da legislação tributária e, caso se constate prática que conflite com as normas, é atribuição dos auditores fiscais realizar o lançamento de ofício, nos termos do art. 6º, da Lei nº 8.210/02, e do art. 42, do Dec. 7.629/99. Explica que, desse modo, o lançamento tributário não implica cancelamento dos benefícios fiscais concedidos por meio de resoluções específicas. Frisa que não houve desenquadramento do recorrente dos benefícios fiscais do DESENVOLVE.

Menciona que a parcela mensal de ICMS não amparada pelo Programa DESENVOLVE não foi recolhida pelo sujeito passivo, em sua totalidade, no prazo regulamentar. Em consonância com os termos do art. 11 do RICMS-BA, quando a fruição ou o reconhecimento do 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 art. 18 do Dec. 8.205/02 é claro quando estabelece que a empresa habilitada que não recolher, 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 sujeito passivo não recolheu a parcela não incentivada no prazo regulamentar, perdeu o direito de dilatar o prazo de pagamento do imposto total naquele mês e, portanto, a infração fica mantida.

Quanto às demais Infrações, afirma que o recorrente se limita a repetir as mesmas alegações sem, contudo, colacionar aos autos provas materiais capazes de modificar as Infrações 2, 3, 4, 6 e 9.

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

VOTO

Preliminarmente, foi arguida a nulidade da intimação do recorrente acerca do resultado da decisão de primeira instância, tendo em vista que a intimação foi enviada para estabelecimento localizado no Estado de São Paulo, quando o recorrente encontra-se estabelecido na cidade de Vitória da Conquista, Estado da Bahia.

Da análise das intimações acostadas às fls. 1756/1757 e 1758/1759, constata-se que o recorrente, além de ter sido intimado em seu estabelecimento localizado no Estado de São Paulo, também o foi na cidade de Vitória da Conquista. Não houve, portanto, prejuízo para o recorrente e, em consequência, não há razão para o acolhimento da nulidade arguida.

Foi suscitada a nulidade da Decisão recorrida, por ter a primeira instância indeferido o pedido de diligência relativamente à Infração 6.

A realização de diligência ou de perícia destina-se a fornecer ao julgador subsídios acerca de pontos que ele considera controversos, portanto, quando o julgador entende que possui elementos para decidir a lide, não há motivo para a realização de diligência ou perícia e nem há o que se falar em cerceamento de defesa. No caso em tela, o pedido de diligência foi apreciado pela primeira instância e foi indeferido com a devida fundamentação, não havendo motivo para a decretação da nulidade suscitada.

Ainda em preliminar, o recorrente argui a nulidade da Infração 1, sob o argumento de que a Secretaria da Fazenda não possui competência para revogar benefício concedido pelo Conselho Deliberativo do DESENVOLVE.

Essa preliminar não merece prosperar, pois no lançamento de ofício em comento não houve a alegada revogação de benefício concedido pelo Conselho Deliberativo do Programa do DESENVOLVE. O que houve foi 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, Regulamento do Programa DESENVOLVE.

Sem qualquer fundamento legal, a arguição de nulidade do lançamento por não ter sido o recorrente intimado a justificar as irregularidades apuradas na ação fiscal. Uma vez iniciada a ação fiscal, fica excluída a espontaneidade. Após a lavratura do Auto de Infração, a legislação tributária estadual (art. 123 do RPAF/99) prevê o prazo de trinta dias para impugnação do lançamento tributário de ofício.

Em fase recursal, o contribuinte volta a solicitar a realização de diligência. Não acolho essa solicitação, pois os elementos já existentes nos autos são suficientes para a formação do convencimento dos julgadores.

Na infração 1, o recorrente foi acusado da falta de recolhimento, na data regulamentar, da parcela não sujeita à dilação de prazo, nos meses de julho, agosto e setembro de 2009 e setembro de 2010, ensejando, assim, a perda do direito ao benefício do DESENVOLVE em relação à parcela incentivada nesses citados meses.

Ao contrário do afirmado pelo recorrente, a infração descrita nesse item do lançamento está fundamentada em demonstrativos, fotocópias de livros fiscais e extratos de recolhimento de ICMS, conforme fls. 13 a 30, dos quais o recorrente recebeu cópia (fls. 1148 e 1149).

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 referente à suposta antinomia jurídica, uma vez que não há nos autos a alegada contradição entre as normas aplicáveis ao caso em comento. No caso em tela, 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 1 subsiste integralmente, conforme acertadamente decidiu a primeira instância.

A Infração 2 trata da falta de recolhimento de ICMS no valor de R\$ 15.123,69, decorrente de omissão de entrada de mercadorias, com base na presunção legal de que o recorrente ao deixar de contabilizar essas entradas, efetuou o pagamento dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas.

Em primeira instância, o recorrente afirmou que na auditoria não foram consideradas notas fiscais referentes a devoluções de mercadorias. Na informação fiscal, a autuante acatou parcialmente o argumento defensivo, incluindo a Nota Fiscal nº 123475 no levantamento quantitativo, o que reduziu o valor devido para R\$ 4.641,79. Ao se pronunciar sobre o resultado da informação fiscal, o recorrente apenas questionou acerca da Nota Fiscal nº 123475, a qual já havia sido incluída no levantamento. No Recurso Voluntário, o recorrente não apresenta qualquer prova ou novo argumento capaz de modificar a decisão de primeira instância. Dessa forma, mantenho a Decisão recorrida quanto a esse item do lançamento.

Trata a Infração 3 da falta de recolhimento de ICMS decorrente de omissão de operação de saída de mercadoria, apurada mediante levantamento quantitativo de estoques. O recorrente, repetindo os termos da defesa, afirma que a autuante deixou de considerar as Notas Fiscais nºs 134588, 134515 e 138795.

Esse argumento recursal não se mostra capaz de elidir a infração apurada, pois essas notas fiscais já foram consideradas pela autuante, conforme se pode constatar às fls. 151 e 152, das quais o recorrente recebeu cópia. Ademais, como se trata de omissão de operações de saídas, a apresentação de notas fiscais de entradas apenas majoraria a omissão apurada.

Quanto à Infração 4, o recorrente alega que como o fornecedor das refeições estava enquadrado no regime do Simples Nacional, a exigência fiscal implicaria duplicidade de cobrança. Diz que se a autuação fosse mantida, a alíquota aplicada deveria ser reduzida, conforme o disposto no art. 267 do RICMS-BA/12.

Inicialmente, ressalto que o imposto exigido na Infração 4 é referente ao período de janeiro de 2009 a dezembro de 2010, de forma que ao caso em tela aplica-se o RICMS-BA aprovado pelo Dec. 6.284/97, e não o aprovado pelo Decreto nº 13.780/12.

As disposições estabelecidas no inciso XVIII do artigo 343 do RICMS-BA/97, vigente à época dos fatos, referem-se ao fornecimento de refeições por quaisquer contribuintes deste Estado, quando destinadas a consumo por parte de seus empregados, não excepcionando qualquer estabelecimento do regime de diferimento. O disposto no art. 386, I, do RICMS-BA/97, prevê que o recolhimento do tributo pelo Simples Nacional não exclui a incidência nas operações alcançadas pela substituição tributária, da qual o diferimento é uma espécie.

Em conformidade com o disposto no art. 343, inciso XVIII do RICMS-BA, o lançamento do ICMS incidente nos fornecimentos de refeições a estabelecimento de contribuinte, destinadas ao consumo por parte de seus empregados, fica diferido para o momento em que ocorrer a entrada no estabelecimento adquirente. Por outro lado, o art. 438 do RICMS/97 estabelece que o contribuinte que adquirir as refeições efetuará o recolhimento do imposto por ele lançado, na condição de responsável solidário, o que afasta a afirmação recursal de que a responsabilidade pelo lançamento e recolhimento do ICMS em questão não seria do recorrente. Também com base nesse dispositivo regulamentar, fica descaracterizada a argumentação de que a exigência tributária importaria cobrança em duplicidade do imposto.

Como os alegados pagamentos de ICMS efetuados pelo fornecedor no período compreendido pela autuação foram realizados na condição de empresa optante pelo regime do Simples Nacional, descabe a alegação defensiva, de *bis in idem*, haja vista que não há como vincular os mencionados recolhimentos mensais com os valores dos débitos do imposto que está sendo cobrado. Ademais, como o recorrente era o responsável pelo lançamento e recolhimento do ICMS, não pode alegar desconhecimento da legislação aplicável ao caso e nem da situação cadastral do seu fornecedor.

Por fim, saliento que no demonstrativo de fls. 311 e 312 a autuante teve o cuidado de considerar os regimes de apuração de ICMS do fornecedor das refeições, respeitando a redução da base de

cálculo em 30% para as operações realizadas por empresa de pequeno porte, bem como aplicando a alíquota de 4% nos casos em que o imposto foi apurado em função da receita bruta.

Assim, não há reparo a fazer na Decisão recorrida, quanto a esse item do lançamento.

No que tange à Infração 6, o recorrente afirma que não há prova da realização de vendas para contribuintes inaptos, que esse item do lançamento é nulo e requer a realização de diligência.

Não há como prosperar a alegação de nulidade, uma vez que a infração está demonstrada na planilha de fls. 381 a 384 e nos correspondentes extratos do INC – Informações do Contribuinte referentes aos contribuintes inaptos, de forma que não há razão para realização de diligência. Portanto, foi correta a decisão de primeira instância quanto a esse item do lançamento.

Quanto à Infração 9, o recorrente alega que não foram considerados créditos de anos anteriores, bem como as Notas Fiscais n^{os} 25294 e 680.

Esses argumentos recursais já foram atendidos em primeira instância, quando a própria autuante explicou que a Nota Fiscal 680 (fl. 399) já tinha sido considerada na auditoria fiscal, assim como os créditos fiscais dos exercícios anteriores (fl. 397). No que tange à Nota Fiscal n° 25294, a autuante acatou o argumento defensivo e refez a apuração do imposto, passando o valor devido de R\$ 55.061,45 para R\$ 41.422,30. O autuado, ora recorrente, foi notificado acerca do resultado da informação fiscal, porém não impugnou o novo valor apurado pela autuante. Considerando que no Recurso Voluntário, o recorrente não apresenta prova ou argumento novo capaz de modificar a decisão de primeira instância, mantenho inalterada a decisão da Junta de Julgamento quanto a esse item do lançamento.

Pelo acima exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para manter inalterada a Decisão recorrida, a qual não carece de qualquer reparo.

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 EM PARTE** o Auto de Infração n° **206951.0001/12-0**, lavrado contra **PLASCHIO PLÁSTICOS CHIACCHIO LTDA. (PLASCHIO EMBALAGENS)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$343.668,01**, acrescido das multas de 60% sobre R\$ 264.289,84, de 70% sobre R\$ 4.641,79 e de 100% sobre R\$ 74.736,38, previstas no art. 42, inciso II, “a”, “e” e “f”, e inciso III, da Lei n° 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de outubro de 2013.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA – REPR. PGE/PROFIS