

A. I. Nº - 108595.0019/12-1
AUTUADO - INDÚSTRIA MECÂNICA BRASILEIRA DE ESTAMPAS IMBE LTDA.
AUTUANTE - MARIA CÉLIA RICCIO FRANCO
ORIGEM - INFAZ INDÚSTRIA
INTERNET - 24. 01. 2013

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0005-01/13

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. FALTA DE APRESENTAÇÃO DOS DOCUMENTOS COMPROBATÓRIOS DO DIREITO AO CRÉDITO. Documentos apresentados em parte junto com a defesa. Reduzido o valor da glosa de créditos. **2. LIVROS FISCAIS. REGISTRO DE ENTRADAS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTAS FISCAIS DE AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS. MULTAS. a) OPERAÇÕES SUJEITAS A TRIBUTAÇÃO. b) OPERAÇÕES NÃO SUJEITAS A TRIBUTAÇÃO.** Fatos reconhecidos pelo contribuinte. **3. BENEFÍCIOS FISCAIS. DESENVOLVE. RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. a) USO INDEVIDO DO INCENTIVO, CONSISTENTE NA DILAÇÃO DE PRAZO PARA PAGAMENTO DO TRIBUTO RELATIVO ÀS OPERAÇÕES PRÓPRIAS, POR TER UTILIZADO O BENEFÍCIO ANTES DA ENTRADA EM VIGOR DA RESOLUÇÃO QUE O AUTORIZOU.** Feita prova de que não houve “transferência” do benefício fiscal de uma empresa para outra, o que houve foi simplesmente a “retificação” de resolução anterior, alterando a titularidade do benefício. “Retificar” significa tornar exato, corrigir o que apresenta erro, de modo que na retificação não se inova nada, não se introduzem elementos novos, apenas se corrige, continuando o ato a emanar os mesmos efeitos que tinha antes, não sendo correto o entendimento de que apenas surtiria efeitos a partir da correção, haja vista que a retificação não é um ato constitutivo, mas simplesmente declaratório, dando conta de algo que já existia, embora carecesse de correção. Lançamento indevido. **b) ERRO NA DETERMINAÇÃO DO VALOR DA PARCELA SUJEITA A DILAÇÃO DE PRAZO PREVISTA PELO PROGRAMA DESENVOLVE.** Lançamento não impugnado pelo contribuinte. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 25.6.12, diz respeito aos seguintes fatos:

1. utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, haja vista a falta de apresentação dos documentos comprobatórios do direito ao crédito, sendo glosado crédito no valor de R\$ 98.781,89, com multa de 60%;
2. falta de registro, na escrita fiscal, da entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação [operações tributáveis pelo ICMS], sendo por isso aplicada a multa de R\$ 7.225,29, equivalente a 10% das entradas não registradas;

3. falta de registro, na escrita fiscal, da entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis [operações não tributáveis pelo ICMS], sendo por isso aplicada a multa de R\$ 2.799,90, equivalente a 1% das entradas não registradas;
4. recolhimento de ICMS efetuado a menos em razão de uso indevido de incentivo fiscal consistente na dilação de prazo para pagamento do tributo relativo às operações próprias, em desacordo com a legislação do DESENVOLVE [Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia], modificando as características essenciais da obrigação tributária principal, de modo a reduzir o montante do imposto devido, evitando assim o seu pagamento, por ter a empresa começado a utilizar o benefício em maio de 2008, “quando a resolução só foi publicada, com validade a partir da data da publicação, em 20/12/2008”, sendo lançado tributo no valor de R\$ 1.266.312,61, com multa de 100%;
5. recolhimento de ICMS efetuado a menos em razão de erro na determinação do valor da parcela sujeita a dilação de prazo prevista pelo Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia (DESENVOLVE), sendo lançado imposto no valor de R\$ 4.992,40, com multa de 60%.

O contribuinte defendeu-se (fls. 48/59) declarando que concorda em parte com a fiscalização, relativamente aos itens 2º, 3º e 5º, e procederá ao seu pagamento, para beneficiar-se da redução de multa, conforme permite o art. 919, III, do RICMS.

Com relação ao item 1º, apresentou Notas para que fossem consideradas na análise fiscal.

Quanto ao item 4º, questiona o lançamento, afirmando que a resolução mencionada pela autuante é a Resolução nº 133/08, editada pelo Conselho Deliberativo do DESENVOLVE no dia 17.12.08, sendo que, ao contrário do que faz crer a autuante, esta resolução não institui benefício algum, mas tão somente retifica outra Resolução, a de nº 8/03, para nela apenas retificar o nome da empresa titular dos benefícios fiscais, conforme documento anexo, já que a IMBE, ora impugnante, havia incorporado a Indústria de Auto Peças Jardim Ltda., titular original dos benefícios fiscais outorgados pelo governo da Bahia, assumindo todos os direitos e deveres da incorporada, por força do art. 227 da Lei nº 6.404/76, e tendo em vista o consta no Protocolo de Incorporação e Justificação firmado entre as duas empresas em 15.05.07. Aduz que, embora não houvesse qualquer previsão legal para tanto, após a incorporação foi protocolado perante o Comitê do Desenvolve o pleito de transferência da titularidade dos benefícios aos quais a Indústria de Auto Peças Jardim havia sido habilitada, e o pleito foi deferido, culminando na edição da já mencionada Resolução nº 133, publicada em 20.12.12.

A título de preliminar, suscita a nulidade do Auto de Infração, alegando que não há identidade e compatibilidade entre a descrição dos fatos e a infração cominada. Observa que a infração, de acordo com o que foi posto no Auto, culminaria na aplicação de pena de multa com base no art. 42, IV, alínea “j”, da Lei nº 7.014/96, a saber, “Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas: 100% do valor do imposto quando se constatar qualquer ação ou omissão fraudulenta diversa das especificadas expressamente nesta Lei”, porém a autoridade autuante não trouxe aos autos nenhuma prova da ação ou omissão fraudulenta supostamente praticada pela empresa que pudesse dar suporte à subsunção da infração ao art. 42, IV, alínea “j”, da Lei nº 7.014/96, não havendo, portanto, identidade entre a infração cometida e a pena aplicada. Sustenta que em tais casos a jurisprudência do CONSEF vem acatando a nulidade dos Autos de Infração, conforme acórdão cuja ementa transcreve. Argumenta que no presente caso a aplicação de multa de 100% do imposto teria fundamento na suposta ação fraudulenta cometida pela empresa, porém em nenhum momento a autoridade fiscal mencionou ter havido qualquer tipo de fraude, em sua descrição, que pudesse justificar a aplicação da alínea “j” do inciso IV do art. 42 da Lei nº 7.014/96. Observa que a autuante se limitou a descrever laconicamente a suposta infração e a indicar a respectiva pena, que nada tem a ver com a infração por ela descrita, não constando na descrição do fato que a empresa tivesse agido de forma fraudulenta. Por essas razões, considera que, diante da incompatibilidade

entre a descrição dos fatos e a infração cominada, há que se concluir pela nulidade do Auto de Infração.

Sustenta ser incabível a multa aplicada neste caso, uma vez que o direito à utilização do benefício fiscal foi adquirido pela impugnante com a incorporação de empresa beneficiária do Programa DESENVOLVE.

Quanto ao mérito, enfatiza que o benefício em discussão constitui direito adquirido com a incorporação de empresa beneficiária do programa de incentivo fiscal outorgado pelo governo da Bahia. Observa que, em relação à absorção dos benefícios outorgados em caso de incorporação, a própria Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia exarou parecer no sentido de que a empresa incorporadora sucede a incorporada em todos os seus direitos e obrigações, aí incluídos os benefícios fiscais anteriormente concedidos. Transcreve nesse sentido dois pareceres.

Apela para a observância do princípio da legalidade.

Pede que, com relação ao item 4º, o lançamento seja declarado nulo, face à incompatibilidade entre a descrição dos fatos e a infração cominada, ou que no mérito seja declarado improcedente, tendo em vista que, por força do art. 227 da Lei nº 6.404/76, a impugnante sucedeu a incorporada em todos os seus direitos e obrigações, aí incluídos os benefícios fiscais anteriormente concedidos. Informa seu endereço para recebimento de intimações. Juntou documentos.

A auditora responsável pelo lançamento prestou informação (fls. 169-170) dizendo que com relação ao item 1º o contribuinte apresentou a comprovação parcial dos créditos de 2008, no valor de R\$ 40.750,54, conforme Notas Fiscais anexas às fls. 78 a 92, restando por comprovar o valor de R\$ 58.031,35.

Quanto ao item 4º, informa que o autuado incorporou a Indústria de Auto Peças Jardim Ltda., beneficiária da Resolução nº 8/03, e em 7.10.08 deu entrada de pedido de transferência da titularidade dos benefícios aos quais a incorporada havia sido habilitada, tendo em 17.12.08 sido expedida a Resolução nº 133/08, que retifica a Resolução nº 8/03, com a observação de que tal resolução entraria em vigor na data de sua publicação, e portanto seus efeitos não retroagem à data da incorporação.

Dada ciência da informação ao autuado, este se manifestou (fls. 178/183) dizendo que a autuante em sua informação alega laconicamente que a resolução não retroage seus efeitos à data da incorporação, não tendo apresentado qualquer argumento quanto às questões preliminares e de mérito suscitadas na impugnação e tampouco gastou uma linha para melhor descrever ou embasar o único argumento apresentado, e por essa razão será rebatida a única alegação apresentada pela autuante. Diz que a não retroatividade do benefício não foi alegada pela defesa, tendo a autuante se desviado da argumentação sustentada na impugnação, eximindo-se de contra-argumentá-la. Reitera as considerações quanto ao direito e à correta interpretação da Resolução nº 133/08, frisando que essa resolução não instituiu benefício algum, mas somente retificou a Resolução nº 08/03, para nela constar o nome da impugnante, de modo que a titularidade do benefício, antes detida pela Indústria de Auto Peças Jardim Ltda., passou a ser da impugnante, em razão da incorporação daquela por esta última, conforme consta na citada resolução, cujo teor reproduz.

Assinala que os demais argumentos expostos na defesa não foram contestados pela autuante, relativamente aos seguintes aspectos: *a)* nulidade do Auto de Infração por falta de identidade e compatibilidade entre os fatos, a infração descrita e a pena aplicada, não tendo, quanto à multa de 100%, sido mencionado ter havido qualquer tipo de fraude que justificasse a aplicação da alínea “j” do inciso IV do art. 42 da Lei nº 7.014/96; *b)* não cabimento da multa aplicada, uma vez que o direito à utilização do benefício fiscal foi adquirido pela impugnante com a incorporação de empresa beneficiária do Programa DESENVOLVE, de modo que não haveria por que se falar em ação ou omissão fraudulenta da impugnante, tendo em vista que, por força do disposto no art. 227 da Lei nº 6.404/76, os benefícios concedidos à incorporada foram devidamente absorvidos pela incorporadora.

Reitera o pedido com relação ao item 4º, no sentido de que seja declarado nulo, face à incompatibilidade entre fatos, a infração descrita e a pena aplicada, ou que a autuação seja julgada improcedente, considerando-se que, por força do disposto no art. 227 da Lei nº 6.404/76, a impugnante sucedeu a incorporada em todos os seus direitos e obrigações, e que seja reconhecido o não cabimento da multa aplicada.

Ao ter vista dos autos, a autuante se pronunciou através da peça à fl. 190. Quanto à reclamação do autuado de que a informação fiscal foi lacônica, a auditora diz que não foi ela quem redigiu a infração, e sim o SEAI.

Reafirma que o autuado incorporou a Indústria de Auto Peças Jardim Ltda., que era beneficiária da Resolução nº 8/03, e solicitou a transferência do benefício em 7.10.08, tendo em 17.12.08 sido expedida a Resolução nº 133/08, com a observação de que esta resolução entraria em vigor na data de sua publicação, e tudo isto está dito na defesa [leia-se: na informação fiscal] do Auto de Infração às fls. 169-170.

Aduz que sua atividade é vinculada e segue o Regulamento do ICMS. Quanto à multa de 100%, diz que a multa “é resultante do enquadramento da infração”, e ela, auditora, não está chamando ninguém de fraudulento, apenas não encontrou outra tipificação da infração no SEAI.

A auditora declara o seguinte: “Identifiquei erros na apuração do ICMS no exercício, onde se misturou mercadorias adquiridas de terceiros com a produção da empresa na hora de aplicar o benefício. Identifiquei débitos apurados e não lançados. Contudo, como o benefício era indevido, fiz a apuração do ICMS Normal, cobrando uma única parcela e abatendo os valores efetivamente recolhidos. Discuti o assunto com a contadora. Fui clara e objetiva.”

Conclui dizendo que ratifica o teor do Auto de Infração, com as ressalvas já efetuadas na “defesa” [leia-se: na informação fiscal] às fls. 169-170.

VOTO

O presente Auto de Infração compõe-se de 5 lançamentos. O contribuinte reconheceu os débitos dos itens 2º, 3º e 5º.

O 1º lançamento diz respeito à glosa de crédito fiscal de ICMS, em virtude da falta de apresentação dos documentos comprobatórios do direito ao crédito. Em face dos documentos apresentados pelo autuado na defesa, a auditora, na informação prestada, reconheceu que o contribuinte apresentou a comprovação parcial dos créditos de 2008, no valor de R\$ 40.750,54, conforme Notas Fiscais anexas aos autos, porém não refez o Demonstrativo de Débito, como devia, relativamente aos valores remanescentes, mês a mês, de modo que a secretaria do CONSEF possa fazer os devidos ajustes. Em atenção ao preceito do art. 39, IV, do RPAF, o Demonstrativo de Débito (fls. 4 e 5) deveria ter sido refeito pela autoridade fiscal. Com fundamento no princípio da economia processual, a fim de evitar uma diligência, retardando o desfecho deste procedimento, em prejuízo do contribuinte e do Estado, farei eu mesmo a especificação dos valores remanescentes, tomando por fonte os demonstrativos às fls. 9-10 e 77/92, embora este não seja o meu papel como julgador. O Demonstrativo de Débito do item 1º deverá ser refeito com base nas seguintes indicações:

Mês	Créditos Glosados	Valores a Serem Excluídos		Valores Remanescentes
		Docs. apresentados	Localização nos autos	
Mai/08	R\$ 19.707,50	R\$ 1.957,16	NF 61582 – fls. 9, 77 e 92	R\$ 17.750,34
Jun/08	R\$ 1.725,53	– x –	Fl. 9	R\$ 1.725,53
Jul/08	R\$ 26.768,13	R\$ 12.500,16	NF 65544, 66738 e 67299, fls. 9, 77, 91, 90 e 86	R\$ 14.267,97
Ago/08	R\$ 8.374,54	R\$ 8.374,54	NF 68332, 68333 e 69474, fls. 9, 77, 87, 88 e 89	– x –
Out/08	R\$ 11.964,46	R\$ 10.336,88	NF 71411, 71412 e 71413, fls. 9, 77, 78, 79 e 80	R\$ 1.627,58
Nov/08	R\$ 7.581,76	R\$ 7.581,76	NF 73191, 73192, 73194, 73195 e 73248, fls. 9, 77, 81, 82, 83, 84 e 85	– x –
Fev/09	R\$ 9.840,00	– x –	Fl. 10	R\$ 9.840,00
Jun/09	R\$ 9.441,47	– x –	Fl. 10	R\$ 9.441,47
Ago/09	R\$ 1.438,31	– x –	Fl. 10	R\$ 1.438,31
Out/09	R\$ 1.940,19	– x –	Fl. 10	R\$ 1.940,19
Somas	R\$ 98.781,89	R\$ 40.750,50		R\$ 58.031,39

Quanto ao item 4º, o lançamento diz respeito a recolhimento de ICMS efetuado a menos em razão de uso indevido de incentivo fiscal do DESENVOLVE [Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia], por ter a autoridade fiscal entendido que a empresa teria começado a utilizar o benefício em maio de 2008, “quando a resolução só foi publicada, com validade a partir da data da publicação, em 20/12/2008”.

O autuado defendeu-se observando que a resolução mencionada pela autuante é a Resolução nº 133/08, e argumenta que esta resolução não institui benefício algum, mas tão somente retifica outra Resolução, a de nº 8/03, para nela apenas retificar o nome da empresa titular dos benefícios fiscais, conforme documento anexo.

De fato, de acordo com a cópia da referida Resolução nº 133/08, não houve “transferência” do benefício fiscal de uma empresa para outra, o que houve foi simplesmente a “retificação” da Resolução nº 8/03, alterando a titularidade do benefício. Como se trata de benefício fiscal, deve-se fazer a interpretação literal dos termos da referida resolução.

Mediante a Resolução nº 8/03, o Conselho Deliberativo do Desenvolve havia habilitado ao Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia a empresa Indústria de Auto Peças Jardim Ltda., e, mediante a Resolução nº 133/08, aquele órgão retificou a resolução anterior, alterando a titularidade do benefício para Indústria Mecânica Brasileira de Estampos IMBE Ltda.

“Retificar” significa tornar exato, corrigir o que apresenta erro. Ou seja, na retificação não se inova nada, não se introduzem elementos novos, apenas se corrige, continuando o ato a emanar os mesmos efeitos que tinha antes, não sendo correto o entendimento de que apenas surtiria efeitos a partir da correção. Noutros termos, a retificação não é um ato constitutivo, mas simplesmente declaratório, dando conta de algo que já existia, embora carecesse de correção.

O lançamento do item 4º é portanto indevido.

Por precaução, observo que, se porventura fosse mantido o lançamento, teria de ser corrigido o percentual da multa, que não seria de 100%.

O autuado questionou esse aspecto, assinalando que na descrição do fato não foi acusada a existência de fraude que justificasse a aplicação da alínea “j” do inciso IV do art. 42 da Lei nº 7.014/96. De fato, fraude não se presume. Para se caracterizar fraude, é preciso que a autoridade acuse e prove que houve fraude.

A auditora, em sua última manifestação, disse que não foi ela quem redigiu a infração, e sim o SEAI. Disse a autuante que a multa de 100% “é resultante do enquadramento da infração”, e ela, auditora, não está chamando ninguém de fraudulento, apenas não encontrou outra tipificação da infração no SEAI. Ora, a competência para lavrar Auto de Infração é do auditor, e não do “sistema”. Não se justifica a aplicação da multa errada pelo fato de a autoridade autuante não localizar no SEAI o código correto da infração.

Por conseguinte, a multa do item 4º, se houvesse infração, seria de 60%, nos termos do art. 42, II, “f”.

Embora o lançamento do item 4º seja improcedente, ficou patente que existem fatos subjacentes que precisam ser examinados. Em sua última manifestação (fl. 190), a auditora declarou o seguinte: “Identifiquei erros na apuração do ICMS no exercício, onde se misturou mercadorias adquiridas de terceiros com a produção da empresa na hora de aplicar o benefício. Identifiquei débitos apurados e não lançados. Contudo, como o benefício era indevido, fiz a apuração do ICMS Normal, cobrando uma única parcela e abatendo os valores efetivamente recolhidos. Discuti o assunto com a contadora. Fui clara e objetiva.”

Isto significa então que o procedimento fiscal precisa ser refeito, não em relação ao que foi imputado neste item 4º, mas sim em relação aos erros dos quais a auditora deu notícia. A repartição

fiscal verificará se existem elementos que justifiquem a renovação do procedimento fiscal nesse sentido. É evidente que se o contribuinte, antes do início de nova ação fiscal, sanar alguma irregularidade porventura existente, inclusive mediante denúncia espontânea, exime-se de sanções.

Os itens 2º, 3º e 5º não foram impugnados, e o contribuinte declarou que procederá ao seu pagamento, para beneficiar-se da redução de multa.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, devendo ser homologadas as quantias já pagas.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **108595.0019/12-1**, lavrado contra **INDÚSTRIA MECÂNICA BRASILEIRA DE ESTAMPOS IMBE LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$63.023,79**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, “f”, e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor total de **R\$10.025,19**, previstas nos incisos IX e XI do art. 42 da supracitada lei, e dos acréscimos moratórios, conforme disciplina da Lei nº 9.837/05, devendo ser homologadas as quantias já pagas.

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de janeiro de 2013

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – RELATOR

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – JULGADOR