

A. I. N° - 210319.3006/12-1
AUTUADO - CONTEFLEX DO NORDESTE LTDA.
AUTUANTE - JOSUÉ DE LIMA BORGES
ORIGEM - INFRAZ FEIRA DE SANTANA
INTERNET - 28. 06. 2013

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0120-01/13

EMENTA: ICMS. 1. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. SERVIÇOS DE TRANSPORTE. PRESTAÇÕES SUCESSIVAS. **a)** FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. **b)** FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO RETIDO. **c)** CONTRATAÇÃO DE TRANSPORTADOR AUTÔNOMO. FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Infrações reconhecidas. 2. DIFERIMENTO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO PELO RESPONSÁVEL. Infração reconhecida. 3. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** CRÉDITO RELATIVO À PRESTAÇÃO INTERNA DE SERVIÇO DE TRANSPORTE. **b)** MATERIAL DE USO E CONSUMO. **c)** CREDITAMENTO EM VALOR SUPERIOR AO DESTACADO NO DOCUMENTO FISCAL. **d)** EMITENTES EM SITUAÇÃO CADASTRAL NA CONDIÇÃO DE EMPRESA DE PEQUENO PORTE OPTANTE PELO SIMPLES NACIONAL. **e)** DOCUMENTOS INIDÔNEOS. EMITENTES EM SITUAÇÃO CADASTRAL IRREGULAR. **f)** IMPOSTO DESTACADO A MAIS NOS DOCUMENTOS FISCAIS. Infrações reconhecidas. 4. OPERAÇÃO TRIBUTÁVEL DECLARADA COMO NÃO TRIBUTÁVEL. Infração reconhecida. 5. IMPORTAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Infração reconhecida. 6. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. OPERAÇÃO INTERESTADUAL DE SAÍDA DE MERCADORIA PARA PESSOA CONSIDERADA NÃO CONTRIBUINTE. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Infração reconhecida. 7. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. **a)** AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MATERIAL DE USO E CONSUMO. **b)** BENS DESTINADOS AO ATIVO FIXO. Infrações reconhecidas. 8. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. Infração reconhecida. 9. PROGRAMA DESENVOLVE. RECOLHIMENTO A MENOS. ERRO NA DETERMINAÇÃO DO VALOR DA PARCELA SUJEITA A DILAÇÃO DE PRAZO. O uso do benefício está vinculado ao produto objeto do projeto incentivado. Infração subsistente. 10. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. USUÁRIO DE PROCESSAMENTO DE DADOS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. FALTA DE ENTREGA. Infração reconhecida. 11. LIVROS FISCAIS. REGISTRO DE CONTROLE DE PRODUÇÃO E DO ESTOQUE. FALTA DE APRESENTAÇÃO AO FISCO. MULTA. Infração reconhecida. 12. EXPORTAÇÃO. REMESSA COM O FIM ESPECÍFICO DE EXPORTAÇÃO NA MODALIDADE EXPORTAÇÃO INDIRETA. OPERAÇÃO TRIBUTÁVEL DECLARADA COMO NÃO TRIBUTÁVEL. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. O contribuinte

não estava credenciado para realizar saídas de mercadorias com o fim específico de exportação indireta. O Regulamento do ICMS – RICMS exige que o interessado requeira o credenciamento (RICMS, art. 582, § 2º), a fim de que possa realizar operações de exportações de mercadorias para o exterior sem incidência do imposto. Alegação defensiva de que realizou as exportações não restou comprovada. Infração subsistente.

13. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Infração reconhecida. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Não acolhida a arguição de decadência. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 30/06/2012, formaliza a constituição de crédito tributário no valor de R\$425.306,21, atribuindo ao sujeito passivo o cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS:

1. Deixou de proceder a retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às prestações sucessivas de transporte interestadual e intermunicipal, nos meses de janeiro a dezembro de 2007, janeiro a dezembro de 2008, sendo exigido ICMS no valor de R\$155.850,01, acrescido da multa de 60%;
2. Deixou de proceder o recolhimento do ICMS substituído por diferimento, na condição de responsável pelo recolhimento do imposto diferido, nos meses de janeiro a junho, agosto a dezembro de 2007, janeiro a dezembro de 2008, sendo exigido ICMS no valor de R\$95.828,30, acrescido da multa de 60%;
3. Utilizou indevidamente crédito fiscal, referente à aquisição de prestações internas de serviços de transporte, nos meses de janeiro a dezembro de 2007, janeiro a dezembro de 2008, sendo exigido ICMS no valor de R\$20.043,49, acrescido da multa de 60%;
4. Deixou de recolher ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às prestações sucessivas de transporte interestaduais e intermunicipais, nos meses de janeiro, março a dezembro de 2007, janeiro a dezembro de 2008, sendo exigido ICMS no valor de R\$8.309,08, acrescido da multa de 150%;
5. Deixou de proceder a retenção do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às prestações sucessivas de transporte interestadual e intermunicipal, efetuadas por autônomo ou empresa transportadora não inscrita neste Estado, nos meses de janeiro, junho a dezembro de 2007, janeiro, março a agosto, outubro e novembro de 2008, sendo exigido ICMS no valor de R\$4.248,04, acrescido da multa de 60%;
6. Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, nos meses de maio a julho, novembro e dezembro de 2007, fevereiro, junho e outubro de 2008, sendo exigido ICMS no valor de R\$2.333,98, acrescido da multa de 60%;
7. Deixou de recolher o ICMS devido pelas importações tributadas realizadas pelo estabelecimento, nos meses de junho de 2007 e agosto de 2008, sendo exigido ICMS no valor de R\$1.995,55, acrescido da multa de 60%;
8. Recolheu a menos ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de junho e setembro de 2008, sendo exigido ICMS no valor de R\$524,57, acrescido da multa de 60%;

9. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, nos meses de janeiro, abril a junho, agosto de 2007, março de 2008, sendo exigido ICMS no valor de R\$900,40, acrescido da multa de 60%;
10. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação e destinadas ao ativo fixo do estabelecimento, nos meses de abril a agosto de 2007, julho de 2008, sendo exigido ICMS no valor de R\$1.727,59, acrescido da multa de 60%;
11. Recolheu a menos ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de março, junho, setembro, novembro e dezembro de 2007, sendo exigido ICMS no valor de R\$497,85, acrescido da multa de 60%;
12. Recolhimento a menos do ICMS em razão de uso indevido de incentivo fiscal - dilação de prazo para pagamento de ICMS - relativo às operações próprias, em desacordo com a legislação do DESENVOLVE, modificando as características essenciais da obrigação tributária principal, de modo a reduzir o montante do imposto devido, evitando, assim o seu pagamento, nos meses de agosto, setembro, novembro e dezembro de 2007, fevereiro a agosto, novembro e dezembro de 2008, sendo exigido ICMS no valor de R\$89.225,70, acrescido da multa de 100%;
13. Falta de entrega de arquivo magnético, nos prazos previstos na legislação, o qual deveria ter sido enviado via internet através do programa Transmissão Eletrônica de Dados (TED), em 31/12/2008, sendo imposta multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de 1.380,00;
14. Deixou de apresentar livro fiscal, quando regularmente intimado, sendo imposta multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$480,00;
15. Deixou de recolher o ICMS em razão de registro de operação tributada como não tributada, nas saídas de mercadorias equiparadas a exportação, com remetente sem regime especial para operar com exportação indireta, condição necessária ao reconhecimento da não incidência, nos meses de novembro e dezembro de 2007, abril, julho a novembro de 2008, sendo exigido ICMS no valor de R\$35.314,67, acrescido da multa de 60%;
16. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, nos meses de janeiro, abril a junho e agosto de 2007, março de 2008, sendo exigido ICMS no valor de R\$630,28, acrescido da multa de 60%;
17. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado no documento fiscal, no mês de novembro de 2011, sendo exigido ICMS no valor de R\$3.049,65, acrescido da multa de 60%;
18. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de mercadorias junto a microempresa, empresa de pequeno porte ou ambulante, nos meses de julho a agosto de 2007, sendo exigido ICMS no valor de R\$739,71, acrescido da multa de 60%;
19. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a documentos fiscais falsos ou inidôneos, nos meses de março, maio, junho e novembro de 2007, sendo exigido ICMS no valor de R\$754,81, acrescido da multa de 100%;
20. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque a mais nos documentos fiscais, nos meses de outubro de 2007 e janeiro de 2008, sendo exigido ICMS no valor de R\$679,03, acrescido da multa de 60%;
21. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, no mês de abril de 2007, sendo imposta multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$793,50, correspondente ao percentual de 10% do valor comercial da mercadoria.

O autuado, através de advogados legalmente constituídos, apresentou defesa (fls. 1.025 a 1.037) sustentando que em relação às operações realizadas até 22/07/2007, estas se encontram decaídas nos termos do artigo 150, §4º, do Código Tributário Nacional.

Observa que no presente Auto de Infração é exigido o pagamento de ICMS referente a operações ocorridas durante o período de janeiro de 2007 a dezembro de 2008.

Alega que tendo sido notificado do lançamento somente em 23/07/2012, e este é o termo final da contagem do prazo decadencial, resta patente que houve a consumação da decadência para todas as operações ocorridas até o dia 22/07/ 2007.

Registra que por se tratar de imposto cujo lançamento é feito por homologação, a decadência se rege pelo disposto no art. 150, §4º do CTN, sendo a data das operações o marco inicial para a contagem do prazo decadencial. Invoca nesse sentido a jurisprudência firmada pelo Superior Tribunal de Justiça, reproduzindo a ementa referente aos Embargos de Divergência ao REsp nº 1.199.262. Diz que este julgado evidencia que, inclusive nos casos de creditamento indevido, aplica-se o artigo 150, § 4º, do CTN, pois o que interessa é o pagamento antecipado, ainda que parcial. Acrescenta que para demonstrar que a matéria é pacífica, aponta outras decisões do Superior Tribunal de Justiça que, nos casos sujeitos ao lançamento por homologação, em que houve pagamento antecipado, ainda que parcial, foi aplicado o artigo 150, § 4º, do CTN.

Diz que dessa forma, ante a demonstração da pacificidade da matéria a favor dos contribuintes, faz-se necessária a aplicação do entendimento do Superior Tribunal de Justiça, com o cancelamento das exigências anteriores a 22/07/2007. Requer que seja aplicado o correto e atual entendimento do STJ, qual seja, a aplicação do art. 150, § 4º, do CTN nos casos sujeitos ao lançamento por homologação em que houve pagamento antecipado, ainda que parcial.

Quanto à infração 12, afirma que se trata de “*lease back*” e, por consequência, o incentivo fiscal foi devidamente utilizado.

Sustenta que este item da autuação deve ser cancelado, haja vista que não houve a “saída” dos bens do ativo, pois foi realizada mera operação chamada de “*lease back*”.

Observa que o “*lease back*” é uma operação de refinanciamento com uma instituição financeira, que arrenda o bem ao próprio vendedor, permitindo assim liberação de recursos para outros investimentos.

Afirma que em nenhum momento os bens do ativo saíram do seu estabelecimento, tendo apenas firmado um refinanciamento contratual, com o intuito de gerar recursos financeiros. Diz que desse modo, acusar que utilizou indevidamente o incentivo fiscal é simplesmente desconsiderar as operações contratuais realizadas, bem como a racionalidade do próprio incentivo concedido.

Salienta que a finalidade do Programa DESENVOLVE é incentivar a aquisição de bens para fomentar e desenvolver a produção.

Frisa que com a tributação no momento da venda dos bens do ativo, busca o Fisco baiano evitar a comercialização dos bens importados sem tributação.

Assevera que em nenhum momento houve a comercialização dos bens do ativo, pois foi simplesmente realizado um refinanciamento para gerar recursos financeiros, sendo que, os bens do ativo permanecem no estabelecimento em plena utilização, em respeito ao Decreto 8205/02.

Destaca que, além disso, após o término do contrato de “*lease back*”, os bens em questão voltaram ao ativo da empresa, o que demonstra que a finalidade desse decreto foi integralmente atendida.

Diz que, por outro lado, caso seja mantida a exigência, deve, no mínimo, ser considerado o crédito, uma vez que houve o pagamento do ICMS no momento da entrada. Acrescenta que se seguido o entendimento do Fisco, os valores recolhidos (créditos) deveriam ser computados, entretanto, foram simplesmente ignorados, o que gera enriquecimento ilícito do Estado.

Alega que a Fiscalização, em desrespeito ao Princípio da Tipicidade Cerrada, simplesmente apresentou como fundamento o artigo 1º do Decreto 8205/02, cuja redação transcreve, restando evidente que o próprio autuante não encontrou dispositivos legais e suficientes para considerar indevida a operação realizada.

Conclui requerendo o cancelamento da infração 12, uma vez que a operação de realização do contrato para gerar recursos em nenhum momento gerou a saída dos bens do ativo para a instituição financeira. Acrescenta que caso seja desconsiderada sua alegação, o que admite apenas a título de argumentação, deve ser descontado o valor do imposto atinente às entradas dos bens.

No tocante à infração 15, assegura que as exportações indiretas foram devidamente realizadas, o que se pode verificar dos documentos colacionados aos autos, portanto, devem ser canceladas as acusações.

Aduz que a Constituição Federal e as normas infraconstitucionais que tratam do ICMS dispõem que nas operações destinadas para exportação, não incidirá o imposto estadual, mantendo-se, ainda, o crédito fiscal do imposto, conforme disposto no art. 155, X, “a”, da CF e no artigo 6º, II, do RICMS/BA, cujas redações reproduz.

Assinala que diante desses dispositivos, pode-se concluir que sempre que as mercadorias forem exportadas ou, ainda, remetidas a empresas que visarão à exportação, nenhum ICMS será devido, por expressa determinação constitucional.

Destaca que no caso dos autos se subsume integralmente às normas acima referidas, isto é, as operações constantes das operações descritas na infração 15, foram remetidas para exportação, conforme pode se verificar dos extratos de declaração de despacho anexados.

Registra ainda que todas as operações estão demonstradas e comprovadas nos seus livros fiscais, os quais só podem ser desprezados mediante prova concreta da não ocorrência das operações.

Sustenta que não procede, dessa forma, a alegação da Fiscalização de que não teria solicitado e obtido o credenciamento ao titular da Inspetoria Fazendária.

Ressalta que a imunidade é patente e qualquer exigência acessória deve ser desconsiderada ou, quando muito, gerar uma penalidade, jamais a exigência do ICMS. Alega que como as mercadorias foram exportadas, não há como se excluir o seu direito de se beneficiar da imunidade prevista no art. 150, X, “a” da Constituição Federal. Diz que a própria Carta Magna ao outorgar a imunidade não fez qualquer restrição, e como não há qualquer vedação constitucional, não pode a Fiscalização desconsiderar as operações de exportação.

Conclui que por restar comprovado com os documentos que foram juntados aos autos, que todas as vendas de mercadorias que realizou visavam, ao final, o mercado externo, não podendo se admitir a permanência da infração 15.

Prosseguindo, reporta-se sobre a aplicação da multa, alegando ofensa ao princípio da proporcionalidade.

Afirma que o Auto de Infração em discussão aplica multa ilegal e inconstitucional, o que gera patente nulidade do processo administrativo.

Destaca que se evidencia a ausência de caráter arrecadatório da incidência de multa, sendo que seu fim maior não é levar dinheiro aos cofres públicos, mas sim estimular o cumprimento da conduta tido por infringida, podendo se concluir que a multa aplicada neste Auto de Infração é totalmente desproporcional à sua conduta o que a torna incoerente com o sistema. Traz à colação decisão proferida pela Ministra Carmen Lúcia, do Supremo Tribunal Federal, em 02/12/2009, nos autos de AI 724038 RS, transcrevendo parcialmente o seu teor. Reproduz, também, decisões proferidas pelos Tribunais de Justiça do Estado do Goiás e de Minas Gerais, bem como, pelo Tribunal Regional Federal da Terceira Região, nesse sentido.

Diz que desse modo, a multa aplicada é flagrantemente inconstitucional, pois carecedora de proporcionalidade à conduta praticada, razão pela qual requer o seu cancelamento.

Finaliza sua defesa requerendo:

- o cancelamento das infrações relativas às operações decaídas, realizadas até 22/07/2007, em respeito ao artigo 150, §4º, do Código Tributário Nacional;
- o cancelamento da infração 12, uma vez que a operação de realização do contrato para gerar recursos em nenhum momento gerou a saída dos bens do ativo para a instituição financeira. Aduz que caso seja desconsiderada tal argumentação, o que admite apenas a título de argumentação, deve ser descontado o valor do imposto atinente às entradas dos bens;
- que seja cancelada a infração 15, relativa à exportação indireta, tendo em vista a imunidade prevista no artigo 150, X, “a”, da Constituição Federal;
- que seja integralmente cancelada a penalidade aplicada, por ofensa ao princípio constitucional da razoabilidade;
- que sejam, doravante, os procuradores e signatários, intimados de todos os atos do processo.

Protesta, ainda, pela concessão do prazo de quinze dias para juntada do instrumento procuratório, nos termos do artigo 37 do Código de Processo Civil.

O autuante prestou informação fiscal (fls. 1.101 a 1.112) consignando, de inicio, que a defesa é intempestiva, pois apresentada fora do prazo legal. Registra que o autuado tomou ciência do Auto de Infração no dia 23/07/12 (fl. 1.024), sendo o marco inicial para a contagem do prazo para apresentação da defesa o dia 24/07/12, e o último dia previsto para a entrega da impugnação 22/08/12.

Observa que à fl. 1.024 existe a indicação, pelo sistema SIPRO, de que a defesa foi protocolada no dia 23/08/12. Diz ainda que à fl. 1.090, há aposição de carimbo do CONSEF constando que o recebimento da impugnação ocorreu em 23/08/12, conquanto tenham os advogados do contribuinte apresentado a defesa nos Correios do Estado de São Paulo (fl. 1.088), no dia 22/08/12.

Diz que em face do exposto, propugna por não se tomar conhecimento da defesa, considerando contrariar as normas contidas no art. 10 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629 de julho de 1999.

Aduz também que a defesa não deverá ser acatada por estar viciada de ilegitimidade de parte, considerando que não se fez a juntada do instrumento procuratório no momento da apresentação da impugnação, razão pela qual também diante deste aspecto formal não se deve tomar conhecimento, por não atender aos requisitos do art. 10 do RPAF.

Prosseguindo, consigna que caso este CONSEF não acolha as considerações iniciais quanto à intempestividade da defesa e da ilegitimidade de parte, discorda das alegações defensivas, pelos motivos que passa a expor, e mantém integralmente o Auto de Infração.

Rechaça a argumentação defensiva atinente à ocorrência da decadência de todas as operações ocorridas até o dia 22/07/2007, discorrendo amplamente sobre o entendimento da doutrina e jurisprudência, inclusive do CONSEF, e afirma que a decadência suscitada pelo autuado não deve ter amparo jurídico, pois a regra a ser aplicada é a contida no artigo 173, inciso I, e não do §4º do art. 150, ambos do CTN, haja vista que o prazo decadencial só tem início no primeiro dia do exercício seguinte à ocorrência do fato gerador.

Assim sendo, a Fazenda Pública do Estado da Bahia, teria até o dia 31/12/12, para constituir o crédito tributário relativo ao exercício de 2007, e foi lavrado o Auto de Infração dentro desse limite, ou seja, foi lavrado em 30/06/2012, com ciência em 23/07/2012, portanto, dentro do prazo legal para a homologação do lançamento, restando claro que não ocorreu a decadência dos créditos tributários lançados até o dia 22/07/12, conforme pretendido pelo impugnante.

Ressalta que apesar de o contribuinte ter impugnado o lançamento relativo aos fatos geradores do ICMS ocorridos em operações ou prestações até o dia 22/07/12, sob a alegação de ocorrência da decadência, solicitou pedido de parcelamento em 22/08/12 do total dos débitos tributários referentes às infrações 01, 02, 03 e 04, através do Processo nº 161798/2012-4, tendo sido deferido o parcelamento. Acrescenta ainda que houve a quitação total em 22/08/12 dos débitos relacionados às infrações 05, 06,07, 08, 09, 10, 11, 13, 14, 16, 17, 18, 19, 20 e 21.

Frisa que nestas infrações o autuado em momento algum questiona a base de cálculo, o valor do imposto apurado, a alíquota aplicada, nem contesta os relatórios e documentos que lhe foram entregues, que tiveram como objetivo não cercear o direito de defesa, desse modo, consideramos como ponto pacífico os cálculos efetuados, com a ressalva de que houve somente a impugnação daqueles débitos cujo fatos geradores abrangearam o período em que arguiu a decadência.

No que tange à infração 12, sustenta que a alegação defensiva de que não houve saída de bens do ativo e que na verdade houve uma “mera operação” não pode prosperar.

Diz que, conforme se verifica à fl. 503, no livro Registro de Saídas foi registrada a venda de ativo fixo no valor de R\$489.405,40, através da Nota Fiscal nº 2393, com data de emissão de 14/09/07, tendo como natureza da operação venda de bem do ativo, com CFOP sob nº 6551. Salienta que na operação houve destaque do imposto na nota fiscal e o respectivo lançamento no livro Registro de Saída. Aduz que se constata a omissão do autuado em trazer em sua defesa informações relevantes, tais como, os benefícios concedidos à empresa, dados sobre a aquisição desse ativo. Afirma que incorre em equívoco o autuado quando solicita, caso seja mantida a exigência fiscal, que seja considerado o crédito fiscal, bem como que haja o desconto referente ao imposto incidente na entrada dos bens.

Frisa que se o impugnante não cometeu um lapso, tenta confundir os julgadores deste CONSEF, pelas seguintes razões:

- a aquisição do ativo fixo foi realizada através de importação no valor global de R\$489.405,40, sendo efetuada a emissão das Notas Fiscais de entradas nºs 1827, 1878, 1879, 1880, 2127, registradas no livro Registro de Entradas, respectivamente, nos dias 23/05/07, 04/06/07, 04/06/07, 04/06/07 e 21/07/2007, conforme se pode comprovar às fls. 601, fls. 608 e fls. 637;

- o contribuinte foi habilitado ao Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – DESENVOLVE, através da Resolução Nº 15/2004 (fls. 39/40), sendo que, dentre os benefícios concedidos pelo Estado, destaca o diferimento do lançamento e do pagamento do ICMS na importação do ativo fixo, cuja utilização ocorreu na importação em comento, por conseguinte não houve recolhimento do ICMS sobre a importação do ativo em nenhum momento, nem se gerou crédito de ICMS, fato que pode ser ratificado observando o extrato de recolhimentos do ano de 2007, onde não há recolhimentos referentes a essa importação;

- o destaque do ICMS e respectivo lançamento do débito no livro próprio da Nota Fiscal nº 2393, relativo à saída do ativo, foram procedimentos corretos efetuados pelo contribuinte, sendo que, com a ocorrência da desincorporação foi encerrada a fase de diferimento, sendo exigido o ICMS, portanto, o autuado agiu de acordo com as normas regulamentares se debitando do imposto diferido. Entretanto, na apuração mensal do imposto quando da realização do procedimento de exclusão de operações que não estavam vinculadas ao benefício concedido, o autuado considerou como operação própria a venda realizada do ativo. Dessa forma, não fez a dedução do valor do imposto diferido, para que pudesse juntar posteriormente com o valor do imposto apurado vinculado à atividade fim da empresa, se apropriando consequentemente de forma indevida do benefício da dilatação obtido através da Resolução Nº 15/2004, art. 1º, inciso II, contrariando dessa maneira as normas estabelecidas pelo Decreto 8.205/02 que regulamenta o referido programa;

- esclarece que o contribuinte recebeu um CD (fl. 1.017), mediante recibo (fls. 1.018/1.019), contendo as planilhas “Demonstrativo de Apuração do Aproveitamento a Maior de Créditos Incentivados Programa Desenvolve e Demonstrativo de Apuração do Aproveitamento a Maior de Créditos

Fiscais de ICMS do Programa Desenvolve” dos exercícios 2007 e 2008, demonstrando os créditos fiscais e débitos fiscais vinculados ou não ao projeto aprovado e a apuração do imposto correta do imposto. Observa que a empresa se deteve em contestar somente esta operação de venda do ativo imobilizado, por ser a mais representativa do lançamento do ICMS nesta infração. Ou seja, não questionou os relatórios recebidos em meio magnético, nem os outros valores lançados dos outros períodos de apuração, portanto há que levar em consideração como ponto pacífico os cálculos efetuados.

Relativamente à alegação defensiva de que não houve saída e que ocorreu uma mera operação de “leaseback”, diz que o art. 2º, inciso I, c/c o § 1º, da Lei nº 7.014/96 contém normas que estabelecem que o ICMS incidente sobre a realização de operações relativas à circulação de mercadorias que explicitam que são irrelevantes para se caracterizar o fato gerador a natureza jurídica da operação ou prestação de que resultem quaisquer das hipótese previstas, ou o título jurídico pelo qual a mercadoria ou bem esteja na posse do respectivo titular ou o resultado financeiro obtido com a operação.

Reitera o entendimento de que o negócio efetuado apresentou uma circulação econômica, portanto foi concretizada a ocorrência do fato gerador do imposto claramente expresso na lei instituidora do ICMS. Acrescenta que houve a transferência de propriedade, e a transferência do bem através de um contrato fazendo a transmissão da propriedade do bem para a instituição financeira. Invoca os artigos 114, 116 e 118 do CTN para fundamentar os seus argumentos.

Quanto à argumentação defensiva atinente a inobservância do Princípio da Tipicidade Cerrada, assinala que a capitulação legal no Auto de Infração, relativo à infração 12, e a descrição da infração e dos fatos são claras. O enquadramento, que está inserido no Auto de Infração, remete à norma que estabelece diretrizes para o gozo do benefício fiscal do Programa DESENVOLVE, que é o Decreto Nº 8.205/2002 que aprovou o Regulamento do Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia. – Desenvolve, instituído pela Lei nº 7.980/01.

No que concerne à infração 15, rechaça a argumentação defensiva, afirmando que a contradição é evidente, pois inexiste qualquer processo relativo ao credenciamento protocolado nos registros da SEFAZ. Diz também que o impugnante não apresentou documentos comprobatórios que atendessem às exigências contidas no artigo 582, § 2º, do RICMS/BA, nem as normas previstas nos Convênios 113/96 e 84/2006, para que as operações de saídas tivessem o amparo da não incidência do ICMS.

Contesta também a alegação defensiva de que todas as operações objeto da autuação foram remetidas para exportação, conforme extratos de declaração de despacho que anexou, afirmando que o exame desses documentos (fls. 1.047/1.087), indica de imediato que todos extratos anexados à defesa estão relacionados ao seu cliente MV Quartz Ltda, CNPJ 05.602.477/0001-60, inexistindo outros documentos vinculados as demais saídas de produtos para os outros clientes listados no “Relatório Exportação Indireta Sem Credenciamento 2007/2008” (fl. 126) e constantes das Notas Fiscais nºs 2721, 2752, 2783, 2903, 3506, 4920 e 4951, anexadas aos autos, fls. 446, 447, 449, 450, 452, 464 e 465.

Esclarece que compilando esses documentos apresentados, elaborou a planilha Anexo I, “Relatório Extrato de Declaração de Despacho Pela Empresa MV Quartz Ltda.”, juntado a informação fiscal. Acrescenta que visualizou a existência de 640 embalagens, constantes do “Extrato de Declaração de Despacho” que tiveram como limite de data de validade de embarque o dia 08/04/08.

Frisa que elaborada a tabela das saídas com não incidência, nota-se, conforme Anexo II, “Saídas Realizadas Para A Empresa MV Quartz Ltda.”, também anexada à informação fiscal, que a primeira saída, no período 2007/2008, ocorreu no dia 10/04/08, donde conclui que aqueles documentos não estão relacionados com as saídas que se efetivaram a partir desta data, haja vista que ela é posterior a data limite de exportação, no caso 08/04/08.

Salienta que outro dado a ser objeto de análise no Anexo II, é a ocorrência de saídas de 820 sacos (BIG BAG) entre os dias 19/09/08 a 22/10/08, pois se verificado os extratos de declaração de despacho, chega-se à conclusão de que a última data limite de validade de embarque foi fixada em 14/09/08, desse modo, aquelas saídas de 820 sacos, também não guardam relação com esses documentos.

VOTO

Verso o Auto de Infração em lide sobre o cometimento de vinte e uma infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado, dentre as quais este reconheceu integralmente as infrações 01, 02, 03, 04, 05, 06, 07, 08, 09 10, 11, 13, 14, 16, 17, 18, 19, 20 e 21, inclusive efetuando o pagamento do valor do débito reconhecido, conforme comprovante acostado aos autos, portanto, inexistindo lide quanto a estas infrações. Impugnou integralmente as infrações 12 e 15.

De início, no que tange à arguição de nulidade do Auto de Infração por aplicação de multa ilegal e inconstitucional, observo que estas foram corretamente aplicadas no caso do presente lançamento de ofício, estando previstas no art. 42, da Lei 7.014/96. Quanto ao seu cancelamento requerido pelo autuado, por se tratar de multas por descumprimento de obrigação principal, a sua dispensa ou redução ao apelo da equidade, é de competência da Câmara Superior deste CONSEF.

Dante disso, não acolho a nulidade arguida, haja vista a inocorrência de quaisquer das hipóteses previstas no art. 18 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99, capaz de inquinar de nulidade o lançamento de ofício em exame.

No respeitante à arguição defensiva de ocorrência da decadência do direito da Fazenda Pública constituir o crédito tributário referente a todas as operações ocorridas até o dia 22/07/2007, certamente não pode prosperar a pretensão defensiva, haja vista que as disposições do artigo 173, inciso I do CTN, que são as mesmas previstas no art. 107-A, inciso I do Código Tributário do Estado da Bahia (Lei nº.3.956/81) e no art. 965, inciso I, do RICMS/97, estabelecem que o direito da Fazenda Pública de constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado e não da ocorrência do fato gerador, conforme o artigo 150, § 4º do Código Tributário Nacional – CTN, invocado pelo impugnante.

Em verdade, a incidência da regra do art. 150, § 4º do CTN diz respeito às situações nas quais a lei do ente tributante não fixa prazo à homologação, o que não vem a ser a presente situação, haja vista que o impugnante deixou de recolher parcelas do imposto devido, e a Fiscalização, de forma acertada, efetuou o lançamento correspondente.

Desse modo, considerando que o lançamento de ofício ocorreu em 23/07/2012, não há que se falar em decadência do direito da Fazenda Pública estadual constituir o crédito tributário, conforme arguido pelo impugnante.

Vale consignar que esse tem sido o entendimento deste CONSEF em reiteradas decisões, a exemplo dos Acórdãos CJF 0102/12-05, 0113/12-05, 0192-11-05, CJF 0144-11/09.

Diante do exposto, não acolho a arguição de decadência.

Quanto à solicitação do impugnante para que todas as intimações e notificações relativas ao feito sejam encaminhadas aos profissionais regularmente constituídos, ressalto que inexiste óbice para o atendimento do pleito e que o órgão competente da Secretaria da Fazenda possa enviar as intimações e demais comunicações concernentes ao andamento deste processo para o endereço indicado. No entanto, cumpre salientar que o não atendimento a essa solicitação não caracteriza nulidade do Auto de Infração, uma vez que as situações previstas para intimação ou ciência da tramitação dos processos ao contribuinte estão disciplinadas no art. 108 do RPAF/99.

No que tange a intempestividade da defesa aduzida pelo autuante, em razão de o autuado ter tomado ciência do Auto de Infração no dia 23/07/12 (fl. 1.024), sendo o marco inicial para a contagem do prazo para apresentação da defesa o dia 24/07/12, e o último dia previsto para a entrega da ACÓRDÃO JJF N° 0120-01/13

impugnação 22/08/12, contudo, a defesa foi protocolada no dia 23/08/12, sendo que, à fl. 1.090 dos autos, há aposição de carimbo do CONSEF constando que o recebimento da impugnação ocorreu em 23/08/12, conquanto tenham os advogados do contribuinte apresentado a defesa nos Correios do Estado de São Paulo (fl. 1.088), no dia 22/08/12, cumpre registrar que na sessão de julgamento essa matéria foi submetida à discussão e votação, tendo os julgadores desta Junta de Julgamento Fiscal, por unanimidade, decidido pela tempestividade da defesa, considerando que a entrega nos Correios ocorreu ainda dentro do prazo regulamentar.

No mérito, no que concerne à infração 12, verifico que a exigência diz respeito à utilização indevida de incentivo fiscal, no caso dilação de prazo para pagamento de ICMS relativo às operações próprias, em desacordo com a legislação do Programa DESENVOLVE, modificando as características essenciais da obrigação tributária principal, de modo a reduzir o montante do imposto devido, evitando, assim o seu pagamento.

Conforme consta nos autos o contribuinte é beneficiário do Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – DESENVOLVE, nos termos da Resolução N° 15/2004 (fls. 39/40), tendo direito ao diferimento do lançamento e do pagamento do ICMS na importação do ativo fixo, bem como a dilação do prazo para pagamento do ICMS referente à parcela incentivada.

Ocorre que, para apuração do saldo devedor mensal do ICMS a recolher passível de incentivo pelo Programa DESENVOLVE, o contribuinte deverá efetuar ajustes sobre o saldo devedor do ICMS encontrado no final de cada período de apuração, expurgando os valores referentes às operações e prestações não vinculadas aos investimentos constantes do projeto aprovado pelo Conselho Deliberativo do Programa. Dentre tais valores se classificam os débitos fiscais relativos a operações com bens de ativo imobilizado e materiais para uso ou consumo.

Conforme corretamente apontado pelo autuante e consta nos autos, se verifica à fl. 503, no livro Registro de Saídas que foi registrada a venda de ativo fixo no valor de R\$489.405,40, através da Nota Fiscal n° 2393, com data de emissão de 14/09/07, tendo como natureza da operação venda de bem do ativo, CFOP 6551, com destaque do imposto.

É certo que o valor do imposto destacado na forma acima referida independentemente de sua natureza, se desincorporação, “*lease back*” ou outra qualquer, jamais poderia compor o saldo devedor do ICMS na apuração da parcela incentivada, mas sim expurgada conforme mencionado acima.

Noto que o impugnante apresentou o seu inconformismo exclusivamente quanto aos valores referentes aos bens do ativo fixo, cuja análise foi feita acima, silenciando quanto aos demais valores expurgados pela Fiscalização.

Cabe-me registrar quanto à alegação defensiva de que não foi respeitado o Princípio da Tipicidade cerrada, que inexistiu tal desrespeito, haja vista que, além de a descrição da infração ser clara, o seu enquadramento foi feito corretamente pela Fiscalização, pois fundamentado no Regulamento do Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia. – DESENVOLVE, aprovado pelo Decreto n° 8.205/2002, instituído pela Lei n° 7.980/01.

Diante disso, esta infração é integralmente subsistente.

No que diz respeito à infração 15, observo que o autuado não estava credenciado para realizar as exportações objeto da autuação.

O § 2º do art. 582 do RICMS/97/BA estabelece que, *para remessas de mercadorias para o exterior através de empresa comercial exportadora, inclusive “trading”, ou de outro estabelecimento da mesma empresa, o remetente solicitará credenciamento ao titular da inspetoria fazendária do seu domicílio fiscal, identificando os destinatários e declarando que as mercadorias não sofrerão no*

estabelecimento exportador nenhum processo de beneficiamento ou industrialização, salvo reacondicionamento para embarque..

Já o art. 591, do mesmo RICMS/97/BA, determina que *o estabelecimento remetente, além das penas cabíveis em caso de ação fiscal, ficará obrigado ao recolhimento do imposto dispensado sob condição resolutória de exportação, atualizado monetariamente, com os acréscimos moratórios cabíveis, a contar das saídas previstas no art. 582, no caso de não se efetivar a exportação (Conv. ICMS 113/96).*

Portanto, em conformidade com os dispositivos regulamentares acima reportados, cabe ao remetente além de estar credenciado, comprovar a efetivação das exportações, sob pena de ficar obrigado ao pagamento do imposto dispensado em face à exportação, além das demais penalidades.

No caso deste item da autuação, verifico da análise das cópias das notas fiscais acostadas aos autos, que as saídas ocorreram amparadas pela não incidência do ICMS, por se referirem a operações de exportação.

A argumentação defensiva de que a imunidade é patente e qualquer exigência acessória deve ser desconsiderada ou, quando muito, gerar uma penalidade, certamente poderia prosperar se, efetivamente, restasse comprovada a exportação, considerando a natureza acessória do credenciamento.

Entretanto, conforme já consignado acima, as operações realizadas pelo autuado não tiveram a sua destinação para o exterior devidamente comprovadas, o que torna exigível o ICMS conforme este item da autuação.

Diante disso, esta infração é integralmente subsistente.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração **210319.3006/12-1**, lavrado contra **CONTEFLEX DO NORDESTE LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$422.652,71**, acrescido das multas de 60% sobre R\$324.363,12, 100% sobre R\$89.980,51 e de 150% sobre R\$8.309,08, previstas nos incisos II, alíneas “a” “e” e “f”, IV, alínea “j” e V, alínea “a” do art. 42, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, alem das multas por descumprimento de obrigação acessória no valor total **R\$2.653,50**, previstas nos incisos IX, XX, XIII-A, alínea “j”, do mesmo diploma legal, com os acréscimos moratórios, conforme disciplina da Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de maio de 2013.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR