

PROCESSO - A. I. Nº 108580.0012/11-3
RECORRENTE - EURO INDÚSTRIA E COMÉRCIO ESQUADRIAS E ARTEFATOS LTDA. (EURO BRASIL TECH)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3º JF nº 0259-03/13
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
INTERNET - 02/04/2014

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0044-12/14

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) LANÇAMENTO NO LIVRO FISCAL SEM A COMPROVAÇÃO DO COMPETENTE DOCUMENTO FISCAL. O autuado não apresentou os documentos que legitimassem o crédito fiscal apropriado. b) MERCADORIAS ADQUIRIDAS COM PAGAMENTO DO IMPOSTO PELO SISTEMA DE ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. Infração subsistente. 2. DIFERIMENTO. RECEBIMENTO DE REFEIÇÕES PARA ALIMENTAÇÃO DE EMPREGADOS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO DIFERIDO. O adquirente neste caso é o responsável por substituição relativamente ao imposto cujo lançamento encontrava-se diferido. Infração caracterizada. 3. PROGRAMA DESENVOLVE. RECOLHIMENTO A MENOS. A falta de recolhimento, na data regulamentar, da parcela não sujeita a dilação de prazo implica a perda do direito ao benefício do Desenvolve em relação à parcela incentivada do respectivo período. Infração subsistente. Indeferido o pedido de diligência. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Alterada, de ofício, a multa aplicada na infração 4. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão da 3ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou procedente a presente autuação, por meio da qual foram atribuídas ao sujeito passivo seis irregularidades distintas, todas objeto do presente Recurso, a seguir descritas:

INFRAÇÃO 1 - utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito, nos meses de junho, agosto a dezembro de 2008, janeiro, março a maio e julho a dezembro de 2009. Valor do ICMS: R\$153.302,63. Multa de 60% (DEMONSTRATIVO às fls. 25 a 27);

INFRAÇÃO 2 - utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por antecipação tributária, nos meses de novembro e dezembro de 2007, janeiro de 2008 a dezembro de 2009. Valor de ICMS: R\$276.994,92. Multa de 60% (DEMONSTRATIVO às fls. 38 a 40);

INFRAÇÃO 3 - deixou de recolher ICMS diferido nas entradas de refeições destinadas a consumo por parte dos seus funcionários, nos meses de setembro a dezembro de 2009 e maio a agosto de 2011. Valor do ICMS: R\$8.272,53. Multa de 60% (DEMONSTRATIVO às fls. 34 a 37);

INFRAÇÃO 4 - recolheu a menos o ICMS em razão da falta de recolhimento, na data regulamentar, da parcela não sujeita à dilação de prazo, perdendo o direito ao benefício em relação à parcela incentivada prevista no Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do

Estado da Bahia - Desenvolve, nos meses de abril, julho a dezembro de 2009 e janeiro de 2010 a outubro de 2011. Valor de ICMS: R\$1.959.489,11. Multa de 60% (DEMONSTRATIVO às fls. 28 a 32);

INFRAÇÃO 5 - extraviou documentos fiscais. Multa fixa no valor R\$2.250,00 (DEMONSTRATIVO à fl. 41);

INFRAÇÃO 6 - deixou de comunicar mudança de endereço do estabelecimento na repartição fiscal competente. Multa fixa no valor R\$460,00.

A Junta de Julgamento Fiscal dirimiu a lide da seguinte forma, *in verbis*:

Inicialmente cabe esclarecer que não assiste razão ao autuante ao asseverar que a defesa apresentada pelo impugnante é intempestiva, uma vez que à fl. 468 fica evidenciado que este óbice fora superado, mediante despacho da GECOB/D.ATIVA, reabrindo o prazo de defesa por ocasião da remessa do presente Auto de Infração a essa gerência para inscrição em dívida ativa por intempestividade da defesa apresentada.

No tocante à preliminar de nulidade suscitada pelo autuado sob a alegação de que não consta nos autos o “Termo de Início de Fiscalização”, ao compulsar os autos verifico que constam às fls. 15 a 23, diversas intimações para apresentação de livros e documentos fiscais e informações em meio magnéticos datadas de 22/08/2011 a 10/11/2011.

Convém destacar o teor do inciso II, do art. 28, do RPAF-BA/99, in verbis:

Art. 28. A autoridade administrativa que efetuar ou presidir tarefas de fiscalização para verificação do cumprimento de obrigação tributária lavrará, ou determinará que sejam lavrados, conforme o caso:

I - Termo de Início de Fiscalização, destinado a documentar o início do procedimento fiscal, com indicação do dia e hora da lavratura, devendo ser colhida a assinatura do intimado no instrumento ou em recibo, a menos que seja transcrito diretamente em livro do próprio contribuinte;

II - Termo de Intimação para Apresentação de Livros e Documentos, para que o sujeito passivo, seu representante legal ou preposto preste esclarecimento ou exiba elementos solicitados pela fiscalização, sendo que a emissão deste termo dispensa a lavratura do Termo de Início de Fiscalização;

Portanto, da inteligência dos dispositivos acima transcritos, resta cristalino que o Termo de Início de Fiscalização fica dispensado a sua lavratura, quando for lavrado o Termo de Intimação para Apresentação de Livros e Documentos, o que foi observado pelo autuante conforme termos lavrados e acostado às fls. 15 a 23, devidamente assinados pelo preposto do autuado. Ademais, saliento também constarem dos autos, fls. 12 e 13, cópias assinadas pelos autuantes, Termo de Início de Fiscalização e Termo de Prorrogação de Fiscalização que, apesar de não terem sido colacionadas aos autos as cópias do livro Registro de Utilização de Documentos Fiscais e de Ocorrências, os autuantes asseveraram que esses termos foram no aludido livro anexados, fl. 530. Fato esse não contestado pelo autuado na impugnação e nas manifestações ao longo da ação fiscal, portanto, deve prevalecer o estatuído pelo RPAF-BA/99 em seu art. 140, ou seja, “o fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas.”

Também não deve prosperar a preliminar de nulidade suscitada pelo impugnante, por inexistência de previsão legal, ao alegar ter provocado prejuízo a sua defesa, pelo fato da intimação ter sido encaminhada para o endereço de um dos sócios do impugnante. A intimação do sujeito passivo afigura-se definida e caracterizada sua configuração nos termos dos artigos 108 e 109 do RPAF-BA/99, não contemplando qualquer obrigatoriedade de remessa da intimação para o endereço do patrono do autuado, mesmo tendo sido requerida. Logo, não vislumbro motivação alguma que resulte em óbice ao pleno exercício da ampla defesa. Nesses termos, entendo que resta também ultrapassada essa preliminar de nulidade.

Os precedentes de julgados do CONSEF, cujas ementas, o impugnante colacionou aos autos, são imprestáveis como paradigma para corroborar suas pretensões, pois tratam de situações distintas das ora tratadas.

Quanto à preliminar de nulidade suscitada sob alegação de cerceamento de defesa pela falta de demonstrativos analíticos relativos, apesar do impugnante não revelar nem especificar qual a omissão de elementos analíticos dificultou sua plena compreensão dos valores apurados, depois de compulsar os demonstrativos de débito que alicerçam às infrações 02 e 04 constato que o conteúdo apresentado explicita de forma clara e didática a origem dos valores apurados. Assim, não deve prosperar a pretensão do autuado.

Em suma, resta evidenciado que os presentes autos encontram-se revestidos das formalidades legais, eis que inexistem os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF-BA/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento.

No que tange ao pedido para realização de diligência/revisão fiscal, considero que os elementos existentes nos autos são suficientes para formação do meu convencimento sobre a Decisão da lide, motivo pelo qual indefiro a

postulação do impugnante nesse sentido, com fulcro no art. 147, I, “a” e “b”, II, “b”, do RPAF/99.

Ultrapassadas questões de natureza preliminar de nulidade e prejudicial ao mérito, passo a tratar do cerne da acusação fiscal.

O Auto de Infração trata do cometimento pelo impugnante de seis infrações consoante teor enunciado no relatório.

As infrações 01 e 02 cuidam da utilização indevida crédito fiscal de ICMS, respectivamente, sem a apresentação do competente documento comprobatório e referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por antecipação tributária.

Em sede defesa o impugnante não se manifestou especificamente em relação à infração 01, somente questionou a falta de demonstrativos analíticos em relação à infração 02, aduzindo ter sido prejudicada em sua defesa por essa ausência.

Ao compulsar as peças que compõem e fundamentam esses dois itens da autuação, precipuamente os demonstrativos de apuração e de débito, às fls. 25 a 27 - infração 01 e fls. 38 a 40 - infração 02, constato que os referidos demonstrativos discriminam individualizadamente cada uma das notas fiscais que deu origem à utilização indevida de crédito pelo impugnante, indicando, inclusive, a página em que se encontra escriturada no livro Registro de Entradas do estabelecimento autuado. Portanto, como claramente se depreende, a apuração do débito não exige cálculo complexo ou roteiro de auditoria de difícil apreensão, eis que consiste no mero arrolamento das notas fiscais de entradas do impugnante e escrituradas em seu próprio livro Registro de Entradas, cujos créditos foram indevidamente utilizados, o que propicia a instantânea detecção de qualquer inconsistência. Assim, diante da singela, simples e direta forma de apuração do débito é inteiramente descabida a alegação da defesa da ausência de demonstrativo analítico, sem ao menos indicar, de forma objetiva, qual a obscuridade lhe tolhera o seu pleno entendimento da origem e do dimensionamento da base de cálculo apurada.

O impugnante não apresentou, mesmo depois de disponibilizados integralmente os demonstrativos, qualquer inconsistência na apuração do débito exigido nesses dois itens da autuação.

Logo, concluo pela subsistência das infrações 01 e 02.

A infração 03 acusa a falta de recolhimento do ICMS diferido, nas entradas de refeições destinadas a consumo por parte dos seus funcionários, ou seja, está sendo apontado que a empresa adquiriu refeições para consumo de seus funcionários, conforme demonstrativos e cópias de notas fiscais às fls. 34 a 37, e não efetuou o pagamento do ICMS como determina o art. 343, inciso XVIII, do RICMS-BA/99.

De fato, o citado dispositivo legal dispõe que é diferido o lançamento do ICMS incidente nos fornecimentos de refeições, a quaisquer estabelecimentos de contribuintes deste Estado, destinadas a consumo por seus empregados para o momento em que ocorrer a entrada no estabelecimento do adquirente.

Depois de examinar o demonstrativo de débito elaborado pelos autuantes juntamente com as cópias da correspondente documentação fiscal acostado e diante da inexistência de qualquer contestação de seu cometimento pelo impugnante constato que resta caracterizada a infração e concluo pela manutenção desse item da autuação.

A infração 04 acusa o recolhimento a menos do ICMS em razão da falta de recolhimento, na data regulamentar da parcela não sujeita a dilação de prazo, perdendo o direito ao benefício em relação à parcela incentivada prevista pelo Programa Desenvolve.

Em sede defesa e em manifestação ulterior o impugnante articulou o mesmo óbice em relação aos demonstrativos de apuração colacionados às fls. 28 a 33, aduzindo a falta de explicitação analítica como articulou em relação à infração 02. Do mesmo modo e com a mesma veemência refuto a tentativa de macular indevidamente sem apresentar objetivamente qualquer inconsistência ou obscuridade, eis que os dados coligidos nos referidos demonstrativos, além de advirem de fonte produzida pelo autuado, ou seja, sua própria escrituração fiscal, encontra-se discriminada de forma inequívoca a origem de todos os valores apurados.

Não deve também prosperar a alegação defensiva de que não fora comunicada da revogação de seu benefício e que este ato é de competência exclusiva do Conselho Deliberativo do Desenvolve.

Convém esclarecer que o Programa Desenvolve, instituído pela Lei nº 7.980/01 com objetivo de fomentar e diversificar a matriz industrial do Estado estabelece no seu art. 5º, que o estabelecimento enquadrado no Programa deve observar os procedimentos, para fins de apuração e recolhimento do ICMS apurado e declarado “na forma e prazos regulamentares”, e o art. 8º do citado diploma legal determina que o “Regulamento estabelecerá” os critérios e condições para enquadramento no Programa e fruição de seus benefícios.

Já regulamento citado - Dec. 8.205/02 estabelece o seguinte:

“Art. 18. A empresa habilitada que não recolher ao Tesouro do Estrado, na data regulamentar, a parcela do ICMS não sujeita à dilação de prazo, perderá o direito ao benefício em relação à parcela incentivada

naquele mês.

§ 1º Caso o atraso ocorra por 03 (três) meses consecutivos ou 06 (seis) meses alternados, o incentivo será automaticamente suspenso.

§ 2º A empresa que tiver o benefício suspenso, somente voltará a gozar do incentivo após a regularização total das obrigações de que trata o caput deste artigo.”

Portanto, diante do não pagamento pelo impugnante das parcelas de ICMS não sujeitas a dilação, como claramente visto na disposição legal destacada, não há que falar em revogação ou cancelamento do benefício fiscal estabelecido na Resolução Desenvolve como aduziu o autuado. Assim, razão não há no argumento articulado na defesa.

Logo, resta devidamente caracterizada a infração 04.

Já as infrações 05 e 06 não foram contestadas pelo impugnante e tratam, respectivamente, do Extravio de Documentos Fiscais, conforme demonstrativo à fl. 41 e da falta de comunicação da mudança de endereço do estabelecimento na repartição fiscal competente.

Depois de compulsar os elementos que compõem e fundamentam a acusação fiscal constato que se afiguram devidamente comprovados, restando caracterizado o cometimento dessas infrações pelo impugnante. Assim, concluo pela subsistência desses dois itens da autuação.

Por fim, quanto ao pedido para que as intimações e notificações pertinentes ao presente processo sejam encaminhadas ao endereço do subscritor da presente peça, ressalto nada obstar que seu pleito seja atendido e que o órgão competente da Secretaria da Fazenda envie as intimações e demais comunicações para o endereço requerido. Contudo, o não atendimento a tal solicitação não caracteriza nulidade do Auto de Infração, uma vez que a forma de intimação ou ciência da tramitação dos processos ao sujeito passivo encontra-se prevista nos artigos 108 e 109 do RPAF-BA/99, e, em perfeita sintonia com o estabelecido no CTN, art. 127, orientando, como regra, a eleição do domicílio tributário pelo sujeito passivo, desde que não elaborada de modo a prejudicar o trabalho do fisco.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Inconformado, o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário, preliminarmente, requerendo a “nulidade da intimação acerca da Decisão recorrida, encaminhada, que foi para endereço, desatualizado, de “sócio” do autuado, que não mais se encontra em atividade”.

Renova todos os argumentos expendidos em sede de defesa, reiterando a preliminar de nulidade do lançamento de ofício, “ante a ausência do termo de início de fiscalização, cerceamento do direito de defesa e insegurança na determinação das infrações apontadas, não encontrando nas razões da JF fundamento legal para a recusa levada a efeito”.

Observa que foi “regularmente intimado” do Auto de Infração por edital publicado no Diário Oficial do Estado do dia 21/06/12, mas não lhe foi apresentado o Termo de Início da Fiscalização, o que, conforme precedente do CONSEF que transcreveu, implica a nulidade do lançamento.

Acrescenta que outro vício formal foi cometido, consistente na “falta dos demonstrativos sintéticos e analíticos relativos aos diversos itens do AI, os quais não foram ofertados à Autuada quando da sua intimação regular, o que se deu, como já abordado, em atendimento ao Edital de 21/06/12”.

Aduz que o referido edital se reporta a “reabertura do prazo de defesa”, o que impõe dizer que “intimação anterior” foi tentada e não foi realizada regularmente e, assim, entende que “deveria receber cópia de todos os demonstrativos que instruem a ação, na forma do art. 46, do RPAF, pois sem tais elementos não pode exercer o seu direito de defesa”. Aduz, ainda, que a Decisão recorrida “agrega maior cerceamento à defesa” e reproduz a ementa de Decisão do CONSEF a respeito.

No mérito, alega que, como foi impedido “de se defender de forma direta e específica sobre os supostos fatos geradores”, “impugna expressamente todos os valores cobrados, asseverando que nunca fez uso de crédito fiscal sem o documento correspondente, que jamais se apropriou de crédito sobre mercadorias adquiridas com a fase de tributação encerrada, que não deixou de pagar o ICMS sobre sua responsabilidade, que não teve o Desenvolve cassado pela autoridade

competente e que não se recusou a prestar ao Fisco qualquer informação regularmente solicitada”.

Prossegue dizendo que *“mesmo sem conhecer como as importâncias cobradas foram apuradas e calculadas, notadamente no que tange ao item 04 assevera que não foi comunicada da revogação do Desenvolve, ato que compete ao Conselho Deliberativo do programa”.*

Ressalta que *“o próprio Acórdão acima citado demonstra a exigência de ato formal para a revogação de benefícios concedidos ao Contribuintes, o que também se aplica ao Desenvolve, não sendo do conhecimento do autuado a existência de ato, pela Autoridade Competente, que tenha retirado o benefício específico”.*

Por fim, pede *“a NULIDADE ou, dependendo do resultado da revisão, IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração”.*

A PGE/PROFIS, por meio da Dra. Maria José Coelho Sento-Sé, opinou pelo Não Provimento do Recurso Voluntário, por entender que o recorrente repetiu os mesmos argumentos articulados em sua impugnação inicial, todos já apreciados na Decisão proferida pela primeira instância administrativa.

Ressalta que as infrações estão claramente descritas e tipificadas na legislação tributária, tendo o autuante logrado descrever com precisão o infrator, os fatos geradores, as bases de cálculo e os dispositivos legais infringidos e, ademais, as arguições de nulidade por ofensa aos princípios da ampla defesa e do contraditório não devem ser acolhidas, posto que o lançamento tributário atende aos pressupostos e requisitos de validade formal descritos no artigo 39 do RPAF/99.

Observa que *“a ausência do Termo de Início de Fiscalização não representa formalidade essencial à preservação do princípio constitucional da ampla defesa, na medida em que constam, às fls. 15/23, diversas intimações para apresentação de livros e documentos fiscais e informações em meio magnético datadas de 22/08/2011 e 10/11/2011”*, em consonância com o artigo 28, inciso II, do RPAF/99.

Salienta que os fatos geradores identificados pelo preposto fiscal estão embasados nos documentos e livros fiscais do contribuinte e nos demonstrativos apensados aos autos, não tendo o autuado colacionado provas materiais capazes de modificar o lançamento tributário.

No que se refere à infração 4, entende que é insubsistente a alegação do autuado, de que não foi comunicado da revogação do benefício do Desenvolve, haja vista que o programa foi instituído para fomentar e diversificar a matriz industrial do Estado e o artigo 8º da Lei nº 7.980/01 determina que o regulamento estabelecerá os critérios para enquadramento no programa e fruição de seus benefícios, sendo que o artigo 18 do Regulamento determina a suspensão automática *“na hipótese de atraso por 3 meses consecutivos”*, não havendo que se falar em revogação ou cancelamento e sim, em *“mera suspensão automática do benefício”*.

Por fim, aduz que o requerimento de diligência reiterado pelo recorrente deve ser indeferido em razão da falta de amparo legal, *ex vi* do artigo 147 do RPAF/99.

VOTO

Inicialmente, rejeito o pedido de realização de diligência formulado pelo recorrente, pois entendo que os elementos constantes dos autos são suficientes à formação do convencimento deste órgão de julgamento administrativo (acorde o artigo 147, inciso I, letra "a", do RPAF/99). Além disso, se há alguma prova ainda a ser apresentada, certamente é proveniente de documentos que o próprio sujeito passivo possui e, assim sendo, é dele o ônus de trazê-los aos autos, sendo inadequada, para tal finalidade, a diligência solicitada.

Deixo de acatar o pedido de nulidade da intimação acerca da Decisão recorrida, haja vista que, embora a notificação tenha sido primeiramente dirigida ao estabelecimento da empresa,

posteriormente, foi encaminhada ao endereço da procuradora do sócio, a Sra. Luciana Cardoso dos Santos, que a recebeu em 29/10/13 (fls. 613 e 614) e assinou o Recurso Voluntário que se está a analisar.

Rejeito, ainda, a preliminar de nulidade do lançamento de ofício, “*ante a ausência do termo de início de fiscalização, cerceamento do direito de defesa e insegurança na determinação das infrações apontadas*”, considerando que foram expedidos nove termos de intimação para apresentação de livros e documentos devidamente assinados pelo contribuinte (fls. 15 a 23) e, segundo o inciso II do artigo 28 do RPAF/99, abaixo transcrito, a emissão do Termo de Intimação para Apresentação de Livros e Documentos dispensa a lavratura do Termo de Início de Fiscalização:

Art. 28. *A autoridade administrativa que efetuar ou presidir tarefas de fiscalização para verificação do cumprimento de obrigação tributária lavrará, ou determinará que sejam lavrados, conforme o caso:*

I - *Termo de Início de Fiscalização, destinado a documentar o início do procedimento fiscal, com indicação do dia e hora da lavratura, devendo ser colhida a assinatura do intimado no instrumento ou em recibo, a menos que seja transcrito diretamente em livro do próprio contribuinte;*

II - *Termo de Intimação para Apresentação de Livros e Documentos, para que o sujeito passivo, seu representante legal ou preposto preste esclarecimento ou exiba elementos solicitados pela fiscalização, sendo que a emissão deste termo dispensa a lavratura do Termo de Início de Fiscalização;*

Também não há como aceitar a alegação recursal, de existência de vício formal pela falta de recebimento dos demonstrativos analíticos das imputações tributárias, pelas razões seguintes:

1. tendo em vista que o contribuinte não mais realiza suas atividades, as diversas intimações para ciência do Auto de Infração foram encaminhadas para seu estabelecimento e devolvidas pelos Correios à Secretaria da Fazenda com a indicação de “*mudou-se*” (fls. 471 a 485);
2. entretanto, uma notificação foi enviada ao endereço do sócio, Sr. Wilson Franca Santos, com recebimento em 13/07/12 (fls. 486 a 489), que constituiu, como procuradora, a Sra. Luciana Cardoso dos Santos Rocha (fls. 490 e 491);
3. a Junta de Julgamento Fiscal, percebendo que o autuado realmente não havia recebido os demonstrativos que embasaram o lançamento de ofício, consoante alegado na defesa, converteram o PAF em diligência à Inspeção de origem para que lhe fossem entregues os demonstrativos apensados às fls 16 a 41 dos autos e reaberto o prazo de defesa de 30 dias (fl. 510);
4. uma intimação foi enviada ao endereço do estabelecimento e retornou à Secretaria da Fazenda sem que fosse cumprida a tarefa porque o contribuinte havia se mudado (fls. 515 a 518);
5. finalmente, foi encaminhada intimação, acompanhada de fotocópias dos documentos de fls. 510, 16 a 23 e 24 a 41 do PAF, ao endereço do sócio, Sr. Wilson Franca Santos (fls. 519 e 520), correspondência recebida pela procuradora da empresa, Sra. Luciana Cardoso dos Santos Rocha (fls. 490 e 491), que atestou o seguinte: “*Tomei ciência em 26/11/2012 e recebi as citadas cópias*”;
6. na intimação mencionada no item anterior foi indicado que o contribuinte poderia se manifestar, se assim o desejasse, no prazo máximo de 30 dias a contar da data de recebimento;
7. finalmente, foi publicado no Diário Oficial do Estado de 22/11/12 o Edital de Intimação nº 61/2012 notificando o autuado para comparecer à Coordenação de Processo da DAT/Metro para, no prazo de 30 dias, tomar “*ciência da diligência à IFEP Indústria*”.

Pelo que foi relatado acima, resta patente que o recorrente recebeu todos os demonstrativos elaborados pelos autuantes e embaixadores da ação fiscal, além de ter sido advertido da reabertura do prazo de defesa, não havendo que se falar, portanto, em cerceamento ao direito ao contraditório.

Também não há nenhuma mácula na Decisão de primeiro grau, que enfrentou todos os aspectos

da impugnação apresentada pelo contribuinte.

Concernente à infração 4, o autuado argumentou que não foi comunicado “*da revogação do Desenvolve, ato que compete ao Conselho Deliberativo do programa*”, exigência que se apresenta, em seu entendimento, imprescindível para a retirada do benefício fiscal previsto no Programa Desenvolve.

Considero que não merece acolhimento a preliminar de nulidade da infração 4, suscitada no apelo recursal de forma transversa, sob o argumento de que o auditor fiscal não tem competência legal para decretar a perda do benefício previsto no Programa DESENVOLVE, competência essa atribuída exclusivamente ao Conselho Deliberativo do DESENVOLVE, nos termos dos artigos 18 e 19 do Decreto nº 8.205/02.

Isso porque, na situação dos autos, verifico que não houve tal cancelamento. Na realidade, o autuante limitou-se a aplicar a regra do artigo 18 do mencionado Decreto nº 8.205/02 que prevê que “*A empresa habilitada que não recolher ao Tesouro do Estado, na data regulamentar, a parcela do ICMS não sujeita à dilação de prazo, perderá o direito ao benefício em relação à parcela incentivada naquele mês.*”

Saliento que “perda do direito ao benefício do Desenvolve” não quer dizer que a empresa tenha sido excluída do Programa e tanto isso é verdade que, se o contribuinte recolhesse o ICMS não incentivado, poderia voltar a usufruir da dilação do prazo de pagamento do imposto, exatamente como previsto na Resolução específica que lhe concedeu o benefício.

Esse, aliás, tem sido o entendimento atual deste CONSEF, como se observa do voto constante no Acórdão C/JF nº 0329-12/12, da lavra do Conselheiro Carlos Henrique Jorge Gantois, abaixo reproduzido:

(...)

Acerca desta imputação, entendo que não cabe razão ao recorrente, já que da análise dos autos, pode constatar que de acordo com a planilha (fl. 91), da lavra da ASTEC/CONSEF, através de PARECER ASTEC No 001/2010 (fls. 87/91), o recorrente deixou de recolher no prazo regulamentar o ICMS relativo à parcela não incentivada em todo o período fiscalizado.

Assim, excluindo da autuação as parcelas relativas aos meses de maio a novembro de 2003, alcançadas pela decadência, restou devido o valor do mês de dezembro de 2003, nos termos constantes à fl. 01 dos autos.

Por sua vez, com este não recolhimento da parcela não incentivada, o recorrente foi atingido pelo que preceitua o art. 18 do Decreto nº 8.205/02, que estabelece:

*‘A empresa habilitada que não recolher ao Tesouro do Estado, na data regulamentar, a parcela do ICMS não sujeita à dilação de prazo, **perderá o direito ao benefício em relação à parcela incentivada naquele mês**’. (grifo meu)*

Em assim sendo, a empresa recorrente perde o benefício a que fazia jus em cada mês apurado. Consequentemente, com a aplicação da regra prevista no dispositivo legal supra transcrito, o valor que deverá ser recolhido no mês de dezembro de 2003, permanece no valor lançado de R\$14.153,75, devendo contudo ser homologado o valor já recolhido. (grifo meu).

Quanto ao pedido de que fosse desconstituída a multa prevista no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96, em face da boa-fé, bem como fosse observado pelo Fisco o incentivo estatuído pelo DESENVOLVE que faz jus, entendo no que tange a multa que a mesma decorre de descumprimento de obrigação principal, e esta e. 2ª C/JF não tem competência para apreciar tal pedido, cabendo requerer tal pleito à Câmara Superior deste CONSEF, consoante o art. 159 do RPAF/99, caso assim deseje.

Por tudo do quanto exposto, voto pelo Provimento Parcial do Recurso Voluntário, modificando a Decisão recorrida nos termos acima expostos.

Vale destacar que, na situação destes autos, o próprio autuado lançou o valor do ICMS não incentivado e sujeito ao benefício fiscal e, em desobediência à Resolução do Desenvolve, deixou de recolher a parcela do imposto não dilatado, restando demonstrado que a Fiscalização está apenas exercendo a sua competência legal de verificar o cumprimento da Resolução oriunda do Conselho Deliberativo do Desenvolve.

No mérito, verifico que o recorrente impugnou o lançamento tributário de forma genérica, limitando-se a negar o cometimento das infrações sem trazer aos autos nenhuma prova de suas alegações. Nesse caso, deve ser aplicada a regra do artigo 143 do RPAF/BA: “*A simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal*”.

Todavia, com relação à multa aplicada na quarta imputação, considero que deve ser retificada, de ofício, para 50%, tendo em vista que o imposto foi lançado mensalmente pelo contribuinte na DMA – Apuração e Informações Complementares e nos livros fiscais (documentos anexados às fls. 43 a 66 e 81 a 436), de acordo com o previsto no artigo 42, inciso I, da Lei nº 7.014/96 abaixo transcrito:

1. redação vigente até 30/03/10:

Art. 42

I - 50% (cinquenta por cento) do valor do imposto, na falta do seu recolhimento nos prazos regulamentares:

a) quando as respectivas operações ou prestações estiverem escrituradas regularmente nos livros fiscais próprios;

2. redação vigente a partir de 30/03/10:

Art. 42

I - 50% (cinquenta por cento) do valor do imposto, na falta do seu recolhimento nos prazos regulamentares se o valor do imposto apurado tiver sido informado em declaração eletrônica estabelecida na legislação tributária;

Ante o exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, adequando, de ofício, a multa da infração 4 para o percentual de 50%, consoante estabelece o artigo 42, inciso I, da Lei nº 7.014/96.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **108580.0012/11-3**, lavrado contra **EURO INDÚSTRIA E COMÉRCIO ESQUADRIAS E ARTEFATOS LTDA. (EURO BRASIL TECH)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$2.398.059,19**, acrescido da multa de 60% sobre R\$438.570,08 e 50% sobre R\$1.959.489,11, previstas no art. 42, incisos I, VII, “a” e II, “f”, da Lei nº 7.014/96, além de multas por descumprimento de obrigações acessórias no total de **R\$2.710,00**, previstas nos incisos XIX e XV, “g”, do mesmo dispositivo legal mencionado, com os acréscimos moratórios de acordo com a Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de março de 2014.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - RELATORA

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO-SÉ – REPR. DA PGE/PROFIS