

**A. I. Nº** - 207090.0007/13-5  
**AUTUADO** - ITAZUL INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PRODUTOS DE LIMPEZA EIRELI  
**AUTUANTES** - EDMUNDO NEVES DA SILVA e MARIA CONSUELO PIRES BARROS  
**ORIGEM** - INFAZ INDÚSTRIA  
**INTERNET** - 13 05.2014

#### 5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

##### ACÓRDÃO JJF Nº 0077-05/14

**EMENTA:** ICMS. 1. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DE CRÉDITO FISCAL. **a)** CRÉDITO DO IMPOSTO RELATIVO À AQUISIÇÃO DE MERCADORIA DE EMPRESAS INSCRITAS COMO ME OU EPP. **b)** DOCUMENTO FISCAL SEM DESTAQUE DO IMPOSTO. **c)** AQUISIÇÕES DE MATERIAL DE USO E CONSUMO. Infrações 2, 4 e 5 não impugnadas. **d)** OPERAÇÕES SOB REGIME DE DIFERIMENTO. AQUISIÇÃO DE SUCATA DE PLÁSTICO. **e)** CRÉDITO POR REGISTRO DE VALORES SUPERIORES AOS DESTACADOS NOS DOCUMENTOS FISCAIS. **f)** USO ANTECIPADO DE CRÉDITO FISCAL ENTRADA DE MERCADORIA EM DATA POSTERIOR À UTILIZAÇÃO. Infrações 3, 7 e 9 reconhecidas. 2 DIFERIMENTO. RECEBIMENTOS DE REFEIÇÕES PARA ALIMENTAÇÃO DE EMPREGADOS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO DIFERIDO. Infração 1 não impugnada. 3 DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS DESTINADAS A CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. Infração 6 reconhecida. 4 ALÍQUOTA. VENDAS COM 7% DESTINADAS A CONTRIBUINTE NORMAL. ERRO NA DETERMINAÇÃO DA ALÍQUOTA. Infração 8 não impugnada. 5 .SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. VENDAS PARA CONTRIBUINTES LOCALIZADOS NESTE ESTADO. RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. Infração 10 não impugnada. 5. 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. Infração 11 mantida. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

No auto de infração lavrado em 10/09/2013, foi efetuado lançamento de imposto no valor total de R\$148.877,77 em razão das seguintes infrações à legislação do ICMS:

1 – Deixou de recolher ICMS diferido nas entradas de refeições destinadas a consumo dos seus funcionários, sendo lançado o valor total de R\$3.888,73 , acrescido de multa de 60%.

2 - Utilizou indevidamente crédito fiscal presumido, na aquisição de mercadorias de empresas inscritas no CICMS como ME ou EPP e também por não possuir imposto destacado, sendo lançado o valor de R\$46.665,93 acrescido da multa de 60%.

3 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias junto a microempresa, empresa de pequeno porte ou ambulante cujas notas fiscais não possuem ICMS destacado e os produtos foram invariavelmente sucata de plástico/polímeros fora das especificações, definidos como sucata e cujo imposto é diferido, não dando direito ao crédito, nos termos do art. 509, III do RICMS/BA 97, sendo lançado o valor de R\$760,94 acrescido da multa de 60%.

4 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a imposto não destacado em documento fiscal, sendo lançado o valor de R\$2.188,48, acrescido da multa de 60%.

5 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, no valor total de R\$1.170,42, acrescido da multa de 60%.

6 – Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença de alíquotas internas e interestaduais nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, sendo lançado o valor de R\$145,27, acrescido da multa de 60%.

7 – Utilizou indevidamente crédito fiscal em valor superior ao destacado nos documentos fiscais, sendo lançado o valor de R\$391,59, acrescido da multa de 60%.

8 – Recolheu a menos o ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, devido a vendas de mercadorias com alíquota de 7% para destinatários inscritos na condição normal, sendo lançado o imposto no valor de R\$857,58 acrescido da multa de 60%.

9 – Utilizou antecipadamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadoria cuja entrada no estabelecimento ocorreu em data posterior à da utilização do crédito fiscal, sendo lançado R\$7,26 acrescido da multa de 60%.

10 – Reteve e recolheu a menos o ICMS na qualidade de sujeito passivo por substituição relativo a operações internas subsequentes a contribuintes deste Estado, sendo lançado o valor de R\$13.792,26, acrescido da multa de 60%.

11 – Recolheu a menos o imposto em razão da falta de recolhimento na data regulamentar de parcela não sujeita a dilação de prazo, perdendo direito ao benefício do DESENVOLVE, sendo lançado R\$79.009,87, acrescido da multa de 60%.

A impugnante apresenta defesa à fls. 822/835 e inicialmente diz que entende por devidas as infrações 3,6, 7 e 9, acima especificadas, quitando-as conforme DARF que segue em anexo, e se utiliza, em relação às demais, da presente peça para, no exercício do direito constitucional à ampla defesa, impugná-las.

Aduz que o auto de infração ora impugnado deve ser declarado nulo reconhecendo a procedência da presente defesa, seja porque imputa como infração nula – o item 11, incorrendo no art. 18, I, do RPAF/99, ao desconsiderar que a Autuada ainda goza do benefício fiscal do Programa DESENVOLVE – seja porque erra na tipificação das multas, violando a legalidade, a razoabilidade e a verdade real e é o que será demonstrado a seguir.

Alega que infração 11 lançou ICMS decorrente da falta de pagamento, no prazo regulamentar, da parcela não sujeita à dilação de prazo, o que, para o fisco, ensejaria a perda do benefício e a imediata cobrança integral (100%) do ICMS.

Justifica que, à época dos fatos geradores desta autuação, a empresa fazia jus ao benefício fiscal do Programa Desenvolve (Doc. 2) que lhe permitia pagar 20% do tributo à vista, e 80% parcelado, não tendo a Secretaria da Fazenda competência para decretar a perda do referido benefício e de logo cobrar 100% do ICMS, pois a competência para decretar a perda do benefício do

DESENVOLVE é exclusiva do Conselho Deliberativo do Programa, conforme prevê artigos 18 e 19 do Decreto nº 8.205/2002.

Que ao considerar perdido o benefício do Desenvolve, cobrando, de logo, 100% do ICMS devido ao invés de simplesmente cobrar os 20% que supostamente não teriam sido pagos a tempo, o auditor acabou extrapolando sua competência, violando o Princípio da Legalidade aplicado à Administração Pública - que só lhe permite fazer aquilo que previsto em lei. Que o máximo que esta Secretaria poderia fazer era denunciar a suposta irregularidade ao Conselho Deliberativo do Programa Desenvolve e, somente após decretada a perda do benefício pelo Conselho competente, poderia apurar e lançar o tributo em regime normal de tributação, havendo inclusive julgados administrativos nesse sentido, a exemplo do ACÓRDÃO CJF Nº 0351-12/08.

Cita a instrução normativa IN 047/2011, que delimitou de maneira clara a competência dos prepostos fiscais da SEFAZ/BA quando atuando perante contribuintes habilitados no Programa DESENVOLVE, não deixando margem para dúvidas sobre o assunto. Por isso, ao pressupor a perda do benefício pela Autuada e proceder à cobrança integral e imediata do ICMS sobre o regime normal de tributação, a fiscalização extrapolou sua competência funcional, incorrendo na hipótese regulamentar de nulidade da autuação, vez que praticado por servidor incompetente. Por tal motivo, pede e espera seja declarada nula a autuação, ou, sucessivamente, declare nula ao menos a infração 11.

Todavia, na eventualidade desta Secretaria não acatar tal nulidade, partindo à análise do mérito da referida infração, pede a exclusão de tal infração do auto pela improcedência material da mesma. O fisco imputa à empresa o pagamento a menor do ICMS pela falta de pagamento de parcela não sujeita a dilação de prazo e por pressupor perdido o benefício em relação à parcela incentivada do Programa Desenvolve, procede à cobrança do ICMS sob o regime normal de tributação, isto é, 100% do ICMS.

Aduz que gozava do benefício fiscal de dilação do prazo de pagamento de 80% do seu saldo devedor mensal de ICMS, até o limite de 72 meses, apura o valor devido do imposto e recolhe (à vista) apenas 20% do débito, parcelando o saldo remanescente (80%) em até 6 (seis) anos; cabia ao fisco apenas cobrar da mesma o valor da parcela não paga à vista (20%), mantendo-se íntegro o benefício do DESENVOLVE em relação aos 80% restantes.

Por tal motivo, se ultrapassada a preliminar de nulidade argüida anteriormente, ainda assim deve ser declarada improcedente a infração 11, pois excessiva tal infração, uma vez que cobra da empresa 100% do tributo quando o máximo que poderia cobrar era a parcela supostamente inadimplida que corresponde a apenas 20% do ICMS; ou, sucessivamente, reduzido o valor da infração, cobrando apenas os 20% supostamente inadimplidos.

Aduz que o presente auto também se demonstra nulo por errar na imputação das multas aplicadas às infrações, violando a legalidade, a razoabilidade e a verdade real. Que não se pode aceitar que o fisco aplique a mesma multa para infrações distintas, mas foi isso que aconteceu nesta autuação. Em decorrência, a multa aplicada a determinadas infrações acabou não condizendo com a tipificação legal respectiva.

Para ilustrar o erro incorrido na imputação das multas deste auto, citaremos por amostragem as infrações 6, 9 e 11. A todas elas foi aplicada a multa de 60% prevista no art. 42, II, f, da Lei 7.014/96.

Ocorre que, enquanto a infração 6 imputa omissão de ICMS decorrente de diferença de alíquota interna e interestadual, a infração 9 imputa uso antecipado de crédito fiscal e a infração 11 o recolhimento a menor de ICMS decorrente de pagamento fora do prazo regulamentar de parcela não sujeita a dilação de prazo. O fisco aplicou a mesma multa para infrações totalmente distintas, desconsiderando a descrição fática de cada infração e, violando, assim, a verdade material do caso em tela. Diante das infrações impostas à empresa e da legislação aplicável ao caso, as multas aplicáveis às infrações acima seriam as seguintes:

- a) À infração 06 (omissão de recolhimento decorrente de diferencial de alíquota), a multa de 50% do art. 42, I, b, 2, da Lei;

Art. 42 - Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

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

b) tratando-se de pessoas dispensadas da escrituração regular de livros fiscais, exceto nos casos de infrações constatadas no trânsito de mercadorias, relativamente ao pagamento:

2 - da diferença de alíquotas, por parte das microempresas comerciais varejistas, microempresas ambulantes e demais pessoas dispensadas de escrituração do Registro de Entradas e do Registro de Apuração do ICMS;

- b) À infração 09 (uso antecipado de crédito fiscal), a multa de 40% do art. 42, VI, da Lei:

VI - 40% (quarenta por cento) do valor do crédito fiscal utilizado antecipadamente;

- c) À infração 11 (o recolhimento a menor de ICMS decorrente de pagamento fora do prazo regulamentar de parcela não sujeita a dilação de prazo) a multa de 50% do art. 42, I, da Lei:

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

b) tratando-se de pessoas dispensadas da escrituração regular de livros fiscais, exceto nos casos de infrações constatadas no trânsito de mercadorias, relativamente ao pagamento:

1 - do imposto devido por microempresas comerciais varejistas e microempresas ambulantes, nas entradas de mercadorias sujeitas a antecipação ou substituição tributária, quando procedentes de fora do Estado;

2- da diferença de alíquotas, por parte das microempresas comerciais varejistas, microempresas ambulantes e demais pessoas dispensadas de escrituração do Registro de Entradas e do Registro de Apuração do ICMS;

Se assim tivesse feito o fisco, teria observado a legalidade. Todavia, como ele aplicou multa diversa da correta, acabou maculando o auto de infração por ilegalidade, devendo este ser declarado nulo, nos termos do art. 18, IV, e art. 20 do RPAF/99.

Que o mesmo equívoco aconteceu com relação às infrações 4, 5, 7 e 8, pois a todas elas foi aplicada a multa de 60% do art. 42, VII, a, da Lei 7.014/96, quando, na verdade, o correto seria aplicar a multa de 10% do art. 42, IX, da Lei às infrações 4, 5 e 7, haja vista imputarem uso indevido de crédito fiscal não destacado no documento fiscal:

*VII - 60% (sessenta por cento) do valor do crédito fiscal:*

*a) quando da utilização indevida de crédito fiscal, sem prejuízo da exigência do estorno;*

*IX - 10% (dez por cento) do valor comercial do bem, mercadoria ou serviço sujeitos a tributação que tenham entrado no estabelecimento ou que por ele tenham sido utilizados sem o devido registro na escrita fiscal;*

Demonstrados os erros contidos no auto no que se refere às multas, a Autuada pede e espera que o auto seja declarado nulo, nos termos do art. 18, IV, a c/c art. 20 do RPAF/99 e Súmula 473 do STF.

De forma sucessiva, se mantida a autuação, pede e espera ver dispensadas ou, ao menos, reduzidas as multas, adequando-as à lei, possibilidade inclusive prevista nos §7º e 8º do art. 42 da

Lei 7.014/96 sob pena da manutenção nos termos do auto violar a Legalidade, da Razoabilidade e a Verdade material, o que se repudia. Da mesma forma, resta previsto no RPAF/99 a possibilidade de dispensa das multas por equidade. Como a empresa autuada nunca agiu com dolo, fraude, simulação ou má fé, deve ver aplicada ao seu caso a dispensa das multas ou, ao menos, sua redução. É o que se espera.

Por mera cautela, caso esta Secretaria afaste a nulidade *do auto*, a empresa aproveita a oportunidade para requerer:

- a) *A exclusão total da infração 11 por nulidade ou, sucessivamente, a redução da mesma em 80% para cobrança exclusiva da parcela supostamente inadimplida que corresponde a 20% do tributo devido.*
- b) *O cancelamento de todas as multas aplicadas ou, sucessivamente, a redução das mesmas ao patamar legal, adequando-as à realidade material do caso em tela.*

Os autuantes apresentam informação fiscal às fls. 858/874, onde comentam inicialmente que o impugnante acatou as infrações 3, 6 e 7 e que embora o contribuinte tenha optado por uma defesa genérica das infrações autuadas, seguirá nesta informação fiscal, a sequencia dos lançamentos. Discordam na nulidade invocada pelo contribuinte, pois alegam que não se vislumbra, da análise detalhada a seguir, que os atos fiscalizatórios tenham sido praticados por servidores incompetentes assim como rejeita de pronto as nulidades apontadas pelos incisos I e II do referido artigo 18 do RPAF.

Que em nenhum momento da defesa o contribuinte insubordina-se contra as infrações apontadas no AI, dizendo não tê-las praticado, ou que as praticou em outra modalidade, ou ainda que a descrição dos fatos não correspondem à tipificação legal; que as infrações estão devidamente especificadas e qualificadas, acompanhadas de todas as provas, e o infrator, em pleno exercício do direito de defesa.

Aduzem que a contestação, ainda que genericamente apresentada, resume-se à pretensa inadequação das multas aos tipos legais apontados e, conforme o artigo 18 do RPAF, isso não é motivo de decretação de nulidade, ainda mais se considerarmos que a multa decorre da tipificação legal, a que nós, prepostos fiscais, no exercício de atividade vinculada, não podemos “escolher”. Que tal vinculação impede, também, de discutir legalidade ou razoabilidade da Legislação Estadual a que devemos dar cumprimento, impedimento este que também atinge este Colendo Conselho, nos termos do art. 167, III do RPAF e conclui-se, desta forma, que não há preliminar de nulidade a ser examinada neste Auto.

#### Infração 1

O Contribuinte adquiriu refeições destinadas a consumo por parte de seus funcionários, da empresa Vilma Neri Cotrim Medrado ME, inscrita no Cadastro Estadual sob o n. 58.911.457 e no Simples Nacional desde 01/07/2007 e que não há uma inconformidade expressa do contribuinte à infração 1, examinada. Apenas, genericamente alega, na folha 830, que há erro na tipificação das multas. Ele não nega a infração detectada, acatando-a tacitamente. Esclarece que, de acordo com os dados cadastrais do contribuinte, constantes do Sistema da SEFAZ, o mesmo possuía condição de contribuinte Normal, até 13/12/2012, quando optou tornar-se Empresa de Pequeno Porte. Portanto inapropriados quaisquer enquadramentos de multa, pretendidos pelo contribuinte, para que fosse tratado como Empresa de Pequeno Porte, para fatos geradores do imposto anteriores à sua opção. Pede pela procedência da infração 1.

#### Infração 2

O Contribuinte adquiriu mercadorias de empresas, do Estado da Bahia, inscritas no Cadastro Estadual como ME ou PP, e inscritas no Simples Nacional e utilizou-se do crédito fiscal. Além disso, as NF não possuem ICMS destacado, infringindo também o art. 93, Parágrafo 4 do Dec. 6284/97. Ainda em anexo, xerox dos LREntradas, Saídas e Apuração do ICMS, referentes a 2009 e

2010, da autuada. Não há uma inconformidade expressa do contribuinte à infração 02, examinada. Apenas, genericamente alega, na folha 830, que há erro na tipificação das multas. Ele não nega a infração detectada, acatando-a tacitamente. Pede pela procedência.

#### Infração 3

Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de mercadorias junto à microempresa, empresa de pequeno porte ou ambulante. Além de ter adquirido mercadorias de empresas do Estado, constantes do Cadastro Estadual como ME ou PP e Inscritas no Simples Nacional, aproveitou-se de crédito fiscal não destacado em NF (infringindo o art. 93, Parágrafo 4 do RICMS), e cujo produto, invariavelmente, foi sucata de plástico / polímeros plásticos fora das especificações - o que é definido nos termos do Art. 509, caput, Inciso III, Parágrafo 1, II, do Dec. 6284 / 97 como SUCATA, e cujo lançamento do imposto é DIFERIDO (não dando direito a crédito pela sua aquisição Estadual). O impugnante não nega a infração detectada, acatando-a tacitamente. Pede pela procedência da infração.

#### Infração 4

Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a imposto não destacado em documento fiscal. Não há uma inconformidade expressa do contribuinte à infração 4, examinada. Apenas, genericamente alega, na folha 832, que há erro na tipificação das multas. Ele não nega a infração detectada, acatando-a tacitamente. De maneira equivocada, pretende a aplicação da multa de 10%, do art. 42, IX da Lei 7014/96, multa aplicável a bem, mercadoria ou serviço que tenham entrado no estabelecimento ou que por eles tenham sido utilizados sem o devido registro na escrita fiscal. Pede pela procedência da infração.

#### Infração 5

Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de material de uso e consumo do estabelecimento. Não há uma inconformidade expressa do contribuinte à infração 5, examinada. Apenas, genericamente alega, na folha 832, que há erro na tipificação das multas. Ele não nega a infração detectada, acatando-a tacitamente. De maneira equivocada, pretende a aplicação da multa de 10%, do art. 42, IX da Lei 7014/96, multa aplicável a bem, mercadoria ou serviço que tenham entrado no estabelecimento ou que por eles tenham sido utilizados sem o devido registro na escrita fiscal. O que claramente não foi o motivo da autuação. Ante a não apresentação de fato novo ou fundamento de direito, impeditivo, modificativo ou extintivo da infração 5, autuada, esta fica mantida em todos os seus termos e valores.

#### Infração 6

Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento. Não há uma inconformidade expressa do contribuinte à infração 06, examinada. Apenas, genericamente alega, na folha 831, que há erro na tipificação das multas. Ele não nega a infração detectada, acatando-a tacitamente. Esclarecemos que, de acordo com os dados cadastrais do contribuinte, constantes do Sistema da SEFAZ, o mesmo possuía condição de contribuinte Normal, até 13/12/2012, quando optou tornar-se Empresa de Pequeno Porte. Portanto inapropriados quaisquer enquadramentos de multa, pretendidos pelo contribuinte, para que fosse tratado como Empresa de Pequeno Porte, para fatos geradores do imposto anteriores à sua opção.

Pretende beneficiar-se da multa de 50%, como se à época dos fatos geradores do imposto (março / 2009 e abril / 2010) fosse empresa de pequeno porte ou pessoa dispensada da escrituração do LRE e LRAICMS, o que não corresponde à verdade material. Ante a não apresentação de fato novo ou fundamento de direito, impeditivo, modificativo ou extintivo da infração 06, autuada, esta fica mantida em todos os seus termos e valores.

#### Infração 7

Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado nos documentos fiscais. Ainda em anexo, xerox das Notas Fiscais, no Levantamento relacionadas (veja folhas 327 a 350), dos LRE onde as referidas NF foram lançadas e do LRAICMS referentes aos exercícios fiscalizados. Não há uma inconformidade expressa do contribuinte à infração 7, examinada. Apenas, genericamente alega, na folha 832, que há erro na tipificação das multas. Ele não nega a infração detectada, acatando-a tacitamente.

De maneira equivocada, pretende a aplicação da multa de 10%, do art. 42, IX da Lei 7014/96, multa aplicável a bem, mercadoria ou serviço que tenham entrado no estabelecimento ou que por eles tenham sido utilizados sem o devido registro na escrita fiscal. O que claramente não foi o motivo da autuação. O contribuinte lançou Notas Fiscais de compra de mercadorias, em seu Livro Registro de Entradas, atribuindo-se crédito em valores superiores aos destacados nos documentos fiscais. Ante a não apresentação de fato novo ou fundamento de direito, impeditivo, modificativo ou extintivo da infração 7, autuada, esta fica mantida em todos os seus termos e valores.

#### Infração 8

Recolheu a menor ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Contribuinte, ao efetuar vendas de mercadorias dentro do Estado, destinadas a outros contribuintes do ICMS, utilizou-se indevidamente da alíquota de 7%, prevista no art. 51, I, c do Dec. 6284 / 97. Constatou-se que os destinatários, na época da realização das operações, encontravam-se inscritos no Cadastro Estadual na condição de Normal (não tendo direito portanto àquela alíquota diferenciada ). Não há uma inconformidade expressa do contribuinte à infração 08, examinada. Apenas, genericamente alega, na folha 832, que há erro na tipificação das multas. Ele não nega a infração detectada, acatando-a tacitamente

De maneira equivocada, pretende a aplicação da multa de 10%, do art. 42, IX da Lei 7014/96, multa aplicável a bem, mercadoria ou serviço que tenham entrado no estabelecimento ou que por eles tenham sido utilizados sem o devido registro na escrita fiscal. O que claramente não foi o motivo da autuação. A autuada recolheu a menor ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias, Notas Fiscais regularmente escrituradas. Ante a não apresentação de fato novo ou fundamento de direito, impeditivo, modificativo ou extintivo da infração 8, autuada, esta fica mantida em todos os seus termos e valores.

#### Infração 9

Utilizou antecipadamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadoria / serviço, cuja entrada no estabelecimento ocorreu em data posterior à da utilização do crédito fiscal – com repercussão na Obrigação Tributária Principal. Não há uma inconformidade expressa do contribuinte à infração 09, examinada. Apenas, genericamente alega, na folha 831, que há erro na tipificação das multas. Ele não nega a infração detectada, acatando-a tacitamente. O contribuinte pretende se beneficiar da multa de 40% prevista no art. 42, VI, da Lei 7014/96, artigo este que está revogado desde 28/11/2007 (data anterior ao fato gerador do imposto – janeiro / 2009, e portanto inaplicável para a espécie). Ante a não apresentação de fato novo ou fundamento de direito, impeditivo, modificativo ou extintivo da infração 9, autuada, esta fica mantida em todos os seus termos e valores.

#### Infração 10

Reteve e recolheu a menor ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado. Contribuinte que fabrica produtos de limpeza (Alvejantes, Água Sanitária - NCM 28289011, Desinfetante - NCM 38089419 e Detergentes Líquidos - NCM 34022000) utilizou-se de MVA divergentes, durante àquele exercício, portanto retendo e recolhendo ICMS a menor que o devido. Não há uma inconformidade expressa do contribuinte à infração 10, examinada. Apenas, genericamente alega, na folha 830, que há erro na tipificação das multas. Ele não nega a infração

detectada. Ao contrário, (veja folha 404 deste processo), reconhece-a expressamente. Ante a não apresentação de fato novo ou fundamento de direito, impeditivo, modificativo ou extintivo da infração 10, autuada, esta fica mantida em todos os seus termos e valores.

#### Infração 11

Recolheu a menos o 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 de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – Desenvolve. Que o contribuinte usufrui do Benefício Fiscal do Desenvolve ( Lei 7.980/01, Dec. 8.205/02 e 8.435/03 Parecer Getri n. 8.873/10 ) desde julho / 2005, através da Resolução n.153/2005, para a produção de água sanitária, desinfetante, detergente, amaciante, alvejante e álcool.

Que pelo Decreto n. 8205/02, art. 18, a empresa habilitada ao Desenvolve, 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. Assim procedeu o contribuinte em relação aos fatos geradores dos meses de janeiro a março / 2009 e maio a julho / 2009.

Aduzem que foi refeita a apuração do ICMS, conforme estabelece a Instrução Normativa 27/09, apurando-se o ICMS devido nas Operações Próprias - incentivadas, uma vez verificada a falta de recolhimento, na data regulamentar da parcela não sujeita à dilação de prazo (fato posteriormente confirmado, em 04/06/2009, pela(s) lavratura(s) da Denúncia(s) Espontânea(s) n. 6000000957090 ) e Declarações de Débito ( art. 333 do Dec. 6284 / 97 ) n. 8500001732094 de 18/08/2009 e n. 8500004786110 de 30/12/2011, foi calculado o ICMS devido, conforme determina o art. 18 do Dec. 8205 / 02. Infringiu ainda os art. 11, 116, 124, I, 333 do Dec. 6284 / 97.

Que parte integrante deste Auto e entregues em cópia ao contribuinte Levantamento Fiscal - Apuração do ICMS - DESENVOLVE, elaborado conforme determina a Instrução Normativa 27/2009; segue Demonstrativo do Débito da(s) Denúncia(s) Espontânea(s) e das Declarações de Débito relacionado(s) ao Desenvolve, além de extrato da arrecadação, 2009, 2010 e 2011 e cópia do Livro Registro de Entradas, Saídas e Apuração do ICMS referente a 2009.

Acrescentam que foi anexado cópia do Acórdão JJF n. 0336-05/11 da 5a. Junta de Julgamento Fiscal e o contribuinte defende-se da infração 11 entre as folhas 825 a 830 e 835. Em nenhum momento a autuada nega o cometimento da infração que lhe foi imputada, qual seja o recolhimento a menor do ICMS devido, o que resulta em aceitação tácita da infração. Também não nega a lavratura da Denúncia Espontânea n. 6000000957090, de 04/06/09 (veja folha 420 deste processo), nem as Declarações de Débito n. 8500001732094, de 18/08/2009 – folha 422 deste Auto e 8500004786110, de 30/12/2011 - folha 421 deste Auto, referentes a fatos geradores ocorridos no exercício de 2009 – fiscalizado juntamente com o exercício de 2010.

Que tais procedimentos, de forma inequívoca, comprovam que o imposto devido não foi recolhido, conforme pactuado, na sua totalidade, dentro do prazo legal – dia 9, subsequente ao fato gerador do imposto. Verifica-se, assim, que o compromisso assumido para a fruição do Benefício Fiscal – Desenvolve – não foi adimplido, nos seus termos. Informam que o art. 11 do Dec. 6284/97, também citado na autuação, condiciona a fruição ou o reconhecimento do benefício fiscal dependendo de condição, e não sendo esta satisfeita, o tributo será considerado devido no momento em que houver ocorrido a operação ou prestação sob condição.

Justificam que no auto examinado, o art. 116, Parágrafo 1, II, afirma que se o montante dos débitos do período superar o dos créditos, a diferença será liquidada dentro do prazo fixado na Legislação. Tal prazo consta do art. 124, I, todos os dispositivos citados do Dec. 6284/97 – RICMS, e corresponde, no caso concreto examinado, a recolhimento feito até o dia 9 do mês subsequente ao da ocorrência dos fatos geradores. Está confessado pelo contribuinte que assim não foi feito ( veja folhas 420, 421 e 422).



Quanto à referência à Jurisprudência que junta, da 2ª. Câmara de Julgamento Fiscal Acórdão CJF n. 0351-12/08 – veja folha 826 e 827, aduz que as Câmaras do CONSEF podem divergir no Julgamento das Lides que examinam, entre si (as diversas Câmaras), ao apreciar infrações com a mesma tipificação legal, ou, dentro ainda da mesma Câmara, ao longo do tempo, amadurecendo decisões anteriormente tomadas. A título exemplificativo, transcreve Acórdão, referente a Julgamento ocorrido em 2013 (ano posterior a 2008, conforme a decisão mencionada pela autuada).

3ª. CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO CJF Nº 0092-13/13

EMENTA: ICMS. 1. BENEFÍCIOS FISCAIS. DESENVOLVE. SUSPENSÃO DO BENEFÍCIO. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. Recolhimento de ICMS efetuado a menos em virtude da falta de pagamento, na data regulamentar, das parcelas não sujeitas à dilação de prazo, acarretando a perda do direito às regras em relação às parcelas incentivadas pelo Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia (DESENVOLVE). Falta de atendimento de requisito legal para fruição do benefício. Infração caracterizada.

Alegam que o artigo 19, parágrafos 1 e 2 do Dec. 8205/02, complementam o art. 18 caput ( menos oneroso para o contribuinte), supra citado, quando informam que o cancelamento da autorização para uso dos incentivos do Programa, nos termos deste art. 19, implicará no VENCIMENTO INTEGRAL E IMEDIATO DE TODAS AS PARCELAS VENCENDAS DO IMPOSTO INCENTIVADO PELO PROGRAMA, COM OS ACRÉSCIMOS LEGAIS , e que o cancelamento a que se reporta este art. 19, dar-se-á por Resolução do Conselho Deliberativo com fundamento em parecer da Secretaria Executiva. Dá para perceber, sem muito esforço, que os artigos 18 e o 19, tratam de diferentes situações fáticas.

Ao final, dizem que verifica-se, após criterioso exame das razões do contribuinte, que seu pedido de nulidade da infração 11 não pode prosperar, em virtude de todos os contra argumentos acima apresentados, nem é possível “a redução da infração 11 em 80% para a cobrança da parcela comprovadamente inadimplida”, por total e absoluta falta de previsão legal para fazê-lo. Ante a falta de apresentação de elemento impeditivo, modificativo ou extintivo da infração 11, examinada, esta fica mantida em todos os seus termos e valores. Pede pela procedência do auto de infração.

**VOTO**

O impugnante argumenta em preliminar de nulidade, que o auto de infração deve ser cancelado por conta de erros contidos na aplicação das multas, e pelo fato de que considera nula a infração 11, sob o argumento de que a fiscalização extrapolou sua competência funcional, incorrendo na hipótese regulamentar de nulidade da autuação, vez que praticado por servidores incompetentes e pede que o auto seja declarado nulo, nos termos do art. 18, IV, a c/c art. 20 do RPAF/99.

Tanto a questão suscitada sobre o erro quanto às multas, como até mesmo a eventual comprovação de nulidade da infração 11, não implicam a nulidade total do auto, visto que nos termos do §1º do art. 18 do RPAF, as eventuais incorreções ou omissões e a não-observância de exigências meramente formais contidas na legislação não acarretam a nulidade do auto de infração, podendo ser corrigidas, inclusive no julgamento.

Assim, ao apreciar os erros acusados quanto à aplicação das multas, estas poderão ser de pronto corrigidas assim como a infração 11 poderá vir a ser anulada, não comprometendo as demais infrações lançadas, sendo que, inclusive, algumas foram reconhecidas pelo sujeito passivo. Quanto à alegada incompetência dos autuantes, entendo que o impugnante quis se referir à

incompetência deles para exclusão do contribuinte do programa desenvolve, e não para lavratura do auto de infração, já que trata-se de servidor investido no cargo e devidamente habilitado para efetuar o lançamento tributário. Pelo exposto, rejeito o pedido preliminar de nulidade sobre o total do auto de infração e passo ao julgamento das infrações.

Uma vez reconhecida a procedência das infrações 3,6, 7 e 9, resta à lide, as infrações 1,2,4,5,8, 10 e 11. Quanto às infrações questionadas, excetuando-se a infração 11, as demais foram defendidas apenas quanto à possível nulidade decorrente da aplicação das multas, não sendo sequer negado o cometimento da infração, conforme acentuou a impugnante em sua informação fiscal. Ao final da impugnação, o pedido de apreciação da defesa é restrito a dois itens:

- a) *A exclusão total da infração 11 por nulidade ou, sucessivamente, a redução da mesma em 80% para cobrança exclusiva da parcela supostamente inadimplida que corresponde a 20% do tributo devido.*
- b) *O cancelamento de todas as multas aplicadas ou, sucessivamente, a redução das mesmas ao patamar legal, adequando-as à realidade material do caso em tela.*

Assim sendo, passarei de imediato ao julgamento da infração 11, a única defendida quanto às razões de Direito do lançamento, e em seguida abordarei as demais, cuja temática defensiva concentra-se na formalização e enquadramento das multas aplicadas.

Nesta infração, o impugnante não nega o fato de que atrasou o pagamento da parcela não incentivada do benefício fiscal, nem apresenta qualquer erro material no cálculo do imposto apurado, mas tão somente faz uma defesa de Direito, e pede a nulidade por conta de eventual incompetência dos autuantes, considerando “excessivo” o lançamento, e clama pela improcedência uma vez que em suas palavras, o lançamento “*cobra da empresa 100% do tributo, quando o máximo que poderia cobrar era a parcela supostamente inadimplida que corresponde a apenas 20% do ICMS*”. Pede ainda, sucessivamente, que seja pelo menos reduzido o valor da infração, cobrando apenas os 20% supostamente inadimplidos.

Primeiro, faz-se necessário dissecar o argumento da nulidade pela incompetência dos autuantes em “excluir” o impugnante do programa DESENVOLVE. A defesa apresenta em seu favor, decisão do ACÓRDÃO CJF Nº 0351-12/08, mas pelo que foi possível depreender deste acórdão, o autuante não apenas lançou o ICMS nos meses em que o autuado deixou de pagar as parcelas não incentivadas, como também nos meses em que foram pagas tempestivamente, excluindo-o de fato, do programa DESENVOLVE.

No caso presente, os autuantes não extrapolaram os limites da competência atribuída pela lei, pois não houve exclusão alguma. O impugnante continuará usufruindo dos benefícios deste Regime Especial enquanto o órgão competente, o Conselho Deliberativo do DESENVOLVE, não excluí-lo. O que os autuantes fizeram, foi aplicar o art. 18 do Dec. 8205/02 - “*a empresa habilitada ao Desenvolve, 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. Assim procedeu o contribuinte em relação aos fatos geradores dos meses de janeiro a março / 2009 e maio a julho / 2009*”.

Assim, continua a impugnante a usufruir dos benefícios do programa, a menos que seja excluído ou que volte a não cumprir o acordo quanto à obrigação de pagar tempestivamente a parcela não sujeita à dilação de prazo. Os autuantes lançaram o imposto sobre a parcela incentivada, abrangendo toda a apuração do ICMS, apenas nos meses em que a empresa não cumpriu o pagamento tempestivo da parcela não incentivada. Abaixo, apresento excerto de Julgamento de uma das câmaras deste Conselho em que a Relatora chama atenção pro fato de que o autuante, em caso idêntico a esta lide, não excluiu o impugnante do DESENVOLVE, mas tão somente procedeu aos ditames do Dec. 825/02, efetuando o lançamento de todo o imposto, inclusive a parcela incentivada, de forma localizada, nos meses em que não cumpriu-se tempestivamente a obrigação de pagar o parcela não incentivada:

ACÓRDÃO CJF Nº 0404-13/13

*O fato de o Fisco ter procedido à apuração do imposto nos moldes do regime normal de apuração, considerando a perda do direito à dilação do prazo de pagamento para as operações que estão excluídas da forma de apuração resultante de fruição de benefício fiscal, tal como detalhadamente exposto na Decisão a quo, decorre de disposição normativa no próprio Decreto que disciplina a concessão do benefício, ou seja, no caput do artigo 18 do Decreto 8205/02 (Aprova o Regulamento do Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia - DESENVOLVE e constitui o seu Conselho Deliberativo), o que claramente não significa que o contribuinte foi excluído do rol dos que fazem jus ao benefício concedido. A cobrança diz respeito à perda de fruição do benefício de forma localizada, quanto a algumas das operações que o sujeito passivo praticou, posto que o fez de forma contrária à mencionada legislação. Portanto, não houve ato de exclusão praticado por servidor incompetente, já que não houve ato de exclusão.*

A este respeito, é irrepreensível, a argumentação do Relator Conselheiro Álvaro Barreto Vieira no ACÓRDÃO CJF Nº 0092-13/13, com excerto, abaixo transcrito, e que por acaso, foi o mesmo Relator do ACÓRDÃO CJF Nº 0351-12/08 que a defesa apresenta em seu favor, por conta da incompetência do autuante para exclusão do impugnante da fruição do DESENVOLVE.

Em relação à Infração<sup>1</sup>, o exame do Anexo 01 (fls. 7 e 8) comprova o recolhimento fora do prazo regulamentar do ICMS atinente à parcela não incentivada nos meses de fevereiro a setembro de 2005. Esse pagamento intempestivo está comprovado pelo extrato de fl. 8, no qual estão relacionados os recolhimentos efetuados pelo recorrente durante todo o exercício de 2005. Conforme o disposto no *caput* do artigo 18 do Decreto nº 8.205/02, nos meses em que deixar de recolher no prazo regulamentar o ICMS não sujeito à dilação de prazo, o contribuinte perdeu o direito ao benefício do DESENVOLVE relativamente à parcela incentivada. Uma vez que restou comprovada a falta de pagamento, na data regulamentar, de parcelas não sujeitas à dilação de prazo, o recorrente, naqueles meses, perde o direito do benefício quanto às parcelas incentivadas pelo Programa DESENVOLVE.

Pelo exposto, rejeito o pedido do impugnante quanto à nulidade, e acolho integralmente o valor lançado, inclusive a parte incentivada da parcela do ICMS, rejeitando o pedido de que o lançamento se restrinja à parcela não diferida do imposto, assim como rejeito o argumento de que o lançamento é “excessivo”, já que está fundamentado no art. 18 do Dec. 825/02. 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 prazo fora do prazo, não é preenchido aquele requisito. Infração 11 procedente.

As demais infrações defendidas, 1, 2, 4,5,6, 8 e 10, tiveram apenas questionamento acerca da multa aplicada e por conta disto, o impugnante pede a nulidade destas infrações, sem que tenha apresentado nenhum argumento quanto à obrigação principal, seja de caráter formal, seja material. Nos termos do art. 140 do RPAF, 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. Assim julgo procedentes quanto ao descumprimento da obrigação principal, e passo à análise das multas aplicadas, que segundo o impugnante estão equivocadas. Infrações 1,2,4,5,6,8 e 10 mantidas.

Quanto aos alegados erros na aplicação da multa, em sua peça impugnatória, cita alguns exemplos, entre elas, a multa da infração 9, que decorreu do uso antecipado de crédito fiscal de ICMS e foi aplicada a multa prevista no art. 42, II, f. Reclama o impugnante, que o correto seria a multa de 40% do art. 42, VI, da mesma Lei. No entanto os autuantes chamam a atenção de que este artigo está revogado desde 28/11/2007 (data anterior ao fato gerador do imposto – janeiro / 2009, e portanto inaplicável para a espécie). De fato, o inciso VI do *caput* do art. 42 foi revogado pela Lei nº 10.847, de 27/11/07, DOE de 28/11/07, a partir de 28/11/07. Incabível o pedido.

Da mesma forma, ocorre quanto às infrações 6 e 11 (omissão de recolhimento decorrente de diferencial de alíquota e recolhimento a menos do imposto em razão da falta de recolhimento na data regulamentar de parcela não sujeita a dilação de prazo, do benefício do DESENVOLVE), quando pede a multa de 50% do art. 42, I, b, 2, da Lei 7.014/96, mas que é destinada à empresa de pequeno porte ou pessoa dispensada da escrituração do livro de Entradas e Apuração do ICMS, sendo portanto incabível a alteração propugnada.

Quanto às multas das infrações 4,5, 7 e 8, todas de 60%, o impugnante pede a substituição e a aplicação da multa de 10%, prevista no art. 42, IX, que é aplicável à falta de registro na escrita fiscal, da entrada de mercadoria, mas nenhuma dessas infrações se reporta a este fato.

Pelo exposto, rejeito o pedido de nulidade assim como o pedido de modificações e mantenho as multas das infrações originalmente lançadas no auto de infração, e que estão devidamente enquadradas na forma da Lei.

Quanto ao pedido de dispensa das multas ou de sua redução, esta Junta não tem competência para apreciar tal pedido, visto se tratar de multas por descumprimento de obrigação principal, sendo que nos termos do art. 159 do RPAF, o pedido deverá ser encaminhado à Câmara Superior, Ver a equidade – pedido dispensa às Câmara.

Face ao exposto, voto pela **PROCEDÊNCIA** do auto de infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE**, o Auto de Infração nº **207090.0007/13-5** lavrado contra **ITAZUL INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PRODUTOS DE LIMPEZA EIRELI** devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento de **R\$148.877,77**, acrescido da multa de 60%, prevista nos incisos II, “a”, “e” e “f”, e VII, “a” do art. 42 da Lei 7.014/96, dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de abril de 2014

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – PRESIDENTE

ILDEMAR JOSÉ LANDIN – RELATOR

TOLSTOI SEARA NOLASCO- JULGADOR