

**PROCESSO** - A. I. Nº 141596.0401/08-2  
**RECORRENTES** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e CHOCOLATES DUFFY LTDA. (PIRAJÁ INDÚSTRIA DE CHOCOLATES LTDA.)  
**RECORRIDOS** - CHOCOLATES DUFFY LTDA. (PIRAJÁ INDÚSTRIA DE CHOCOLATES LTDA.) e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSOS** - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0326-04/11  
**ORIGEM** - INFRAZ INDÚSTRIA  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET 23/11/2015

**1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**  
**ACÓRDÃO CJF Nº 0312-11/15**

**EMENTA:** ICMS. 1. PROGRAMA DESENVOLVE. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. ERRO NA APURAÇÃO. **a)** DA PARCELA NÃO SUJEITA AO BENEFÍCIO. Restou comprovado que não foram recolhidas no prazo regulamentar não sujeitas a dilação do prazo o que implica a perda do benefício em relação às parcelas do ICMS sujeitas à dilação do prazo. Infração 1 caracterizada. **b)** DA PARCELA SUJEITA A DILAÇÃO DE PRAZO. A empresa apurou o valor das parcelas do imposto não sujeito à dilação, considerando os créditos advindos do CIAP, o que resultou em apuração e recolhimento a menos. Retificado de ofício a data de ocorrência de 31/12/2007 para 31/01/2007, conforme apurado na planilha fiscal à fl. 31. Infração 5 mantida. **c)** ATUALIZAÇÃO DA PARCELA SUJEITA A DILAÇÃO DE PRAZO. Documentos juntados com a defesa e constatação feita pelo diligente fiscal comprovam que nos demonstrativos elaborados pela fiscalização foram deduzidos os recolhimentos efetuados das parcelas dilatadas relativas aos meses de janeiro, março, junho e julho/05 nos meses correspondentes do exercício de 2006 o que conduz a ausência de elementos suficientes para determinar a infração e o infrator. Infração 8 nula. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO LIVRO DE REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Documentos juntados ao processo comprovam o registro de parte dos documentos fiscais. Mantida a multa de 10% do valor comercial das mercadorias relativo a notas fiscais não escrituradas. Infração elidida em parte. 3. DIFERIMENTO. REFEIÇÕES. TERMO FINAL DO DIFERIMENTO. Reformulado o cálculo do imposto em função do fornecedor que era optante do regime de receita bruta. Reduzido o débito. Infração caracterizada em parte. 4. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. BENS DE DESTINADOS AO ATIVO IMOBILIZADO. APROPRIAÇÃO DE VALOR SUPERIOR AO PERMITIDO. Os montantes dos créditos fiscais que deveriam ser apropriados foram apurados em conformidade com o que determinava a legislação do imposto (art. 93, § 17 do RICMS/BA/97) à razão de 1/48 por mês, a partir da entrada do bem no estabelecimento. Infração

procedente. **5. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA.** PRODUTOS ENQUADRADOS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES DE SAÍDA DO ESTABELECIMENTO INDUSTRIAL. **a)** FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO RETIDO. Valores não contestados. Não comprovada a alegação de que se referem a devoluções. Infração 6 não elidida. **b)** FALTA DE RETENÇÃO [BONIFICAÇÕES]. As operações de saídas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária a título de bonificações são tributadas a menos que o valor das bonificações sejam deduzidos de forma incondicional da operação, fato que não ocorreu, ficando obrigado a fazer a retenção do imposto substituto. Infração 9 não elidida. **6. DMA. DECLARAÇÃO INCORRETA DE DADOS. MULTA.** Documentos acostados aos autos comprovam que os valores informados na DMA não correspondem ao das operações registradas no livro fiscal. Não acatado o pedido de cancelamento da multa. Infração subsistente. **7. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS [CHOCOLATE] SEM DOCUMENTOS FISCAIS.** **a)** FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS NORMAL. **b)** FALTA DE RETENÇÃO DO ICMS SUBSTITUTO. Documentos juntados com a defesa comprovam inconsistências de quantidades e valores contidos no levantamento fiscal. Feitas as devidas correções o que resultou em agravamento das infrações 10, 11 e 12. Ficam mantidos os valores exigidos. Infrações não elididas. Não acolhidas as arguições preliminares de nulidades. Negados os pedidos para a realização de nova diligência à ASTEC/CONSEF e de diligência ao Conselho Deliberativo do Desenvolve. Negado o pedido para a realização de perícias. Mantida a Decisão recorrida. Recursos NÃO PROVIDOS. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata-se de reexame necessário nos termos da alínea “a”, inciso I do artigo do 169 do RPAF/BA, e de Recurso Voluntário, ambos interpostos contra julgamento, em Primeira Instância, do Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 17/10/2008 em razão de doze irregularidades, sendo objeto do Recurso de Ofício as infrações 2, 3 e 8, e do Recurso Voluntário as Infrações 1 a 7, e 9 a 12:

**INFRAÇÃO 1.** 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, decorrente de erro na apuração da parcela não sujeita ao benefício DESENVOLVE - R\$1.290.310,34. Período de janeiro/2006 a março/2008.

**INFRAÇÃO 2.** Deu entrada no estabelecimento de mercadoria sujeita a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, sendo aplicada multa de 10% sobre o valor não registrado - R\$8.889,14. Período de fevereiro/2006 a dezembro/2007.

**INFRAÇÃO 3.** Deixou de recolher o ICMS deferido nas entradas de refeições destinadas a consumo por parte dos seus funcionários - R\$10.138,85. Meses de março/2006, e de outubro e

novembro/2007.

INFRAÇÃO 4. Utilizou crédito fiscal de ICMS relativo à entrada de bem do ativo imobilizado, apropriando-se de valor escriturado no CIAP superior ao permitido pela legislação R\$6.130,89. Período de janeiro/2006 a dezembro/2007.

INFRAÇÃO 5. Recolheu a menos o ICMS em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto, referente às parcelas não sujeitas a dilação - R\$24.678,84. Meses de setembro e dezembro/2007.

INFRAÇÃO 6. Deixou de recolher o ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado - R\$8.211,89. Mês de agosto/2008.

INFRAÇÃO 7. Declarou incorretamente dados nas informações econômico-fiscais apresentadas através da Declaração e Apuração Mensal de ICMS (DMA) sendo aplicada multa - R\$140,00. Mês de janeiro/2006.

INFRAÇÃO 8. Recolheu a menos o ICMS em razão de erro na determinação do valor da parcela sujeita a dilação de prazo prevista no Programa DESENVOLVE, relativo a erro na atualização quando da antecipação da parcela incentivada - R\$117.374,86. Meses de janeiro, março, junho e julho/2006.

INFRAÇÃO 9. Deixou de proceder à retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado (2006) - R\$7.746,87. Período de janeiro/2006 a dezembro/2007.

INFRAÇÃO 10. Falta de recolhimento do ICMS, constatado pela apuração de diferença tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária – a das operações de entradas – com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com Recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, no mesmo exercício (2006) - R\$199.994,88.

INFRAÇÃO 11. Falta de recolhimento do imposto relativo à omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas, levando-se em conta, para o cálculo do imposto, o maior valor monetário – o das saídas tributáveis – (2007) - R\$339.577,77.

INFRAÇÃO 12. Deixou de proceder à retenção e ao consequente recolhimento do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo a operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste estado, relativas a mercadorias saídas sem documentação fiscal e apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado (2007) - R\$135.831,10.

O Fisco acostou documentos às fls. 09 a 189.

O autuado impugnou o lançamento de ofício às fls. 192 a 231 (volume II). Acostou documentos às fls. 232 a 321, dentre os quais, à fl. 236, cópia da Resolução DESENVOLVE nº 09/2003, habilitando o contribuinte autuado aos benefícios do programa concedendo dilação de prazo de 72 meses para pagamento do saldo devedor do ICMS por doze anos, efeitos a partir de 02/04/2003.

A autuante prestou informação fiscal às fls. 323 a 329 discorrendo a respeito das alegações defensivas e dos documentos referentes às infrações 2, e 10 a 12 (levantamento quantitativo de estoque) e modificando os valores históricos de ICMS originalmente lançados da Infração 2 de R\$8.889,14 para R\$8.428,94 (fls. 347 e 347-A); da Infração 10 de R\$199.994,88 para R\$250.516,28 (fl. 331); da Infração 11 de R\$339.577,77 para R\$392.137,53 (fl. 332); e da Infração 12 de R\$135.831,10 para

R\$156.855,01 (fl. 332), respectivamente, em novos demonstrativos fiscais que colacionou às fls. 331 a 347-A. Manteve as demais imputações.

Cientificado, às fls. 355 a 375 o contribuinte pronunciou-se insurgindo-se contra o resultado da Informação fiscal prestada e pedindo a realização de diligência por Fiscal estranho ao feito.

À fl. 385 a autuante reiterou os termos da informação fiscal anterior.

À fl. 388 (volume III) a 4<sup>a</sup> JJF converteu o feito em diligência à Autuante, para esclarecimentos e providências em relação à Infração 8, em relação aos valores apurados no exercício de 2006 e indagando se no levantamento fiscal foram consideradas as parcelas recolhidas de forma antecipada.

A autuante pronunciou-se à fl. 392, apresentando planilhas às fls. 393 e 394.

O contribuinte pronunciou-se às fls. 411 a 413, acostando documentos às fls. 414 a 419.

À fl. 420, a Representante do Fisco reiterou a informação fiscal anterior;

À fl. 424 a 4<sup>a</sup> JJF decidiu converter o processo em segunda diligência, desta vez à ASTEC/CONSEF, para que fosse intimado o sujeito passivo para apresentar cópia do livro RAICMS e documentos retificadores das datas contidas nos DAEs.

Às fls. 425 e 426 o Diligente prolatou o Parecer ASTEC/CONSEF nº 10/2011 esclarecendo que apesar dos esforços empreendidos não encontrara a empresa, tendo expedido intimação via email para seu representante, não tendo sido atendido.

Às fls. 434 e 435 a empresa manifestou-se alegando não ter sido intimada pessoalmente, o que foi atendido pela Coordenação da ASTEC/CONSEF conforme endereço indicado à fl. 443.

O Diligente, após intimar a empresa, emitiu o Parecer ASTEC/CONSEF nº 113/2011 (fls. 445/446) no qual afirmou que em decorrência do encerramento das atividades da empresa, manteve contatos com os seus representantes, tendo sido apresentados demonstrativos, livros fiscais, cópias de DAEs e pedidos de retificação de datas contidas nos mesmos, protocoladas na SEFAZ.

Concluiu expondo que diante da constatação de que a Autuante cometera um equívoco procedendo ao cálculo das parcelas do ICMS sujeitas à dilação de prazo relativo ao exercício de 2006 com dedução dos valores relativos ao exercício de 2005, deixara de refazer os demonstrativos como solicitado.

Intimado para tomar conhecimento do resultado da diligência o autuado manifestou-se (fls. 509/511) dizendo que no momento em que preparara os DAEs de recolhimento indicara de forma equivocada o período de apuração, o que fora constatado pelo Diligente, e concordou com o Parecer ASTEC/CONSEF nº 113/2011 quanto à improcedência da Infração 08.

À fl. 526 a autuante manifestou-se ratificando a informação fiscal de fls. 323 a 351.

O julgamento unânime em Primeira Instância manteve parcialmente o Auto de Infração, conforme Acórdão nº 0326-04/11, às fls. 528 a 545. Em seu voto assim se expressa o ilustre Relator:

#### VOTO

*O sujeito passivo suscitou a nulidade da autuação sob o argumento de que o Fisco Estadual é ilegítimo ativo, por ter feito investimentos previstos no Programa DESENVOLVE, sem que lhe fosse concedido o diferimento para pagamento do imposto nas aquisições de insumos agropecuários. Não acato a nulidade suscitada por falta de amparo legal, visto que não tem respaldo no disposto no art. 18 do RPAF/BA. Entendo que tal reivindicação deve ser dirigida ao Conselho Deliberativo do DESENVOLVE a quem compete dirimir questões sobre o mencionado Programa.*

*Requeru também nulidade da autuação sob o argumento de que o Auto de Infração (AI) não atende ao disposto no art. 39 do RPAF/BA, por entender que as planilhas juntadas ao processo não esclarecem os valores cobrados, cerceando seu direito de defesa. Verifico que o AI descreve os fatos considerados como infrações tributárias, foram indicados os dispositivos tidos como infringidos, o contribuinte compreendeu e se defendeu de todas as infrações, tendo parte das alegações sido acatada pela autuante na informação fiscal, dado*

conhecimento ao recorrente que contra-argumentou parte delas. Quanto aos aspectos materiais que declarou não entender (critério utilizado, métodos de apuração do ICMS, planilha não clara, valor não localizado e falta de motivação da multa aplicada) será apreciado quando da análise do mérito.

Assim sendo, não acato a nulidade pretendida, tendo em vista que o autuado pode exercer o seu direito de defesa.

Por fim, solicitou também a anulação do Auto de Infração por ter sido lavrado sessenta dias antes de ser cientificado. Conforme esclarecido pela autuante na informação fiscal, foi iniciada a constituição das peças contidas no AI em data anterior à sua lavratura e na medida que concluía os roteiros de auditorias, processava as infrações. Verifico que conforme documento à fl. 10 foi lavrado Termo de Prorrogação de Fiscalização no dia 25/11/08 tendo sido escrutinado no livro de Registro de Ocorrência do estabelecimento autuado. Foram entregues demonstrativos mediante recibo no dia 23/12/08 (fls. 16/18) o que demonstra andamento dos trabalhos de fiscalização ainda no fim do mês de dezembro. Tendo sido cientificado da autuação em 19/01/09 (fl. 5) a empresa apresentou defesa tempestiva no dia 18/02/09. Pelo exposto, apesar do Auto de Infração indicar data diferente da aposição do visto de saneamento e científicação do autuado, os documentos juntados ao processo demonstram regularidade no processo de fiscalização, não havendo amparo legal para decretação de sua nulidade, motivo pelo qual não acato tal pretensão.

Pedi a nulidade da infração 1, sob alegação de que não localizou na planilha relativa à infração 5 a exigência do valor de R\$1.531,92. Verifico que conforme esclarecido na informação fiscal, o valor foi apurado na planilha à fl. 31, relativo ao mês de janeiro/07, tendo sido indicado no Auto de Infração ocorrência de 31/12/07. Como a planilha já tinha sido entregue ao autuado em 23/12/08, conforme recibo passado na mesma e tal fato foi esclarecido na informação fiscal, considero que foi oportunizado ao autuado exercer o seu direito de defesa, motivo pelo qual não acato a nulidade pretendida.

Ressalto que em atendimento aos questionamentos formulados pelo autuado foi realizada diligência fiscal para verificar fatos vinculados a documentos e escrituração concernente a infrações contidas na autuação.

No mérito o Auto de Infração acusa cometimento de diversas infrações do ICMS: Recolhimento a menos em razão de uso indevido de incentivo fiscal; Falta de recolhimento de ICMS deferido e retido por substituição; Omissão de saída de mercadorias apurada mediante levantamento quantitativo de estoques, além de aplicação de multa fixa por declarar dados incorretos na DMA.

Na defesa apresentada, quanto à infração 1, o autuado argumentou que os benefícios fiscais foram concedidos com prazo determinado e que não deu causa a suspensão do incentivo da dilação de prazo até o fim do ano de 2007, por não ter ocorrido falta de pagamento cumulativamente de três meses consecutivos ou seis meses alternados, o que foi contestado pela autuante dizendo que os valores autuados são posteriores à edição do Dec. 9.513/05.

Verifico que a Res. 09/03 do CD DESENVOLVE (fl. 236) concedeu benefício de dilação de prazo de 72 (setenta e dois) meses para pagamento do saldo devedor do ICMS relativo às operações próprias por um prazo de doze anos.

Por sua vez a redação original do art. 18 do Dec. 8.205/02 que regulamenta o DESENVOLVE, estabelecia que a empresa habilitada que atrasasse ou deixasse de recolher o ICMS por 03 (três) meses consecutivos, ou 06 (seis) meses alternados, teria automaticamente suspenso o incentivo. Posteriormente com a edição do Dec. 9.513 de 10/08/05 a redação do citado artigo foi modificada estabelecendo que a empresa habilitada que não recolhesse "a parcela do ICMS não sujeita à dilação de prazo, perderá o direito ao benefício em relação à parcela incentivada naquele mês". Logo, é correta a exigência do pagamento imediato da parcela sujeita à dilação de prazo no mês em que o beneficiário do incentivo fiscal deixar de recolher no prazo legal a parcela não sujeita à dilação de prazo.

Portanto, a nova redação estabeleceu que o não recolhimento no prazo da parcela não sujeita a dilação, importa na perda do direito ao benefício da parcela incentivada naquele mês. Não implica em perda do benefício concedido de dilação de prazo de 72 meses para pagamento do saldo devedor quando a parcela não sujeita a dilação for recolhida no prazo legal, mantendo o prazo de doze anos para usufruir o benefício. Por isso, não acato o argumento que foi violado a concessão de benefício com prazo determinado.

O autuado contestou ainda, que a autuante arbitrou a base de cálculo da apuração do ICMS de forma incorreta, excluindo indevidamente os créditos do CIAP. Pela análise dos demonstrativos juntados pela empresa às fls. 209 e 237/239 confrontado com as planilhas elaboradas pela autuante (fls. 29/34) constato que na apuração da parcela do ICMS incentivado, o autuado somou os valores de créditos fiscais do CIAP com o ICMS vinculado às entradas enquanto a autuante subtraiu os créditos do CIAP. A questão que se apresenta é se os créditos do CIAP devem ou não integrar o crédito na apuração da parcela incentivada do imposto.

Objetivando orientar quanto aos procedimentos a serem adotados na apuração do saldo devedor mensal do ICMS a recolher passível de incentivo do DESENVOLVE a Superintendência de Administração Tributária

editou a Instrução Normativa 27/09 a qual apresenta a seguinte fórmula:  $SDPI$  (Saldo devedor passível de incentivo) =  $SDM - DNVP$  (Débitos fiscais não vinculados ao projeto) +  $CNVP$  (créditos fiscais não vinculados ao projeto). Indicou no item 2.2.18 como  $CNVP$  os decorrentes das operações com bens de ativo imobilizado e materiais para uso ou consumo - 1.550 e 2.550.

Portanto, ao contrário de como procedeu o autuado, os créditos originários de aquisições de bens destinados ao ativo permanente não devem ser considerados como créditos fiscais vinculados ao projeto, não podendo ser levado em conta na apuração da parcela incentivada.

Saliente que o art. 2º do Dec. 8205/02 prevê diferimento do lançamento e pagamento do ICMS relativo às aquisições de bens destinados ao ativo fixo, nas operações internas, importação e quanto à diferença de alíquota de bens adquiridos em outros Estados. Pela lógica, se o legislador dispensou o pagamento do ICMS relativo às aquisições de bens destinados ao ativo fixo, por outro lado, como indicado na mencionada Instrução Normativa não deve ser considerado os créditos advindos do CIAP.

Por tudo que foi exposto, concluo que está correto o procedimento adotado pela autuante e totalmente procedente esta infração.

Quanto à infração 2, na defesa apresentada o autuado juntou cópia das notas fiscais 561414 e 723804 e pediu que fossem compensados os créditos fiscais. Na informação fiscal a autuante acatou as notas fiscais apresentadas. Ao se manifestar sobre a informação fiscal alegou que juntou documentos fiscais por amostragem.

Quanto à compensação dos créditos fiscais relativas a tais documentos, não pode ser acatado nesta fase processual, mesmo porque nesta infração não foi exigido imposto decorrente de obrigação principal e sim aplicada multa de caráter acessório. Entretanto, o autuado pode fazer escrituração intempestiva das notas fiscais com aproveitamento do crédito fiscal se for de direito, obedecendo às regras estabelecidas no RICMS/BA (art. 101).

Com relação à alegação de que as notas juntadas com a defesa foram por amostragem, o pedido de revisão fiscal não pode ser acatado, tendo em vista que conforme disposto no art. 123 do RPAF/BA, a defesa deve ser apresentada junto com demonstrativos e provas que dispuser e a prova da escrituração das notas fiscais se encontra nos livros da sua posse o que poderia ter sido feito na defesa inicial e no momento da sua manifestação acerca da informação fiscal.

Por tudo que foi exposto, acato o demonstrativo juntado pela autuante à fl. 347 e considero devido o valor de R\$8.428,94 conforme reproduzido abaixo. Infração elidida em parte.

Data Ocorr	Data Venc	Base de Cálculo	Multa %	Valor do Débito
28/02/06	09/03/06	41.953,40	10,00	4.195,34
31/03/06	09/04/06	298,00	10,00	29,80
30/04/06	09/05/06	8.977,70	10,00	897,77
30/06/06	09/07/06	18,20	10,00	1,82
31/08/06	09/09/06	4.163,30	10,00	416,33
31/10/06	09/11/06	295,20	10,00	29,52
30/11/06	09/12/06	1.461,80	10,00	146,18
31/12/06	09/01/07	190,80	10,00	19,08
30/04/07	09/05/07	15.089,90	10,00	1.508,99
31/05/07	09/06/07	833,30	10,00	83,33
31/07/07	09/08/07	9.916,40	10,00	991,64
31/12/07	09/01/08	1.091,40	10,00	109,14
Total				8.428,94

Quanto à infração 3, o autuado alegou que as notas fiscais emitidas pela empresa não indicava que as operações estavam acobertadas pelo diferimento e que a empresa fornecedora de refeições era optante do SUPERSIMPLES.

Com relação à primeira alegação não pode ser acatada, tendo em vista que conforme disposto no art. 343, XVIII do RICMS/BA, as operações de fornecimento de refeições a quaisquer estabelecimentos de contribuintes deste Estado, destinadas a consumo por parte de seus empregados, são diferidas para o momento em que ocorrer a entrada no estabelecimento do adquirente. Logo, a responsabilidade pelo pagamento do imposto destas operações é do estabelecimento autuado independente do cumprimento da formalidade de indicar tal fato ou não nas notas fiscais, o que foi feito nas notas fiscais emitidas pela Cozinha Bamzaine, IE 63.134.782 (fls. 139/140).

Quanto à alegação de que caso procedesse ao recolhimento do ICMS, se caracterizaria a bi-tributação do referido imposto, não pode ser acatado tendo em vista que a responsabilidade pelo pagamento do imposto é do estabelecimento autuado e não do fornecedor da alimentação, bem como não foi trazido ao processo qualquer documento que comprovasse o recolhimento do imposto pelo remetente, o que ensejaria recebimento em duplicidade pela mesma operação e direito de restituição do valor recolhido indevidamente.

Entretanto, verifico que as notas fiscais 875 e 891 emitidas pela Cozinha Banzaine foram emitidas no mês de março/06 quando a empresa estava cadastrada no regime normal com opção de recolhimento do imposto pelo regime de receita bruta, conforme consta no sistema de Informações do Contribuinte do banco de dados da SEFAZ. Logo, o valor exigido deve se adequar ao porcentual de 4% sobre o valor da operação, conforme disposto no art. 504 do RICMS/BA e indicado nas notas fiscais cujas cópias foram juntadas às fls. 139/140, conforme cálculo inserido no demonstrativo a seguir.

Com relação às notas fiscais emitidas pela Nutriz Refeições Ltda, IE 57.023.076 cujas cópias foram juntadas às fls. 141/143, emitidas nos meses de outubro e novembro/07, ao contrário do que foi alegado na manifestação acerca da informação fiscal, mesmo tendo sido mantido o regime de receita bruta após a implantação do regime do SIMPLES NACIONAL a partir de 01/07/07 aquela empresa optou por aquele regime como faz prova o documento juntado à fl. 246 e não do regime de receita bruta (normal). Portanto, o imposto exigido deve ser mantido na forma que foi apurada pela autuante.

Assim sendo, tomo como base o demonstrativo da autuante à fl. 72 e aplico o porcentual de 4% previsto para as operações ocorridas no mês de março/03 o que resulta em valor devido de R\$4.763,05. Infração procedente em parte.

Data Ocorr	Data Venc	Base de Cálculo	Aliq %	Multa %	Valor do Débito	Fl.
31/03/06	31/10/05	41.352,29	4,00	60,00	1.654,09	139
31/10/07	31/12/06	6.085,00	17,00	60,00	1.034,45	141
30/11/07	31/01/07	12.203,00	17,00	60,00	2.074,51	143
Total					4.763,05	

Com relação à infração 4, o autuado foi acusado de utilizar crédito fiscal do ICMS a mais que o de direito relativo ao ativo imobilizado. O autuado juntou uma planilha às fls. 247/252 para tentar provar a regularidade na apropriação dos créditos fiscais, o que foi contestado pela autuante.

Pela análise dos documentos juntados ao processo verifico que:

A) A autuante juntou planilha à fl. 161, envolvendo as aquisições de bens cujo crédito escriturado no CIAP, no período de 2001/2007, segundo a mesma, a planilha original foi fornecida pela empresa em substituição ao livro fiscal que não foi escriturado.

Em seguida cotejou os créditos mensais apurados no CIAP com os valores registrados a crédito no livro fiscal apurando as diferenças que apontou como crédito fiscal utilizado a mais que foi transportado para a planilha à fl. 74.

B) O autuado juntou com a defesa uma planilha (fls. 247/252), na qual relaciona as notas fiscais por data e valor do crédito fiscal, no período de 2003 a 2008.

Pelo exposto, constato que no demonstrativo à fl. 161, a autuante apurou o montante dos créditos fiscais que deveria ser apropriado em conformidade com o disposto no art. 93, § 17 à razão de um quarenta e oito avos por mês, a partir da entrada do bem no estabelecimento, o que considero correto. Já a planilha juntada com a defesa relaciona apenas os montantes de créditos destacados nas notas fiscais de aquisição de bens sem considerar o critério de apropriação de 1/48 avos. Logo, não faz prova de que os valores apontados pela autuante no seu levantamento fiscal continham inconsistências. Portanto, não procede a alegação na sua manifestação de que a planilha apresentada não foi analisada. Por isso, deve ser mantida a infração na sua integralidade.

No tocante à infração 5, o autuado alegou na sua defesa que apurou o ICMS de acordo com a legislação do DESENVOLVE, seguindo orientação da repartição fiscal. Verifico que a empresa apurou o ICMS contemplado com o benefício do Programa considerando os créditos advindos do CIAP, o que resultou em apuração e recolhimento a menos da parcela não sujeita a dilação de prazo. Da mesma forma que apreciado na infração 1, os créditos relativos ao ativo imobilizado não entram no cálculo do imposto com prazo dilatado o que resultou em recolhimento a menos da parcela não sujeita a dilação de prazo, estando correto os cálculos efetuados pela autuante.

Com relação ao valor de R\$1.531,92 que na preliminar a empresa suscitou a nulidade, tendo sido apurado como devido em 31/01/07 e constado no Auto de Infração em 31/12/07, faço a retificação de ofício para que seja corrigido no Auto de Infração como data correta da ocorrência em 31/01/07 de acordo com a planilha à fl. 31. Infração procedente.

Relativamente à infração 6, a mesma não foi contestada na defesa inicial. No momento que se manifestou acerca da informação fiscal o impugnante argumentou que não vinham sendo restituídos os valores recolhidos de ICMS-ST relativos a operações de devoluções e após formular consulta está procedendo ao pedido de restituição na forma prevista no RPAF/BA.

Pelo exposto, não foram contestados os valores exigidos nesta infração, e não tendo sido comprovado o recolhimento dos valores exigidos, fica mantido na sua integralidade o débito. Infração mantida.

Relativamente à infração 7, a empresa alegou na sua defesa que não foram indicadas quais as divergências existentes que motivou a aplicação da multa, o que foi contestado e esclarecido pela autuante na informação fiscal indicando as divergências entre DMA e livro RAICMS (fls. 155/158). Na manifestação acerca da informação fiscal o autuado pediu o cancelamento da multa dizendo que erros do preenchimento da DMA não implicaram em recolhimento a menos do imposto.

Verifico que pelo confronto da DMA com o livro RAICMS do estabelecimento autuado (fls. 155/158), há divergências em relação aos valores registrados do valor contábil, base de cálculo, crédito e débito do imposto relativo ao mês de janeiro/06. Portanto, restou caracterizada a infração.

Quanto ao pedido de cancelamento da multa, observo que as informações econômico-fiscais são importantes para o planejamento da administração tributária e deve expressar a verdade da escrita fiscal da empresa. Caso entregue com dados incorretos, a empresa tem a possibilidade de fazer uma DMA retificadora e encaminhar para a Secretaria da Fazenda, fato que não ocorreu na situação presente. Portanto, não acato o pedido de cancelamento da multa por entender que não é razoável o motivo alegado. Infração subsistente.

No tocante à infração 8, foi exigida diferença devida relativa ao recolhimento antecipado das parcelas dilatadas do DESENVOLVE. Na defesa apresentada o autuado alegou que os valores recolhidos referem-se aos meses de janeiro, março, junho e julho/2005 e não de 2006. Por sua vez a autuante confirmou que os cálculos dos valores exigidos e os recolhimentos efetuados pela empresa referem-se ao exercício de 2006.

O CONSEF determinou a realização de diligência, tendo o autuado em atendimento à intimação juntado:

- 1) Demonstrativo relativo aos meses de janeiro, março, junho e julho/05, com indicação dos valores das parcelas devidas com pagamento por antecipação e valores pagos (fl. 448);
- 2) Protocolo de pedidos de retificação de datas na SEFAZ (fls. 461, 466, 470 e 474);
- 3) Cópia do livro RAICMS relativo aos exercícios de 2005 e 2006 (fls. 478/501).

Pelo confronto do demonstrativo elaborado pela autuante com o apresentado pelo impugnante, verifico que assiste razão ao estabelecimento autuado. Tomando com exemplo o mês de janeiro/05 no demonstrativo elaborado pela fiscalização (fls. 28 e 35) foram considerados o débito de R\$105.627,47 e crédito de R\$49.791,31 relativo ao mês de janeiro/06 apurado valor com desconto de R\$9.831,43 e considerado recolhido o valor de R\$1.344,67. Já o demonstrativo do autuado (fl. 448) indica débito de R\$92.037,26 e crédito de R\$73.392,92, relativo ao mês de janeiro/05 conforme livro RAICMS às fls. 491/492 com apuração da parcela com desconto de R\$1.340,75 e valor recolhido de R\$1.344,97 conforme cópia do DAE à fl. 476 e pedido de retificação de janeiro/06 para janeiro/05 à fl. 474.

Pelo exposto, restou caracterizado que durante a fiscalização, a autuante considerando as datas de recolhimentos e períodos de referência indicados nos DAEs apresentados, apurou corretamente os valores devidos relativos ao pagamento das parcelas antecipadas do ICMS incentivado do DESENVOLVE relativo aos meses de janeiro, março, junho e julho/06.

Entretanto, de acordo com os documentos juntados com a defesa, constatação do diligente e protocolo de correção de período de referência, restou comprovado que os recolhimentos efetivados pela empresa referem-se a parcelas do ICMS incentivado do DESENVOLVE relativo aos meses de janeiro, março, junho e julho/05. Assim sendo, declaro nula esta infração dada a ausência de elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator (art. 18, IV, "a" do RPAF/BA).

Ressalto que a Res. 09/03 do CD DESENVOLVE (fl. 236) concedeu benefício de dilação de prazo de 72 (setenta e dois) meses para pagamento do saldo devedor do ICMS relativo às operações próprias, a critério da autoridade administrativa pode ser determinada a verificação se a empresa recolheu no prazo os valores corretos abrangidos pelo benefício fiscal referente às parcelas do ICMS incentivado do período autuado (janeiro, março, junho e julho/06).

Relativamente à infração 9, na defesa apresentada o autuado alegou que as operações de bonificação equivalem a um desconto incondicional e não configura fato gerador do ICMS, o que foi contestado pela autuante dizendo que os atos praticados não confirma tal alegação.

Verifico que a autuante relacionou as notas fiscais objeto da autuação em demonstrativos (fls. 20/27) e exigiu o ICMS-ST das operações de bonificações. Por sua vez o autuado juntou cópias de notas fiscais (fls. 254/290) para tentar provar a regularidade das operações com bonificação.

Pela análise dos elementos constantes do processo, verifico que:

- a) NF 15.829-09/02/06-Bonificação (fl. 255) foi destacado o ICMS normal, mas não foi destacado o ICMS-ST;
- b) NF 15.830-09/02/06-Venda (fl. 254) foi destacado o ICMS normal e ICMS-ST.
- c) O mesmo procedimento para as notas fiscais NF 15.720 e 15.721 (fls. 256-257) e seguintes.

Verifico que a resposta da Consulta 159/03 da Receita Federal e Decisão contida no Acórdão do REsp 715.255-MG, não se aplicam às operações praticadas pelo recorrente, senão vejamos. Na resposta da consulta foi dito que “as bonificações concedidas em mercadorias, quando constarem da nota fiscal de venda dos bens e não dependerem de evento posterior à emissão desse documento, significam parcelas redutoras de receita de venda (desconto incondicionais)”. Da mesma forma, a Decisão jurisprudencial de que “Assim, os valores concernentes aos descontos ditos promocionais, assim como os descontos para pagamento à vista, ou de quaisquer outros descontos cuja efetivação não fique a depender de evento futuro e incerto, não integram a base de cálculo do ICMS, porque não fazem parte do valor da operação da qual decorre à saída da mercadoria (...)” tendo como precedente os Resp 721.243/PR; REsp 725.983/PR; REsp 477.525/GO; REsp 63.838/BA.

Em ambas situações, ficou bem claro que os descontos ou bônus concedidos que não dependam de evento futuro e incerto, indicado no documento fiscal, não constituem fato gerador do ICMS. Na situação presente, o autuado emitiu uma nota fiscal com natureza de bonificação, sem identificar vinculação a qualquer operação que corresponesse um desconto incondicional.

Como decidido no Acórdão do citado REsp 715.255-MG, seria coerente acatar a operação de bonificação como um desconto incondicional, se a empresa emitisse uma nota fiscal de venda de uma quantidade de mercadorias e no mesmo documento fiscal indicasse quantidade bonificada a título de desconto do valor da operação sem estabelecer qualquer condição. Entretanto, na situação presente, foi emitida uma nota fiscal indicando remessa de mercadorias a título bonificação sem que isso configure uma modalidade de desconto incondicional. O provável é que como ocorre costumeiramente, a empresa tenha feito uma venda anterior, estabelecendo uma bonificação que foi remetida em função das quantidades vendidas, situação esta que não foi trazida ao processo.

Pelo exposto, concluo que as operações bonificadas praticadas pelo estabelecimento autuado não se equiparam a um desconto incondicional, como alegado, constituem fato gerador do ICMS e devido o ICMS-ST exigido relativo às mercadorias consignadas nas notas fiscais de saídas (CFOP 5910), mesmo porque a empresa tributou as mesmas operações com o ICMS normal. Infração procedente.

Quanto às infrações 10, 11 e 12 (fl. 218) envolvendo levantamento quantitativo de estoques dos exercícios de 2006/2007, na defesa inicial o autuado apresentou demonstrativo apontando inconsistências de quantidades e valores contidos nas planilhas elaboradas pela fiscalização (Estoque inicial, quantidades produzidas, entradas com nota fiscal computada em duplicidade, saídas em quilos em vez de caixas) e apontou no final a base de cálculo e valores que reconheceu como omitidos (fls. 311 e 313/314).

Na informação fiscal, a autuante refez os demonstrativos originais acatando parte dos documentos que foram juntados com a defesa relativos a erro de digitação da produção, documento computado em duplicidade, excluiu quantidades resultantes inexpressivas que considerou como quebras, converteu caixas em quilos e contestou outros informando que com relação a determinados produtos:

- a) Não foi apresentado livro Registro de Inventário, tendo considerado a listagem apresentada e rubricada. Não acata o relatório Logix ora apresentado por não ser documento fiscal;
- b) Não considerou saídas para depósito sem o devido registro de retorno;
- c) Não encontrou as notas fiscais 497, 479, 482 e 484 relativo a mercadorias recebidas (fl. 327).
- d) Quantidade do item Ovo 19 de 160 g não foi objeto de levantamento quantitativo.

Na manifestação do autuado acerca das infrações 10, 11 e 12, alegou que não foi apresentado qualquer argumento que “justificasse legalmente o uso do arbitramento por presunção” e que repudia o não acatamento do controle de estoque por meio de relatório Logix.

Com relação ao Relatório Logix, na informação fiscal a autuante esclareceu que não foi apresentado o livro Registro de Inventário, motivo pelo qual considerou a relação apresentada pela empresa. Verifico que conforme documento juntado às fls. 163/166, foram relacionados os estoques finais por exercício, tendo sido assinado pelo Contador (Ivanir Caleffi e sócio responsável Alexandra Souza Chaves). Como a escrituração do livro Registro de Inventário é obrigatória pela legislação fiscal e societária e não foi apresentado qualquer Termo de Arrecadação do livro Registro de Inventário, nem foi trazido ao processo o mencionado livro, é razoável acatar como estoques (inicial e final) as listagens entregues e devidamente rubricadas pelos representantes legais da empresa. O Relatório Logix não pode ser acatado tendo em vista que pode ser modificado a qualquer momento, o que se constata pelas diferenças de quantidades contidas no mesmo em relação ao inventário apresentado durante a fiscalização.

No que se refere à alegação de que não se justifica o arbitramento da base de cálculo por presunção, verifico que tendo sido exigido o imposto em decorrência da constatação da omissão de saídas de mercadorias tributáveis (omissão de entrada na infração 10 e omissão de saída nas infrações 11 e 12), apurada por meio de levantamento quantitativo, foi facultado ao contribuinte comprovar quais quantidades teriam sido supostamente indicadas de forma incorreta nos demonstrativos elaborados pela autuante. Foram refeitos os demonstrativos de

acordo com as provas que foram apresentadas, tendo a autuante indicado as quantidades que não foram acatadas, conforme acima resumido e dado conhecimento ao estabelecimento autuado, o que possibilitou exercer o seu direito de defesa. Nos termos dos artigos 140 e 142 do RAPAF/BA, 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 e na situação presente, os elementos probatórios são da posse do estabelecimento autuado (notas fiscais, livros). Por isso, importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária, motivo pelo qual considero corretos os demonstrativos refeitos pela fiscalização.

Entretanto, verifico que pelo confronto dos demonstrativos originais às fls. 18, 43 e 45 com os refeitos pela fiscalização juntados às fls. 331/332, ocorreu agravamento das infrações 10, 11 e 12. Dessa forma acato os demonstrativos refeitos e considero devido o valor total de R\$799.508,82 referente a estas infrações. Considerando que houve agravamento destas infrações, ficam mantidos os valores originais exigidos totalizando R\$675.403,75. Recomendo que a autoridade fazendária mande renovar o procedimento fiscal para exigir as diferenças devidas, totalizando R\$124.105,07 conforme demonstrativo abaixo. **Infrações procedentes.**

Inf.	Data Ocorr	Data Venceto	Base Cálculo	Aliq %	Multa %	Autuado	Fl.	Devido	FL.	Valor Agravado
10	31/12/2006	9/1/2007	1.176.440,47	17	60	199.994,88	43	250.516,28	331	50.521,40
11	31/12/2007	9/1/2008	1.997.516,29	17	60	339.577,77	45	392.137,53	332	52.559,76
12	31/12/2007	9/1/2008	799.006,47	17	60	135.831,10	18	156.855,01	332	21.023,91
		Total				675.403,75		799.508,82		124.105,07

Quanto ao argumento defensivo de que as multas são abusivas e confiscatórias, observo que as penalidades indicadas têm previsão na Lei 7014/96 (art. 42), portanto são legais e este órgão julgador nesta instância não tem competência para apreciar pedido de cancelamento ou redução de multa decorrente de obrigação principal, competência exclusiva da Câmara Superior deste CONSEF, consoante o art. 159 do RPAF/99.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

A Junta recorreu de ofício da Decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 01, do RPAF/BA.

Inconformado com a Decisão proferida, o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário às fls. 564 a 617, reproduzindo as alegações anteriores quanto às Infrações 1 a 7, e 9 a 12.

O Recorrente alega, quanto à Infração 01, que a matéria encontra-se em discussão judicial, através da Ação Declaratória nº 1663069-1/2007 e da Cautelar Inominada nº 0084586-74.2008.805.0001, ainda pendentes de Decisão definitiva. Relata que foi habilitado ao Programa DESENVOLVE através da Resolução nº 09/2003 do Conselho Deliberativo do referido programa, no bojo da qual foi concedida a fruição dos benefícios fiscais pelo prazo de 12 anos.

Que após estudos acerca da viabilidade econômico-financeira da instalação de suas atividades, e, tendo em vista, além de outras variáveis, os benefícios fiscais a serem concedidos pelo Estado da Bahia, decidiu iniciar suas atividades, tendo sido a carga tributária final que iria incidir na sua atividade decisiva para análise e Decisão do aporte de capital que seria necessário ao início do seu empreendimento. Aduz que tinha interesse nos incentivos fiscais descritos no artigo 2º do Decreto nº 8.205/02, que regulamentou o programa, e que referiam-se a:

*I - às aquisições de bens destinados ao ativo fixo, efetuadas por contribuintes habilitados mediante resolução do Conselho Deliberativo do DESENVOLVE, para o momento de sua desincorporação, nas seguintes hipóteses:*

- a)nas operações de importação de bens do exterior;*
- b)nas operações internas relativas às aquisições de bens produzidos neste Estado;*
- c)nas aquisições de bens em outra unidade da Federação, relativamente ao diferencial de alíquotas;*

*II - às operações internas referentes ao fornecimento de insumos de origem agropecuária e extrativa mineral, indicados em Resolução do Conselho do Programa, a contribuintes habilitados ao DESENVOLVE, para o momento da saída subsequente dos produtos resultantes da industrialização;*

Que, contudo, tendo sido habilitado ao Desenvolve, para sua surpresa o Conselho Deliberativo do DESENVOLVE não lhe concedeu qualquer dos incentivos fiscais que transcreveu, mas somente a dilação do prazo de 72 meses para pagamento de parte do saldo devedor do ICMS, reduzindo assim, em muito, as vantagens tributárias que entendia o recorrente fazer jus.

O contribuinte explicou todo o planejamento financeiro da empresa, e os prejuízos que relata ter tido pela forma como o benefício foi concedido. Que não tendo alternativa, após diversas tentativas frustradas de composição da questão junto a Secretaria da Fazenda da Bahia, não lhe

restou outra alternativa senão a de ajuizar a Ação Declaratória nº 1663069-1/2007 e, posteriormente, a Cautelar Inominada nº 0084586-74.2008.805, ambas em curso no poder judiciário baiano. Que estas ações judiciais têm como escopo, basicamente: a) declarar o direito do recorrente à fruição dos incentivos fiscais inerentes ao programa, sobretudo o do diferimento do ICMS nas aquisições de insumos de origem agropecuária; b) obter a restituição do imposto indevidamente pago em razão da não concessão dos referidos incentivos.

Aduz que parte substancial dos valores cobrados no Auto de Infração poderia estar liquidada na própria ação judicial movida, o que o leva a conclusão de que todas as cobranças relacionadas a esta matéria deveriam ser suspensas enquanto as referidas ações judiciais ainda estiverem pendentes de Decisão judicial definitiva.

Que ao analisar os cálculos efetuados na petição inicial da Ação Declaratória nº 1663069-1/2007 - cuja íntegra informa que pode ser obtida junto à Procuradoria do Estado - resta claro que a vedação à fruição do diferimento do ICMS na aquisição dos insumos pelo recorrente, acarretou em recolhimentos do imposto em valores bastante superiores aos devidos. Que portanto, de acordo com os cálculos constantes na referida Ação Declaratória, que afirma serão confirmados por ocasião da perícia judicial, restaria um saldo de ICMS a seu favor que poderia ser utilizado na compensação com o imposto devido em outras situações envolvendo eventuais débitos de ICMS provenientes do programa DESENVOLVE, dentre os quais os cobrados no Auto de Infração.

Por este motivo, requer a conversão do feito em diligência à Procuradoria do Estado, a fim de que este Órgão possa emitir o seu Parecer sobre a questão. Que ao retornar o processo, caso seja detectado que, de fato, a empresa fará jus a um saldo de crédito de ICMS, que sejam, então, refeitas as apurações do imposto relativo aos períodos autuados, visando determinar quais os montantes, de fato, serão devidos ao Estado, se é que existirão.

Que no julgamento em 1ª Instância essa ação judicial não teria sido devidamente analisada pela 4ª JJF, e caso tivesse sido, restaria demonstrada a possibilidade de existência de créditos remanescentes a seu favor, e que possivelmente tais valores seriam suficientes para liquidar os valores cobrados na Infração 1, que trata da mesma matéria, o Programa DESENVOLVE.

Que não pode, portanto, conformar-se com essa Decisão de 1ª Instância, e vem submeter à apreciação deste egrégio Conselho os seus argumentos, para uma nova avaliação do caso. Que sabendo que a empresa é possuidora de créditos legítimos decorrentes de erros de enquadramento no programa DESENVOLVE, não pode acatar as cobranças administrativas que vêm sendo feitas acerca da matéria.

Relata que desde meados de 2009 não exerce mais a atividade de fabricação de chocolates, e desde então, vem funcionando apenas como escritório administrativo, no bairro do Comércio, nesta capital.

Que o fechamento da fábrica pode ser justificado através da piora gradativa dos seus índices econômicos, semelhante àqueles apurados por empresas em processo de falência ou de recuperação judicial, alcançando seu ápice no segundo trimestre de 2009, quando se viu obrigada a encerrar as suas atividades. Que um dos fatores que certamente contribuiu para essa piora gradativa no seu desempenho econômico foi de natureza fiscal, pois a carga tributária imaginada para o início das suas atividades não foi confirmada em função de tudo aquilo já alegado nos parágrafos anteriores, o que acabou gerando um efeito cascata devastador na situação econômica e financeira do recorrente, culminando no fechamento da fábrica em 2009.

Que com o parque industrial ocioso e as máquinas inoperantes, efetuou, no dia 04 de dezembro de 2009, o arrendamento da sua unidade fabril a outro contribuinte do Estado, a ILPISA, detentora da marca VALEDOURADO, que, desde então, passou a fabricar chocolates no Estado.

Que com o fechamento da fábrica e o seu posterior arrendamento em dezembro de 2009, somente usufruiu dos benefícios do DESENVOLVE por cerca de 6 anos, ou seja, por apenas metade do tempo previsto para o completo usufruto, que era de 12 anos, conforme Resolução nº 09/2003.

O contribuinte expõe que ao pleitear o ingresso no programa DESENVOLVE, os contribuintes do ICMS são obrigados a apresentar Carta Consulta de Investimento à Secretaria Executiva do Conselho, com as informações básicas do projeto e de acordo com modelo a ser aprovado pelo Conselho Deliberativo, de acordo com o artigo 8º do Decreto nº 8.205/2002.

Que após analisar o projeto, o Conselho Deliberativo do Programa poderá estipular um prazo de fruição dos incentivos fiscais de até 12 anos, com termo inicial fixado na Resolução do Conselho Deliberativo do Programa, observadas as características do empreendimento e o enquadramento nas classes de dilação de prazo de pagamento do imposto (art. 20, do Decreto nº 8.205/2002).

Que feitas essas observações, pode-se concluir que:

- a) o prazo de 72 meses para pagamento do saldo devedor do ICMS, concedido, foi gerado em razão dos investimentos previstos no projeto incentivado, conforme estabelecido na Classe II, da Tabela I, anexa ao Regulamento do DESENVOLVE;
- b) como o próprio texto da Resolução que concedeu-lhe o benefício do DESENVOLVE já deixa clara a vinculação entre o saldo devedor de ICMS com os investimentos feitos em instalações e maquinários quando da abertura da fábrica, o entendimento que deve prevalecer é o de que este valor investido ainda não teria sido integralmente “absorvido” pelo incentivo fiscal de dilação do prazo do imposto, razão pela qual o Estado não sofreu qualquer tipo de perda de arrecadação com esta eventual falta de recolhimento alegado nesta Infração 01, pois como a empresa só exerceu as suas atividades pela metade do tempo previsto, a renúncia fiscal relativa a outra metade já estaria prevista no projeto inicial que resultou na Resolução nº 09/2003.

Que assim os investimentos iniciais previstos e posteriormente realizados tanto nas suas instalações imóveis, quanto nos seus maquinários, foram efetuados considerando um prazo de vida útil indeterminado, ou de, no mínimo, igual ao concedido pelo próprio Estado, de 12 anos, o que significa que a contrapartida do Estado relativa a esses investimentos só ocorreu durante metade do tempo.

Que em outras palavras, caso a empresa continuasse as suas atividades, a redução fiscal proporcionada pelo benefício do DESENVOLVE já estaria legitimada até abril de 2015, ou seja, o Estado já estaria financiando (“abrindo mão”) de parte substancial do ICMS devido pelo recorrente até essa data, fato que não irá mais ocorrer em virtude do encerramento das atividades desde meados de 2009.

Que portanto, considerando que os valores cobrados na Infração 1 estão totalmente vinculados a projetos de investimentos que teriam uma vida útil de, no mínimo, 12 anos, e que parte deste saldo devedor foi “rateado” com o Estado, o entendimento dele, Recorrente, é o de que um percentual dos valores cobrados nesta infração pertence ao Governo da Bahia, justamente àquele relativo a contrapartida do Estado prevista no Programa DESENVOLVE.

Que diante do exposto, requer a esta Câmara de julgamento, que o Conselho Deliberativo do DESENVOLVE seja consultado sobre essa situação, pois, de acordo com artigo 23, do Regulamento do referido Programa, aprovado pelo Decreto nº 8.205/2002, “*os casos omissos no presente Regulamento serão resolvidos pelo Conselho Deliberativo do DESENVOLVE*”.

O recorrente aduz que por tratar-se de um dos casos em que não existe previsão expressa no Regulamento do Programa DESENVOLVE – *encerramento das atividades antes do prazo de fruição do benefício* - o entendimento dele, Recorrente, é o de que o Conselho Deliberativo do programa deve, obrigatoriamente, pronunciar-se sobre o assunto, sobretudo acerca da relação “*saldo devedor do ICMS / contrapartida do Estado*”, relação esta que não irá ocorrer durante metade do tempo previsto.

Que feitas essas duas considerações - matéria em discussão judicial e encerramento das atividades da empresa – passa a tratar das questões abordadas no Acórdão JJF nº 0326-04/11,

relativas à Infração 01.

O recorrente passa a argumentar no sentido de que teria havido o cancelamento do benefício do DESENVOLVE com base em legislação em vigor somente após a sua habilitação. Que ocorreu uma alteração no artigo 18, do decreto nº 8.205/02 durante o período em que a empresa já estava habilitada ao DESENVOLVE. Que a empresa já tinha o status de “direito adquirido”, pelo que o Fisco não poderia desprezar o texto antigo e utilizar como fundamento para autuação o novo texto do artigo 18, pois essa nova disposição legal ainda não vigorava na época em que ele, Recorrente, foi habilitado ao programa, no ano de 2003. Que na prática isso significa que os critérios para cancelar os benefícios do programa, quaisquer que sejam eles, devem estar em consonância com aqueles determinados na legislação de origem.

Que como a legislação aplicável na época não previa como cenário para cancelamento de benefícios o critério da legislação atual, caso não tivesse havido a alteração do artigo 18 do Decreto do DESENVOLVE, a autuação não existiria. Discorre sobre o princípio da irretroatividade da lei, que aduz que, resumidamente, prevê que não podem ser exigidos tributos sobre fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que instituiu ou aumentou algum tributo (artigo 150, inciso III, alínea “a”, da CF/88). Que a lei tributária só poderá retroagir para beneficiar o contribuinte, nunca para cobrar tributos que à época da lei original não possuiriam tal previsão de cobrança.

Que adicionalmente a essa questão da irretroatividade da lei, ressaltar que muito embora a legislação originária previsse a suspensão do incentivo com 3 meses consecutivos ou 6 alternados de atraso, na prática, a empresa habilitada ao DESENVOLVE somente seria excluída do Programa, de fato, após a publicação dessa exclusão no Diário Oficial do Estado, o que significa que, mesmo que ocorressem esses atrasos, os benefícios não poderiam ser “cancelados” através de lançamento de ofício, por Auto de Infração, mas somente após a empresa ser oficialmente notificada deste cancelamento.

Que ainda que a empresa estivesse sujeita ao novo texto do artigo 18, não se pode revogar um benefício fiscal concedido pelo Estado, num mero procedimento de fiscalização, e a revogação do referido programa DESENVOLVE, assim como os eventuais ajustes fiscais decorrentes dessa exclusão, só podem se tornar oficiais e válidas após a notificação oficial do ocorrido, mediante publicação.

Que no julgamento proferido pela 4<sup>a</sup> JJF não foram entendidas como válidas as suas argumentações, e foi corroborado o procedimento adotado pelo Fisco, motivo pelo qual requer a esta CJF que reavalie a questão levando em consideração todas as argumentações apresentadas tanto na impugnação quanto neste Recurso Voluntário.

O contribuinte prossegue expondo que houve glosa dos créditos de ICMS nas aquisições de ativo, pois o Fisco não considerou como válido, para fins de apuração da parcela não dilatada do incentivo, o crédito fiscal referente às aquisições de bens para o ativo permanente da empresa, consolidados no CIAP.

Que no julgamento em 1<sup>a</sup> Instância o ilustre Relator do PAF, na 4<sup>a</sup> JJF, considerou que os créditos de ICMS relativos às aquisições de ativo imobilizado não deveriam ser considerados como créditos vinculados ao projeto, não podendo ser levado em conta na apuração da parcela incentivada.

Que essa Decisão, que entende equivocada, foi justificada pela 4<sup>a</sup> JJF em função da edição, pela Superintendência de Administração Tributária, da Instrução Normativa nº 27/2009, na qual, segundo entendimento da 4<sup>a</sup> JJF, o item 2.2.18, prevê expressamente a exclusão dos créditos fiscais utilizados pelo recorrente no cálculo da parcela incentivada do ICMS.

Que adicionalmente, em outra análise que também entende equivocada, a 4<sup>a</sup> JJF tentou justificar a não consideração dos créditos fiscais relativos às aquisições de ativo, em função do diferimento do ICMS nas aquisições de bens destinados ao ativo imobilizado previsto na legislação do

DESENVOLVE.

Que sobre essas alegações da 4ª JJF acerca da desconsideração dos créditos fiscais nas aquisições de ativo, ele, Recorrente, informa inicialmente que a Instrução Normativa mencionada no Acórdão foi publicada em 03/06/2009, portanto, em data posterior ao do cometimento da suposta infração, cujo último período autuado foi de 31/03/2008.

Que de acordo com o artigo 1º, desta Instrução Normativa, “*para cálculo da parcela do saldo devedor do ICMS a recolher passível de incentivo pelo Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – 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*”, o que ele, contribuinte, entende significar que somente após a publicação desta norma legal é que ficaram claramente definidos os critérios para apuração da parcela incentivada do saldo devedor do ICMS.

Que até à edição desta IN, tanto ele, Recorrente, quanto os demais contribuinte do ICMS habilitados ao DESENVOLVE, efetuavam o cálculo do imposto de acordo com as práticas usualmente utilizadas, previstas na legislação estadual, sobretudo no RICMS/BA/97.

O contribuinte afirma que se a referida IN pudesse alcançar os períodos autuados na Infração 01, a 4ª JJF equivocara-se ao afirmar que as parcelas creditadas pela estariam de fora dos cálculos, pois o item 2.2.18 classifica como CNVP (créditos fiscais não vinculados ao projeto aprovado) apenas os bens do ativo adquiridos que não estejam vinculados ao projeto de investimento apresentado pela ao Conselho Deliberativo do DESENVOLVE, constatação esta que não se encontra presente aos autos, o que impediria tal averiguação tanto pelo Fisco, quanto pelos membros da 4ª JJF.

Que por fim, em relação a justificativa da 4ª JJF acerca da glosa dos créditos fiscais relativos às aquisições de ativo, em função do diferimento do ICMS nas aquisições de bens destinados ao ativo imobilizado previsto na legislação do DESENVOLVE, informa que tal argumentação não teria fundamento legal, primeiro pelo fato de que ele, Recorrente, não estava habilitado na Resolução nº 09/2003 a adquirir bens do ativo com diferimento do ICMS, e segundo, pelo fato de que a legislação estadual permite o creditamento do imposto nas entradas de bens em geral quando as saídas subsequentes praticadas ocorrem com diferimento do ICMS.

Que não procede a argumentação do Fisco, que vincula a glosa dos créditos dos bens do ativo no cálculo da parcela incentivada ao diferimento do ICMS nas suas aquisições.

O contribuinte requer que sejam consideradas no cálculo do ICMS devido, as parcelas relativas aos créditos fiscais oriundos das aquisições de ativo imobilizado consolidados no CIAP.

Que caso esta Câmara entenda que seja necessário o refazimento dos cálculos por Auditores estranhos ao feito, então requer a conversão do PAF em diligência, para que a ASTEC possa apurar de forma correta o saldo devedor do ICMS em cada período.

Requer que após reanálise, seja julgada totalmente improcedente a Infração 1, por não estar configurada violação a qualquer dispositivo da legislação estadual vigente.

O recorrente passa a pronunciar-se sobre a Infração 2.

Aduz que o Fisco alegou que alguns documentos fiscais de entradas não foram escriturados no Livro Registro de Entradas – LRE, e em função disso autuou a empresa em 10% do valor comercial de cada nota fiscal eventualmente não escriturada.

Que na defesa administrativa demonstrou que a alegação não teria procedência, e, por amostragem, demonstrou que algumas dessas notas fiscais, efetivamente, “*deram entrada no estabelecimento.*”

Que na Informação Fiscal o Fisco reconheceu o erro relativo às duas notas, porém não procedeu

à reanálise da infração, com o objetivo de verificar se as demais notas fiscais também estavam escrituradas. Que a JJF negou o pedido para a realização de diligência – que novamente solicita – com a finalidade de verificar se as demais notas fiscais estavam escrituradas, e julgou a acusação procedente.

O contribuinte cita o artigo 159 do RPAF/BA, fala em equidade, argui que se algum colaborador seu houvera deixado de escriturar notas fiscais, isto dever-se-ia a falta de conhecimentos suficientes sobre a matéria, e que ainda assim, se houvera a falta de escrituração, isto não teria causado prejuízo ao erário, posto que para obter vantagem teria escriturado em duplicidade, o que não fizera. Que não houvera má-fé. Pede que a multa seja dispensada ao apelo de equidade, e enviado o PAF à Câmara Superior desse Conselho, para tanto.

O recorrente passa a manifestar-se acerca da Infração 03.

Aduz que nesta infração foi reclamada a falta de recolhimento do ICMS diferido nas entradas de refeições para consumo dos funcionários do recorrente.

Que no período março de 2006 a fornecedora de refeições do recorrente era a Cozinha Bamzaine, e, em relação a este período, acata a Decisão proferida pela 4ª JJF, que reconheceu como devida a alíquota de 4%, e não 17%, como consta no Auto de Infração.

Que em relação aos períodos de outubro e novembro de 2007, onde os valores foram cobrados a uma alíquota de 17%, e cujo fornecedor era a empresa Nutriz Refeições Ltda., a Decisão da 4ª JJF foi pela manutenção da cobrança a alíquota de 17%, o que o recorrente não pode concordar.

Que foi constatado pela 4ª JJF que a empresa Nutriz Refeições Ltda. estava enquadrada no regime do Simples Nacional no período de outubro e novembro, e empresas enquadradas no Simples Nacional possuem tributação diferenciada, “calculada sobre a sua Receita Bruta”, e não caberia nova cobrança de ICMS sobre o fornecimento de refeições, porque tais operações já tiveram o imposto recolhido na forma definida na legislação do Simples Nacional.

Requer a esta Câmara que considere indevida a cobrança do ICMS nos períodos de outubro e novembro de 2007, pois o imposto cobrado nestes períodos, foram efetivamente recolhidos pelo fornecedor de refeições, por se encontrar enquadrada no regime do Simples Nacional.

Expõe que adicionalmente, caso esta argumentação não seja suficiente para que seja decretado o cancelamento da infração, submete à apreciação deste órgão julgador mais um argumento, a seguir exposto, que capaz de reduzir substancialmente o valor cobrado nesta Infração 3.

Aduz que foi habilitada ao Programa DESENVOLVE, regulamentado pelo Decreto nº 8.205/2002, através da Resolução nº 09/2003. Por estar habilitada ao DESENVOLVE durante todo o período fiscalizado, o cálculo mensal do imposto era feito da seguinte forma: sobre o saldo devedor de ICMS do mês apurava-se 20% para liquidação imediata e 80% para liquidação futura, pois este percentual poderia ser dilatado em até 6 anos, seguindo as regras do Programa DESENVOLVE.

Que se a empresa possui um benefício fiscal que lhe permite dilatar até 80% do seu saldo devedor, e posteriormente liquidá-lo com até 80% de desconto, não teria cabimento cobrar num Auto de Infração 100% do valor do ICMS supostamente devido, desprezando, nesta cobrança, os percentuais de redução relativos tanto a parcela não dilatada do imposto quanto a dilatada.

Que é importante ressaltar que o deferimento do ICMS no fornecimento de refeições encerra-se no momento da entrada no estabelecimento do adquirente, e o seu pagamento é devido no dia do vencimento do ICMS normal, até o dia 09 do mês subsequente, conforme art. 348, § 1º, inc. IV, do RICMS/BA/97.

Que assim o valor do ICMS das refeições passaria a fazer parte do saldo devedor dele, Recorrente, o que significaria que o benefício do DESENVOLVE alcançaria essa parcela relativa ao encerramento da fase do deferimento, fato não considerado pelo Fisco e que altera de o cálculo do imposto devido.

Que analisando sob ótica estritamente financeira, o benefício fiscal do DESENVOLVE permite, por exemplo, que a alíquota interna de ICMS de 17% seja “desmembrada” da seguinte forma: 3,4% à vista e 13,6% dilatado para 6 anos, sendo que essa parcela dilatada poderá ser liquida por 20% do seu valor, ou seja 2,72%, o que significa que a alíquota original de 17% corresponda na prática a apenas 6,12%.

Que o Fisco deveria, no momento da quantificação do suposto débito, ter aplicado alíquota proporcional em função do desconto da parcela dilatada e da não dilatada, o que entende que daria, pela demonstração, uma alíquota próxima a 6,12%, e não 17%, como cobrou o Fisco na Infração 03. Que o mesmo raciocínio da redução deveria ser aplicado nas situações em que a alíquota interna seja de 4%, o que daria, pelas contas acima demonstradas, uma alíquota próxima a 1,44%.

Que diante do exposto, requer a esta CJF que sejam acatados os argumentos apresentados e que seja determinado que jamais poderia o fisco ter submetido a Infração 03 à uma alíquota cheia de 17% ou de 4%, desprezando os efeitos oriundos do Programa DESENVOLVE.

O contribuinte aduz, quanto à Infração 04, que nesta o Fisco reclama créditos fiscais relativos às aquisições de bens do ativo imobilizado apropriados com valores supostamente superiores aos devidos, extraídos do CIAP.

Que submete à apreciação deste órgão julgador o mesmo argumento utilizado na Infração 3, relativo a habilitação do recorrente aos benefícios no Programa DESENVOLVE, como se transcrito.

Que em resumo, pela sistemática do DESENVOLVE, os valores cobrados pelo Fisco na Infração 04, caso fossem devidos, seriam lançados na escrita fiscal do recorrente e comporiam o seu saldo devedor, pelo que estariam sujeitos a redução dos montantes originalmente cobrados, na forma prevista pelo Programa. Que o Fisco deveria ter aplicado a alíquota de forma proporcional em função do desconto da parcela dilatada e da não dilatada, o que entende que resultaria em valor substancialmente menor do que o originalmente cobrado nessa infração 4.

Requer a esta Câmara de Julgamento que converta o PAF em diligência, para que a ASTEC refaça os cálculos na forma prevista no Regulamento do Programa DESENVOLVE, computando os valores cobrados na Infração 4 nos saldos devedores dos respectivos períodos de apuração, o que irá reduzir de forma considerável o montante cobrado.

O contribuinte alega, quanto à Infração 5, que esta refere-se a falta de recolhimento da parcela não dilatada dos saldos devedores dos períodos de janeiro e setembro de 2007, ou seja, os 20% que deveriam ser pagos até o dia 09 do mês subsequente da ocorrência do saldo devedor.

Que trata-se de cobrança cujo fundamento é idêntico ao descrito na Infração 1, e por este motivo requer a este Colegiado que considere as alegações apresentadas relativas à Infração 1 como as mesmas razões para esta Infração 5, como se transcritas.

Que neste contexto, a Infração 5 deve ser analisada considerando os argumentos defensivos que foram bastante explorados quando da defesa da Infração 1, quais sejam: matéria em discussão judicial, encerramento das suas atividades, cancelamento do benefício do DESENVOLVE com base em legislação publicada após a habilitação da empresa, e glosa dos créditos fiscais do ICMS consolidados no CIAP.

Que após a análise dos fundamentos apresentados para cada um desses argumentos, requer que a Infração 05 seja julgada improcedente.

Que caso seja necessário o refazimento dos cálculos constantes nesta infração para apurar os saldos devedores com a inclusão dos créditos relativos ao CIAP, requer a conversão do PAF em diligência, para que a ASTEC/SEFAZ possa realizar uma nova auditoria e assim determinar de forma correta quais os saldos devedores dos períodos autuados.

Quanto à Infração 6, relata que esta refere-se a cobrança do ICMS devido por substituição tributária relativamente às operações internas subsequentes ocorridas em agosto/2008.

Que por ser do segmento de “chocolates”, possuía praticamente toda a sua linha de produtos enquadrada no regime de substituição tributária, conforme previsto no art. 353, inc. II, item 8.5, do RICMS/BA/97, que reproduz.

Que portanto, ao efetuar as vendas dos produtos a seus clientes, destacava na respectiva nota fiscal tanto o ICMS normal, relativo à sua própria operação, quanto o ICMS substituto, relativo às operações subsequentes, praticadas pela sua clientela.

Que, em resumo, a substituição tributária por antecipação consiste basicamente em atribuir ao fabricante a responsabilidade de recolher o ICMS incidente em toda a cadeia, até o consumidor final, e este era o modelo de tributação que lhe era aplicável.

Que por essa sistemática de tributação, seria justo que naqueles casos em que ocorreram devoluções de vendas ou desfazimento do negócio, e já tendo sido pago o ICMS antecipado por substituição, aquelas parcelas de imposto recolhidas fossem resarcidas a ele, Recorrente, que promovera tal recolhimento, já que não mais ocorrem operações subsequentes.

Que tentou obter administrativamente a restituição do valor indevidamente recolhido relativo ao ICMS substituição tributária de mercadorias devolvidas através do processo administrativo nº 048511/2009-3, mas seu pedido foi recusado, não restando-lhe outra alternativa senão recorrer ao Poder Judiciário visando ao reconhecimento do seu direito.

Que por isto impetrou, junto ao Poder Judiciário baiano, a Ação Declaratória nº 0045131-34.2010.805.0001, cujo processo encontrava-se em fase pericial na 9ª Vara da Fazenda Pública do Estado.

Que nesta ação ele, Recorrente, pede que seja declarado o seu direito de efetuar o lançamento, como crédito fiscal, dos valores de ICMS Substituto que deveriam ser aproveitados decorrentes das mercadorias devolvidas nos últimos cinco anos, que é o período prescricional do tributo.

O recorrente expõe que, adicionalmente, solicita que esse crédito fiscal seja aproveitado para liquidação de débitos de mesma natureza, quais sejam, ICMS Substituto, a que está submetido.

Que assim considerando que a referida Ação Declaratória encontrava-se em fase de perícia, e, ainda, considerando que os créditos fiscais a que faz jus serão objeto de compensação com débitos da mesma natureza - inclusive este da Infração 06 - requer a conversão do PAF em diligência à Procuradoria do Estado, para que este órgão possa emitir seu Parecer sobre essa ação judicial.

Que após a constatação da existência de créditos fiscais suficientes para liquidar os valores cobrados nesta Infração 6, requer que seja decretada a total improcedência desta infração.

Quanto à Infração 7, relata que esta acusação aponta erros no preenchimento de alguns dados na Declaração Mensal de Apuração do ICMS – DMA do período de janeiro/2006.

Que trata-se de mero erro de preenchimento da DMA, que não ocasionou prejuízo ao erário estadual; que em apenas um dos meses fiscalizados foi constatado este erro, que a JJF negou o seu pedido, mas que novamente requer a esta Câmara que seja concedido o cancelamento da multa cobrada na Infração 7, pelo fato de a mesma ter sido cometida sem dolo, fraude ou simulação, além de não ter causado nenhuma influência no valor do ICMS apurado e recolhido no mês.

No que tange à Infração 9, o Recorrente narra que esta refere-se a saídas a título de bonificação sem a retenção, e posterior recolhimento, do ICMS devido por substituição. Que teria demonstrado, em sua impugnação, que as notas fiscais emitidas a título de bonificação estariam sempre atreladas a uma nota fiscal de vendas, o que a seu ver caracterizaria a natureza de desconto incondicional na respectiva operação, e sem a incidência do imposto.

Que acrescentou jurisprudência sobre o tema, procurando demonstrar que os diversos tribunais também possuiriam o mesmo entendimento do recorrente acerca do assunto, inclusive a posição do judiciário baiano acerca do assunto, proferida no mandado de segurança impetrado por outro contribuinte do Estado, objeto do Processo Judicial nº 692527-9/2005. Que a 4ª JJF, contudo, entendeu que as bonificações em questão não se referiam a um desconto incondicional, e manteve integralmente a Infração 9.

Que a bonificação que concedia em suas operações de vendas seria “*um tipo de desconto incondicional que consistia na entrega de uma maior quantidade de produto pelo mesmo preço do negócio acertado, reduzindo o preço médio do produto final, sem diminuição do valor da venda.*”

Que apesar de tratar-se de desconto incondicional, o Estado da Bahia vem exigindo o pagamento do ICMS normal e do ICMS devido por Substituição Tributária sobre as bonificações concedidas, o que seria ilegal, em seu entender.

O contribuinte copia trecho do RESP 1.021.740 MG sobre bonificações, e o artigo 8º da Lei Complementar nº 87/96, que prevê que a base de cálculo do ICMS devido por substituição tributária é o valor da operação praticada, aduzindo que como nas bonificações concedidas não há valor praticado na operação, não há base de cálculo para cobrança do ICMS.

Que assim restaria demonstrado ser indevido o ICMS sobre bonificações concedidas, seja no ICMS normal da empresa, seja quando esta atua na qualidade de substituta tributária, que é o objeto desta Infração 9, não devendo ser objeto de cobrança o ICMS supostamente incidente a este título. Que considerando que administrativamente não teria o seu direito assegurado, tanto que foi confirmada pela 4ª JJF a validade da lavratura da Infração 09, não restou-lhe outra alternativa senão a de recorrer ao Poder Judiciário visando ao reconhecimento do seu direito.

Que por isto impetrara, junto ao Poder Judiciário baiano, a Ação Declaratória nº 0045117-50.2010.805.0001, cujo processo encontrava-se em fase pericial na 10ª Vara da Fazenda Pública do Estado. Que nesta Ação pede que seja declarado o seu direito de não efetuar o recolhimento do ICMS normal e do ICMS devido por substituição nas saídas em bonificações, já que as mesmas tratariam de descontos incondicionais, sem previsão de incidência do ICMS. Que adicionalmente solicitara que os valores recolhidos indevidamente a este título fossem-lhe devidamente restituídos, seja em forma de crédito fiscal, seja aproveitando para liquidação de débitos que porventura possua perante a Fazenda Estadual.

Que assim considerando, portanto, que a referida Ação Declaratória encontrava-se em fase de perícia, porém, considerando a posição atual do judiciário baiano acerca do tema, requer o recorrente a conversão do PAF em diligência à Procuradoria do Estado, para que este órgão possa emitir seu Parecer sobre essa ação judicial.

Que após a confirmação, pelo Poder Judiciário da Bahia, de que não é devida a cobrança do ICMS devido por substituição nos descontos incondicionais concedidos sob a forma de bonificações, requer que seja declarada a improcedência da Infração 9.

O recorrente passa a pronunciar-se acerca das Infrações 10, 11 e 12, aduzindo que tratam de suposta diferença encontrada nos seus estoques nos anos de 2006 e 2007, cujas diferenças, em quantidade, “*foram valoradas em bases presumidas*” e os totais constantes no Auto de Infração foram determinados “*a partir do arbitramento das bases de cálculo*”.

Que a Infração 10 refere-se supostamente a omissões de entradas de mercadorias ocorridas no exercício de 2006, a Infração 11 aponta omissões de saídas de produtos acabados no exercício de 2007 e a Infração 12 se refere ao ICMS devido por substituição das mercadorias que supostamente foram emitidas sem notas fiscais no exercício de 2007, cujo ICMS normal foi cobrado na Infração 11.

O contribuinte prossegue expondo as seguintes argumentações sobre as acusações 10, 11 e 12:

(a) Alega ter apresentado, na defesa administrativa, uma série de justificativas para as diferenças de estoque apuradas, adicionando, inclusive, o “relatório LOGIX”, que é um seu instrumento importante de controle. O contribuinte afirma que quando da apresentação deste relatório teria provado inconsistências no levantamento fiscal, reduzindo as diferenças apontadas pelo Fisco, mas que este relatório não teria sido analisado pelo Fisco, e nem acatado pela JJF.

Aduz que em tal relatório há muitas informações importantes, inclusive sobre quantidades dos seus estoques iniciais e finais, e que no levantamento do Fisco estaria incorretamente apontando seu estoque como se não houvesse mercadorias, o que afirma que não seria a realidade.

(b) Em seguida argui que teria havido perdas nos estoques, não computadas no cálculo do Fisco; que comercializava com chocolates e bombons, com embalagens frágeis e, portanto, sujeitas a perdas, tanto relativas ao acondicionamento, quanto em relação aos prazos de validade dos produtos.

(c) Afirma que 75% de suas vendas são para microempresas, com a alíquota de 7%, e por este motivo a alíquota a ser aplicada pelo Fisco no levantamento quantitativo não poderia ser a de 17%, e sim uma alíquota média e proporcional à quantidade de clientes tributados normalmente e microempresas.

Aduz que o artigo 13, inciso I, da Portaria nº 445/98, e a alínea “a” do inciso II do artigo 60 do RICMS/BA/97, que reproduz, tratam de base de cálculo, mas são omissos em relação à alíquota a ser aplicada, devendo, portanto, prevalecer o bom senso no levantamento quantitativo pelo Fisco.

(d) Argumenta que deveria haver redução das alíquotas de ICMS em função da sua habilitação ao Programa DESENVOLVE, regulamentado pelo Decreto nº 8.205/2002, através da Resolução nº 09/2003. Que por estar habilitada ao DESENVOLVE durante todo o período fiscalizado, o cálculo mensal do imposto era feito da seguinte forma: sobre o saldo devedor de ICMS do mês apurava-se 20% para liquidação imediata e 80% para liquidação futura, pois este percentual poderia ser dilatado em até 6 anos, seguindo as regras do Programa DESENVOLVE.

Que possuindo um benefício fiscal que lhe permite dilatar até 80% do seu saldo devedor, e posteriormente liquidá-lo com até 80% de desconto, não teria cabimento cobrar num Auto de Infração 100% do valor do ICMS supostamente devido, desprezando, nesta cobrança, os percentuais de redução relativos tanto a parcela não dilatada do imposto quanto a dilatada.

Que o valor do ICMS decorrente das supostas omissões de entradas e saídas passaria a fazer parte do seu saldo devedor, o que significaria que o benefício do DESENVOLVE alcançaria a parcela do imposto decorrente destas omissões, fato não considerando pelo Fisco no momento da lavratura das infrações 10, 11 e 12, e que altera de maneira considerável o cálculo do imposto devido.

Expõe o seguinte raciocínio:

*“Analisando sob uma ótica estritamente financeira, o benefício fiscal do DESENVOLVE permite, por exemplo, que a alíquota interna de ICMS de 17% seja “desmembrada” da seguinte forma: 3,4% á vista e 13,6% dilatado para 6 anos, sendo que essa parcela dilatada poderá ser liquidada por 20% do seu valor, ou seja 2,72%, o que significa que a alíquota original de 17% corresponda na prática a apenas 6,12%.*

*Ou seja, deveria o fisco no momento da quantificação das supostas infrações, ter aplicado a alíquota de forma proporcional em função do desconto da parcela dilatada e da não dilatada, o que daria, pela demonstração acima, uma alíquota próxima a 6,12%, e não 17%, como cobrou o fisco nas infrações 10, 11 e 12, deste Auto de Infração.”*

O contribuinte pede a realização de nova diligência a ser feita pela ASTEC/CONSEF, na busca da verdade material, para que seja apurado de forma correta as reais divergências de estoques, caso realmente existam.

Pede também a realização de perícia, e apresenta os seguintes quesitos:

- 1) Queira o Sr. Perito informar se os controles internos do recorrente são suficientes para se demonstrar as perdas de estoque ocorridas na sua operação;

- 2) Queira o Sr. Perito informar se as perdas ocorridas nos exercícios de 2006 e 2007 foram devidamente contabilizadas e identificadas nos relatórios internos de auditoria ou quaisquer outro controle destinado a este fim;
- 3) Para as mercadorias objeto das Infrações 10, 11 e 12, queira o Sr. Perito identificar se efetivamente ocorreram perdas durante os anos de 2006 e 2007, e se tais perdas foram computadas no levantamento quantitativo original, efetuado pela Fiscalização;
- 4) Por fim, queira o Sr. Perito definir o valor total das infrações, após realizadas todas as análises relativas ao processo.
- 5) Queira o Sr. Perito informar qual o percentual exato de clientes do recorrente que se referem a microempresas ou empresas de pequeno porte, para cada um dos anos em que foram apuradas divergências nos estoques, quais sejam, 2006 e 2007;
- 6) Após a determinação dos percentuais acima, e a subsequente aplicação sobre as bases de cálculo relativas às omissões de saídas descontadas das quantidades relativas às perdas de estoques, queira o Sr. Perito informar qual o montante do ICMS a ser recolhido, caso ainda haja.

Indica como Assistente Técnico o sr. Robson Alexandre Arléo Barbosa Amorim, que qualifica como Bacharel em Ciências Contábeis, CRC nº BA 018614/O-7, CPF 617.255.445-04, RG nº 04.012.487-80, com endereço à Rua Carmem Miranda, nº 321, Aptº 102, Pituba, Salvador-BA.

Requer que sejam acatados os pedidos de diligência e de perícia à ASTEC para esclarecimento das questões levantadas nos quesitos, e após o retorno do PAF ao CONSEF, pede o julgamento pela improcedência das Infrações 10, 11 e 12.

O recorrente conclui requerendo:

1 - Em relação à Infração 01, o recorrente requer aos membros desse órgão julgador, primeiramente, que sejam atendidos os pedidos de diligências solicitados, a saber:

- a) à Procuradoria Geral do Estado, para que este órgão se manifeste acerca das ações judiciais movidas pelo recorrente e que se referem ao objeto desta Infração;
- b) ao Conselho Deliberativo do DESENVOLVE, para que este órgão possa opinar acerca da situação peculiar verificada no bojo do referido PAF, qual seja, o fato do recorrente ter encerrado as suas atividades antes do prazo de fruição integral do benefício, e, com isso, não ter usufruído integralmente o benefício concedido em contrapartida aos investimentos realizados;
- c) à ASTEC, para que este órgão possa emitir Parecer acerca da glosa dos créditos fiscais do ICMS consolidados no CIAP e não acatados pela fiscalização para fins de cálculo das parcelas incentivadas e não incentivadas relativas ao Programa DESENVOLVE.

2 - Em relação à Infração 02, o recorrente requer a conversão do PAF em diligência, para que a ASTEC, mediante procedimento fiscal, verifique se efetivamente as notas fiscais apontadas pelo fisco deram ou não entrada na sua escrita fiscal. Após o retorno do PAF ao CONSEF, o recorrente requer a total improcedência desta Infração, pois certamente o Parecer da ASTEC demonstrará que não houve falta de lançamentos de documentos fiscais na sua escrita fiscal. Por fim, caso este egrégio órgão julgador possua um entendimento divergente, o recorrente requer que esta infração seja remetida diretamente à Câmara Superior do CONSEF, conforme artigo 159, do RPAF, para que este órgão possa examinar a matéria, e, assim sendo, possa deliberar pela dispensa total da multa por infração ao apelo de equidade, cujos motivos estão devidamente justificados neste Recurso Voluntário.

3 - Em relação à Infração 03, o recorrente requer a esta Câmara a total improcedência desta infração, pois o imposto cobrado nestes períodos, além de ter sido efetivamente recolhido pelo fornecedor de refeições, jamais poderia ter sido submetido à uma alíquota cheia, de 17% ou de 4%, desprezando os efeitos oriundos do Programa DESENVOLVE.

4 - Em relação à Infração 04, o recorrente requer a esta Câmara que converta o PAF em diligência, para que a ASTEC possa refazer os cálculos na forma prevista no Regulamento do Programa DESENVOLVE, computando os valores cobrados nos saldos devedores dos respectivos períodos de apuração, reduzindo substancialmente os valores cobrados nesta infração.

5 - Em relação à Infração 05, o recorrente requer aos membros desse órgão julgador, primeiramente, que sejam atendidos os pedidos de diligências solicitados, a saber:

- a) à Procuradoria Geral do Estado, para que este órgão se manifeste acerca das ações judiciais movidas pelo recorrente e que se referem ao objeto desta Infração;

b) ao Conselho Deliberativo do DESENVOLVE, para que este órgão possa opinar acerca da situação peculiar verificada no bojo do referido PAF, qual seja, o fato do recorrente ter encerrado as suas atividades antes do prazo de fruição integral do benefício, e, com isso, não ter usufruído integralmente o benefício concedido em contrapartida aos investimentos realizados;

c) à ASTEC, para que este órgão possa emitir Parecer acerca da glosa dos créditos fiscais do ICMS consolidados no CIAP e não acatados pela fiscalização para fins de cálculo das parcelas incentivadas e não incentivadas relativas ao Programa DESENVOLVE.

6 - Em relação à Infração 06, requer o recorrente a conversão do PAF em diligência à Procuradoria do Estado, para que este órgão possa emitir seu Parecer sobre a Ação Declaratória nº 0045131-34.2010.805.0001, da 9ª Vara da Fazenda Pública do Estado, que possui relação direta com essa Infração 06. Após a constatação da existência de créditos fiscais suficientes para liquidar os valores cobrados nesta infração, requer o recorrente que seja decretada a total improcedência desta infração.

7 - Em relação à Infração 07, requer o recorrente a esta egrégia Câmara de julgamento, que seja concedido o cancelamento da multa cobrada na Infração 07, na forma do § 7º do artigo 42, da Lei nº 7.014/96 pelo fato da mesma ter sido cometida sem dolo, fraude ou simulação, além de não ter causado nenhuma prejuízo financeiro ao erário.

8 - Em relação à Infração 09, requer o recorrente a conversão do PAF em diligência à Procuradoria do Estado, para que este órgão possa emitir seu Parecer sobre a Ação Declaratória nº 0045117-50.2010.805.0001, da 10ª Vara da Fazenda Pública do Estado, que possui relação direta com essa Infração 06. Após a confirmação de que não é devida a cobrança do ICMS Substituto nos descontos incondicionais concedidos sob a forma de bonificações, requer o recorrente que seja decretada a total improcedência desta Infração 09.

9 – Finalmente, em relação às Infrações 10, 11 e 12, o recorrente requer aos membros desse órgão julgador, primeiramente, que sejam atendidos os pedidos de diligências solicitados à ASTEC, a saber:

a) para que uma nova movimentação nos estoques do recorrente seja efetuada considerando o relatório LOGIX, apurando, assim, de forma correta, as reais divergências de estoques, caso realmente existam;

b) para que seja feita, “in loco”, uma análise nos relatórios e controles do recorrente, a fim de se constatar que, de fato, ocorreram perdas de produtos durante os anos de 2006 e 2007 não computadas pela fiscalização nos respectivos demonstrativos fiscais;

c) para que seja detectado qual o percentual exato de clientes do recorrente que se referem a microempresas ou empresas de pequeno porte, para cada um dos anos em que foram apuradas divergências nos estoques, quais sejam, 2006 e 2007, visando a correta aplicação das alíquotas, se 7% ou 17%, na quantificação das infrações;

d) para que seja aplicada a alíquota de forma proporcional em função do desconto da parcela dilatada e da não dilatada, o que daria uma alíquota próxima a 6,12%, e não 17%, como cobrou o fisco nas infrações 10, 11 e 12, deste Auto de Infração.

O contribuinte pede que, após a realização das diligências e perícias solicitadas, sejam julgadas improcedentes as acusações 1, 2, 3, 5, 6, 9, 10, 11 e 12, e reduzido o débito da infração 4.

Pede que a multa da Infração 7 seja cancelada por ter sido praticada sem dolo, fraude, ou simulação, e porque não teria havido prejuízo ao erário.

Pede também que o processo seja encaminhado à Câmara Superior deste Conselho de Fazenda para que seja dispensada a multa da Infração 2, ao apelo de equidade.

Constam, nos autos, documentos referentes a questionamento acerca da tempestividade do Recurso Voluntário apresentado, tendo o Presidente deste Conselho acolhido a impugnação apresentada pelo sujeito passivo, restando válido o apelo recursal apresentado, prosseguindo o feito a tramitação regulamentar (fls. 627 a 664).

A PGE/PROFIS, por intermédio do Procurador José Augusto Martins Júnior, emite Parecer às fls. 674 a 683 aduzindo, em relação a cada uma das acusações impugnadas:

INFRAÇÃO 1 – Tendo em vista a interposição de ação judicial sobre conduta infracional testificada no lançamento, teria restado prejudicado o apelo voluntário, aplicando-se o disposto no artigo 27, IV, do RPAF/BA. Houve preclusão lógica. A alegação do contribuinte quanto a ter usufruído apenas metade do prazo do benefício, e que por isto deveria haver aplicação de proporcionalidade na apuração do imposto cobrado não tem suporte legal, e não se pode

empresar raciocínio extensivo ao benefício. Não existiu revogação do benefício pelo Fisco.

O Decreto Regulamentar do benefício não poderia estabelecer restrições ao lançamento de ofício realizado por Auditores e Agentes de Tributos Estaduais, em especial no que tange à conduta infracional de não recolhimento do ICMS normal, porque a definição desta competência tem assento na Constituição do Estado da Bahia e no COTEB, norma hierarquicamente superiores às normas veiculadas em Decreto Regulamentar. Raciocínio diferente remeteria à absurda possibilidade da criação de condição de procedibilidade do lançamento tributário sem amparo legal e, pior do que isto, municiar competência de Órgão sem caráter permanente para tal mister.

A Resolução do Conselho Deliberativo do DESENVOLVE, espécie de ato administrativo de efeitos concretos, traduz-se em ato meramente declaratório, não se prestando a legitimar efeito constitutivo de relação obrigacional oriunda de benesse fiscal.

Quanto à glosa de crédito por aquisição e bens do ativo, o Procurador expõe que a Instrução Normativa [IN nº 27/2009] não criou norma limitadora de benefício do contribuinte, mas apenas explicitou a forma de cálculo da parcela incentivada para os prepostos do Fisco, como norma administrativa de cunho interno. Ademais, por estarem estas operações sujeitas ao diferimento, não existiria pagamento antecedente capaz de engendrar a utilização e qualquer crédito.

**INFRAÇÃO 2** – O ônus de provar que as entradas das mercadorias no estabelecimento foram devidamente registradas no livro fiscal é do contribuinte, não sendo lógico a determinação de diligência para tal mister. Como o contribuinte não trouxe dado novo ao processo, não merece modificação a Decisão de base.

**INFRAÇÃO 3** – Conforme disposto no artigo 343, XVIII, do RICMS/BA/97, nos fornecimentos de refeições a contribuintes dentro do Estado, desde que destinados a consumo dos empregados do mesmo, o momento do pagamento do imposto dá-se na entrada no estabelecimento do adquirente, no caso o autuado, por tratar-se de uma substituição tributária. Não houve bitributação, porque a LC 123/06, no seu artigo 13, §1º, XIII, “a”, excepciona e retira do regime especial de tributação as operações sujeitas à substituição tributária. Não há como acolher a tese recursal.

**INFRAÇÃO 4** – Não há como acolher a tese recursal no sentido de que os valores cobrados deveriam ser lançados em sua escrita fiscal e compor seu saldo devedor, pois na situação está a cobrar-se a utilização indevida de crédito fiscal, por conta de uma apropriação em desconformidade com a utilização escalonada de 1/48.

A redução do montante de imposto a recolher, conforme normas do benefício concedido, só se opera quando do pagamento antecipado das parcelas incentivadas, não havendo que se falar em redução quando apenas dilatado o prazo de recolhimento do saldo devedor incentivado, salvo nas hipóteses descritas no §8º do artigo 3º do Decreto nº 8205/2002, se devidamente comprovado o cumprimento dos requisitos fixados na norma. Inexistindo qualquer indicação de antecipação de pagamento do saldo devedor incentivado, ou comprovação do cumprimento dos depósitos fixados no §8º do artigo 3º do Decreto nº 8205/2002, não há que se falar em qualquer redução de montante.

**INFRAÇÃO 5** – A situação não está albergada pela ação judicial promovida pela empresa, porque o que se discute é apenas um erro na apuração do saldo devedor incentivado, e não há similitude com a lide judicial, referente a não concessão de diferimento nas aquisições de determinadas mercadorias pelo recorrente.

**INFRAÇÃO 6** – No apelo recursal não houve contestação à imputação, mas o contribuinte alegou que créditos decorrentes das hipóteses de devoluções e desfazimentos de negócios jurídicos estariam albergados em um pedido de restituição que fora feito na esfera judicial. O Recurso Voluntário estaria prejudicado quanto a este item.

**INFRAÇÃO 9** – O Recurso Voluntário estaria prejudicado em relação à Infração 09 em razão do

disposto no artigo 27 do RPAF/BA.

INFRAÇÕES 10, 11 e 12 – os argumentos colacionados à peça recursal não merecem suporte, porquanto não amparados na legislação. O levantamento tem por base as informações testificadas em livros e documentos fornecidos pelo próprio contribuinte, não se podendo falar em utilização de sistema gerencial de controle interno do recorrente como norte na realização de auditoria de estoque.

O Procurador aduz que calha apontar que todas as informações supostamente insertas no relatório Logix deveriam estar espelhadas e transcritas nos livros fiscais do autuado, não havendo como sustentar-se o inverso. Em relação às supostas perdas, todas deveriam estar registradas no livro registro de Controle da Produção e do Estoque, inexistindo, no caso, qualquer prova pontual das supostas perdas alegadas no Recurso.

Conclui opinando pelo Improvimento do Recurso Voluntário interpôsto.

Anterior Conselheiro Relator deste Processo Administrativo Fiscal - PAF, integrante da 3<sup>a</sup> Câmara de Julgamento Fiscal submeteu o PAF a análise em sessão de pauta suplementar aduzindo que o contribuinte, em relação à Infração 1, faz alusão à Ação Declaratória nº 1663069-1/2007 e à Cautelar Inominada nº 0084586-74.2008.805.001.

Que o contribuinte, visando elidir a acusação 6, cita a Ação Declaratória nº 0045131-34.2010.805.001, e para contestar a Infração 9 invoca a Ação Declaratória nº 0045117-50.2010.805.001.

Que de acordo com o Parecer PGE/PROFIS de fls. 674 a 683, a interposição de ação judicial sobre conduta infracional testificada no lançamento prejudica o Recurso Voluntário nos termos do artigo 27 do RPAF/BA.

Que, considerando que trata-se de matéria eminentemente jurídica, e por não haver nos autos cópia da petição inicial das ações judiciais, a 3<sup>a</sup> CJF decidiu encaminhar o processo em diligência à PGE/PROFIS solicitando que seja informado se há identidade entre a matéria tratada nas referidas ações judiciais e as Infrações 1, 6 e 9.

A PGE/PROFIS, por intermédio do Procurador José Augusto Martins Júnior, pronuncia-se à fl. 688 frente/verso opinando no sentido de que o contribuinte seja intimado a carrear aos autos as cópias das petições iniciais das Ações nºs 1663069-1/2007, 0084586-74.2008.805.001, 0045131-34.2010.805.001 e 0045117-50.2010.805.001, para que seja possível delimitar a causa de pedir das mesmas e, por conseguinte, fazer a correlação com as condutas infracionais descritas no lançamento objeto da lide.

Em decorrência de o anterior Conselheiro Relator não encontrar-se mais em exercício no cargo, o processo foi redistribuído (fl. 689) para nova Conselheira Relatora, integrante da 2<sup>a</sup> CJF, que o submeteu a análise em sessão de pauta suplementar na qual decidido que em atenção ao pedido formulado pela PGE/PROFIS, o processo deveria ser encaminhado para que autuante intimasse a empresa para apresentar as cópias das petições das Ações nºs 1663069-1/2007, 0084586-74.2008.805.001, 0045131-34.2010.805.001 e 0045117-50.2010.805.001.

Em atendimento, e em razão de a empresa autuado encontrar-se na situação de inapta (fls. 695 e 696) foi intimado o sócio da empresa para atender, no prazo de sessenta dias, à determinação da 2<sup>a</sup> Câmara (fl. 698).

O contribuinte pronunciou-se às fls. 701 a 707 reprisando as alegações referentes às Infrações 1, 06 e 9 e acostando documentos às fls. 708 a 812, dentre os quais cópia da petição inicial da Ação Declaratória nº 1663069-1/2007 (fls. 722 a 751); cópia da petição inicial da Ação Cautelar Inominada Incidental nº 0084586-74.2008.8.05.001 (fls. 753 a 772); cópia da petição inicial da Ação Declaratória nº 0045131-34.2010.8.05.001 (fls. 775 a 811).

A PGE/PROFIS, por intermédio do Procurador José Augusto Martins Júnior, emite Parecer às fls. 814 a 816 aduzindo que a Infração 1 trata de recolhimento a menos do ICMS em razão da falta de

recolhimento, na data regulamentar, da parcela não sujeita a dilação de prazo perdendo, o contribuinte, o direito ao benefício em relação à parcela incentivada prevista pelo Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia - DESENVOLVE, decorrente de erro na apuração da parcela não sujeita ao benefício DESENVOLVE; a Infração 06 cuida de falta de recolhimento do ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado; a Infração 9 é referente a falta de retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado.

O Procurador aduz que compulsando as exordiais acostadas percebe-se, como insinuara a manifestação do recorrente às fls. 701 a 707, que trata-se de inconformidades referentes à não concessão do benefício do diferimento delineado na Lei do DESENVOLVE e, outrossim, pedido de restituição de indébito, matérias estas que não guardam congruências com as Infrações 1, 6 e 9.

Prossegue expondo que não se pode olvidar que deve existir uma perfeita identidade entre a demanda administrativa e as demandas judiciais, *mutatis mutandi* ao que ocorre na situação de litispendência. Que, em outros termos, as demandas devem ter a mesma identidade de partes, casa de pedir e pedido. Que é disto que advém a lógica do artigo 117 do RPAF/BA, que reproduz.

O Representante da PGE/PROFIS conclui afirmando que diante do exposto, reitera o Parecer de fls. 674 a 683, opinando pelo Improvimento do Recurso Voluntário do autuado.

Às fls. 818 e 819 o processo foi redistribuído para a presente Conselheira Relatora, tendo em vista o afastamento da Conselheira Relatora anterior, e o atendimento da diligência de fls. 814 a 816.

## VOTO

Trata-se de reexame necessário nos termos da alínea “a” do inciso I do artigo do 169 do RPAF/BA, e de Recurso Voluntário, ambos interpostos contra julgamento, em Primeira Instância, do Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 17/10/2008 em razão de doze irregularidades, sendo objeto do Recurso de Ofício as infrações 2, 3 e 08, e do Recurso Voluntário as Infrações 1 a 7, e 9 a 12.

Preliminarmente, indefiro o pedido de realização de perícia, nos termos do artigo 147, inciso II, alínea “a”, do RPAF/BA, em razão de que a prova dos fatos independe de conhecimento especial de técnicos, e de que as provas constantes deste processo são suficientes para a formação do meu convencimento. Igualmente indefiro o pedido de realização de diligência, nos termos do artigo 147, inciso I, alínea “a”, do RPAF/BA, em razão de que as provas constantes deste processo são suficientes para a formação do meu convencimento.

Também preliminarmente verifico que estão presentes os pressupostos de validade processual, encontrando-se definidos o autuado, os montantes e os fatos geradores dos débitos tributários reclamados, não estando, o lançamento de ofício e o processo administrativo fiscal dele decorrente, incursos nas hipóteses previstas no artigo 18 do RPAF/BA. Resta evidenciado, tanto da impugnação ao lançamento de ofício, quanto do teor do Recurso Voluntário, que o contribuinte entendeu as imputações, tendo recebido os demonstrativos atinentes às mesmas na data da cientificação da lavratura do Auto de Infração e exercido tempestivamente seu direito de defesa tendo, inclusive, pronunciado-se quanto ao mérito neste processo.

Assinalo, por oportuno, que está afastada da competência deste contencioso administrativo a apreciação de constitucionalidade, e de ilegalidade de dispositivo normativo em vigor, nos termos do artigo 125 do Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB.

As multas aplicadas, como também os acréscimos moratórios incidentes sobre o débito, obedecem ao disposto na legislação tributária estadual, mais especificamente no artigo 42 da Lei nº 7.014/96 e no artigo 102, § 2º, II, também do COTEB.

Ainda preliminarmente, quanto à alegação do contribuinte no sentido de que em relação às

Infrações 1, 6 e 9 haveria ações judiciais em curso, que cita como sendo, em relação à Infração 1, Ação Declaratória nº 1663069-1/2007 e a Cautelar Inominada nº 0084586-74.2008.805.001; em relação à acusação 6, a Ação Declaratória nº 0045131-34.2010.805.001 e, quanto à Infração 9, a Ação Declaratória nº 0045117-50.2010.805.001., observo que por sugestão da PGE/PROFIS e deliberação deste Colegiado, o contribuinte foi intimado a apresentar as cópias das petições iniciais destas ações judiciais, o que fez às fls. 722 a 811.

Tendo sido tais petições analisadas pela PGE/PROFIS, o Procurador José Augusto Martins Júnior, às fls. 814 a 816, após analisá-las asseverou que tais medidas judiciais não interferem com o prosseguimento da presente lide administrativa, eis que inexiste mesma causa de pedir. Por conseguinte, neste voto será analisado o mérito de tais imputações.

No mérito, não merece reparo a Decisão recorrida.

Analiso primeiro o Recurso de Ofício, que refere-se às Infrações 2, 3 e 8.

Conforme descrito no Relatório que antecede este meu voto, a desoneração que enseja o reexame decorreu de revisões levadas a cabo pelo autuante (Infração 2), e posteriormente por Fiscal estranho ao feito, integrante da ASTEC/CONSEF e para tanto designado (Infração 8), e em sede de julgamento de Primeira Instância (Infração 3), tendo o digno Julgador, em relação à acusação 3, tomado por base o demonstrativo fiscal dos Autuantes, acostado à fl. 72, e aplicado o percentual de 4%, em razão de o fornecedor de refeições encontrar-se, à época, com apuração de ICMS sob regime de receita bruta, pelo que a alíquota aplicável às operações era a de 4% e não a de 17%, originalmente indicada na ação fiscal.

Assim, tendo o autuado impugnado o lançamento de ofício às fls. 192 a 231 (volume II), acostando documentos às fls. 232 a 321, quando da prestação da Informação Fiscal, às fls. 323 a 329, a autuante revisou o levantamento efetuado e reduziu o valor histórico de ICMS originalmente lançados da Infração 2 de R\$8.889,14 para R\$8.428,94 (fls. 347 e 347-A), acolhendo a alegação relativa a duas notas fiscais.

Quanto à Infração 8, às fls. 445 e 446 foi prolatado o Parecer ASTEC/CONSEF nº 113/2011, no qual o Diligente expôs ter constatado que a autuante cometera um equívoco procedendo ao cálculo das parcelas do ICMS sujeitas à dilação de prazo relativo ao exercício de 2006 com dedução dos valores relativos ao exercício de 2005, do que restou impossível aferir-se, com segurança, a existência de débito de ICMS, restando nula a acusação.

Por conseguinte, entendendo que laborou em acerto a Junta de Julgamento Fiscal quanto à desoneração realizada, voto pelo não provimento do Recurso de Ofício.

Passo à análise do Recurso Voluntário, que refere-se às as Infrações 1 a 7, e 9 a 12.

Quanto à Infração 1, esta cuida falta de recolhimento, na data regulamentar, da parcela de ICMS 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, decorrente de erro na apuração da parcela não sujeita ao benefício DESENVOLVE.

Consoante já descartado pela análise da PGE/PROFIS a respeito, e exposto no início deste meu voto, descabe a alegação de discussão concomitante da lide em plano do Judiciário.

As alegações do contribuinte acerca da justeza do atendimento do seu pleito quanto às condições de concessão do benefício do Programa DESENVOLVE, extrapolando aquilo que foi condido pelo Conselho Deliberativo ao qual cabe conceder, ou não, tal benefício, não podem ser apreciadas por este Colegiado, posto que não detém competência para delimitar a atuação do Conselho Deliberativo do DESENVOLVE.

Não procede a alegação defensiva quanto a que a nova redação do artigo 18 do Decreto nº 8.205/2002 teria sido aplicada como base para a cobrança do ICMS. De fato, a perda do benefício,

em relação aos meses objeto da acusação 1, deu-se porque o contribuinte não recolheu a parcela cujo prazo de recolhimento não fora dilatado, e a redação originária do mencionado Decreto já assim previa. A rigor, a nova redação apenas explicita que a perda do benefício ocorre em relação ao mês em que ocorre a irregularidade do não pagamento tempestivo de tal parcela. Esclareço que o benefício não foi cancelado, apenas foi suspenso em relação aos meses em que não houve o recolhimento da parcela que deveria ter sido recolhida no prazo de recolhimento do ICMS apurado pelo regime normal.

Em relação a créditos do ativo, a Instrução Normativa nº 27/2009 apenas explicita a forma de cálculo, não criando direito novo, por conseguinte não há lastro para a alegação defensiva em contrário.

Observo, contudo, que nos cálculos realizados pelo Fisco, nos demonstrativos anexados ao Auto de Infração, o ICMS lançado foi apurado considerando os créditos fiscais e os débitos tributários, na forma de apuração prevista para os contribuintes inscritos sob regime normal de apuração, vez que houve a perda do direito a uso do benefício DESENVOLVE, naquele período mensal, em decorrência do não pagamento tempestivo, no mês, da parcela não incentivada.

No que tange à alegação do contribuinte quanto a que deveria fazer jus a uma parte que seria proporcionalmente calculada em relação a tempo de benefício que não chegou a utilizar, tal raciocínio não encontra amparo na legislação do DESENVOLVE, tanto assim que o sujeito passivo não chega a indicar em qual dispositivo normativo existiria esta previsão.

Por outro aspecto, a argumentação do contribuinte no sentido de que deveria ser recalculado o saldo devedor do seu imposto, tomando-se como base também o montante de ICMS apurado no presente lançamento pelo Fisco, porque ele, sujeito passivo, não o havia recolhido ao erário, e nem havia escriturado como devido, e neste sentido, em havendo tal recálculo pelo Fisco, caberia investigar se ainda restaria imposto a recolher, esta construção de raciocínio não tem amparo no Direito positivo, pelo que não pode ser acolhida.

Voto pela manutenção da Decisão de base no sentido da procedência da Infração 1.

A Infração 2 trata de falta de registro, na escrita fiscal, de notas fiscais relativas a entradas, no estabelecimento, de mercadorias sujeitas a tributação, tendo sido aplicada multa de 10% sobre o valor comercial não registrado.

Em relação à parcela não desonerada, descabe a realização de diligência para apurar se houve, ou não, registro das notas fiscais, ou outra situação que decorra de falta de apresentação de prova documental da qual o contribuinte tivesse a obrigação tributária acessória de manter em sua guarda enquanto não decorrido o prazo decadencial para lançamento do imposto referente a tais documentos, ou enquanto persiste a lide.

O envio do processo à Câmara Superior deste Colegiado, para efeito de apreciação de pedido de dispensa de multa ao apelo de equidade, dependeria de apelo recursal de caráter volitivo, e não caberia a esta CJFa impetrá-lo, porquanto inexiste tal previsão de apelo recursal, visto que não se trata de multa por descumprimento de obrigação principal, e sim acessória.

Por oportuno pontuo que ainda que se tratasse de multa por descumprimento de obrigação tributária principal – do que não trata a imputação 2 em análise - é impossível, na data deste julgamento, o envio de processo à Câmara Superior para dispensa de multa por descumprimento de obrigação principal porque foi revogado, com efeitos a partir de 15/12/12, o §8º do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, que continha tal previsão.

Quanto ao pedido de dispensa da multa referente à Infração 02 porque inexistira dolo, e não teria sido causado prejuízo ao erário, os requisitos legais para tal dispensa de multa relativa a descumprimento de obrigação tributária acessória, previstos no artigo 42, §7º, da Lei nº 7.014/96, não estão provados neste processo.

Voto pela manutenção da Decisão de base no sentido da procedência parcial da Infração 2.

A Infração 3 cuida de falta de recolhimento do ICMS diferido, nas entradas de refeições destinadas a consumo por parte dos seus funcionários.

Em relação à parcela não desonerada, observo que trata-se de situação em que o momento do pagamento do imposto está diferido para a entrada da mercadoria no estabelecimento do destinatário, que figura como sujeito passivo por substituição, em relação às refeições que adquire para seus empregados. Por conseguinte, o imposto não é pago pela empresa fornecedora, que estava enquadrada no regime simplificado de apuração denominado Simples Nacional, posto que devido pela empresa adquirente, na situação em foco o erro recorrente.

Por outro aspecto, tanto quanto já alegado pelo recorrente em relação à Infração 1, observo a argumentação do contribuinte no sentido de que deveria ser recalculado o saldo devedor do seu imposto, tomando-se como base também o montante de ICMS apurado no presente lançamento pelo Fisco, porque ele, sujeito passivo, não o havia recolhido ao erário, e nem havia escrutinado como devido, e neste sentido, em havendo tal recálculo pelo Fisco, caberia investigar se ainda restaria imposto a recolher, esta construção de raciocínio não tem amparo no Direito positivo, pelo que não pode ser acolhida.

Voto pela manutenção da Decisão de base no sentido da procedência parcial da Infração 3.

A Infração 4 trata de utilização indevida de crédito fiscal de ICMS relativo à entrada de bem do ativo imobilizado, tendo o contribuinte apropriado-se de valor escrutinado, no CIAP, superior ao permitido pela legislação.

Exatamente consoante já dito neste meu voto quando da análise das Infrações 1 e 3, a argumentação do contribuinte no sentido de que deveria ser recalculado o saldo devedor do seu imposto, tomando-se como base também o montante de ICMS apurado no presente lançamento pelo Fisco, porque ele, sujeito passivo, não o havia recolhido ao erário, e nem havia escrutinado como devido, e neste sentido, em havendo tal recálculo pelo Fisco, caberia investigar se ainda restaria imposto a recolher, esta construção de raciocínio não tem amparo no Direito positivo, pelo que não pode ser acolhida, descabendo diligência à ASTEC/CONSEF para tal mister. Restou comprovada, nos autos, a imputação.

Voto pela manutenção da Decisão de base no sentido da procedência da Infração 4.

A Infração 5 cuida de recolhimento a menos do ICMS em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto, referente às parcelas não sujeitas a dilação.

O contribuinte pede que na análise desta imputação sejam considerados os mesmos argumentos já utilizados em relação à Infração 1.

Observo, por devido, que nesta Infração 5 o Fisco cobra a diferença relativa a erro na apuração dos valores das parcelas do imposto não sujeito à dilação, tendo o Fisco considerado os créditos fiscais na forma devida, tendo sido computados, inclusive, por transporte para o mês posterior, os saldos credos advindos dos meses anteriores.

Pontuo, por oportuno, que no Julgamento de base foi corretamente retificada, de ofício, a data de ocorrência de 31/12/2007 para 31/01/2007, conforme apurado na planilha elaborada pelo Fisco e acostada à fl. 31.

Exatamente consoante já dito neste meu voto quando da análise das Infrações 1, 3 e 4, a argumentação do contribuinte no sentido de que deveria ser recalculado o saldo devedor do seu imposto, tomando-se como base também o montante de ICMS apurado no presente lançamento pelo Fisco, porque ele, sujeito passivo, não o havia recolhido ao erário, e nem havia escrutinado como devido, e neste sentido, em havendo tal recálculo pelo Fisco, caberia investigar se ainda restaria imposto a recolher, esta construção de raciocínio não tem amparo no Direito positivo, pelo que não pode ser acolhida, descabendo diligência à ASTEC/CONSEF para tal mister.

Voto pela manutenção da Decisão de base no sentido da procedência da Infração 5.

Trata a Infração 6 de falta de recolhimento do ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado.

Tanto quanto em relação à Infração 1, a PGE/PROFIS, por intermédio do Procurador José Augusto Martins Júnior, no Parecer jurídico exarado às fls. 814 a 816, após análise das petições iniciais acostadas ao processo descartou a concomitância de causa de pedir em relação às ações judiciais interpostas pela empresa ora autuado, e as acusações deste Auto de Infração. Por conseguinte, descebe a alegação recursal quanto a que faria jus a “crédito” que poderia vir a ser utilizado para “compensar”, ou elidir, a imputação 6.

Por outro lado, embora o contribuinte fale em desfazimento de negócios, e em devoluções, nada traz de documento ao processo, neste sentido, o que poderia possibilitar retificação do lançamento de ofício, se comprovada a improcedência da cobrança em relação a alguma operação. Inexistindo prova que elida a infração, voto pela manutenção da Decisão de base no sentido da procedência da Infração 5.

A Infração 7 refere-se a declaração incorreta de dados nas informações econômico-fiscais apresentadas através da Declaração e Apuração Mensal de ICMS – DMA, tendo sido aplicada multa no valor de R\$140,00.

O contribuinte não nega a acusação, mas pede o cancelamento da multa aplicada.

Contudo, inexiste no processo a comprovação da existência dos requisitos previstos no artigo 42, §7º, da Lei nº 7.014/96, para o atendimento de tal pleito.

Voto pela manutenção da Decisão de base no sentido da procedência da Infração 7.

A Infração 9 trata de falta de retenção do ICMS, com consequente não recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado.

Tanto quanto em relação às Infrações 1 e 6, a PGE/PROFIS, por intermédio do Procurador José Augusto Martins Júnior, no Parecer jurídico exarado às fls. 814 a 816, após análise das petições iniciais acostadas ao processo, descartou a concomitância de causa de pedir em relação às ações judiciais interpostas pela empresa ora autuado, e as acusações deste Auto de Infração. Por conseguinte, descebe a alegação recursal quanto a que faria jus a “crédito” que poderia vir a ser utilizado para “compensar”, ou elidir, a imputação 9.

Por outro lado, embora o contribuinte fale em bonificações e em descontos incondicionais, nada traz de documento ao processo, neste sentido, o que poderia possibilitar retificação do lançamento de ofício, se comprovada a improcedência da cobrança em relação a alguma operação.

Ou seja, embora o contribuinte alegue, e até seja plausível, que venda mercadorias por preços mais acessíveis, em razão de compras maiores realizadas por seus clientes, e que tenha procedido a vendas que, em tese, tenham sido praticadas com preços que equivaleriam a bonificações, este procedimento que o contribuinte alega que teria realizado não tem amparo na legislação, e a documentação trazida aos autos não prova nexo entre as operações anteriores, e posteriores, relativamente a descontos, ou bonificações, em decorrência de vendas anteriores.

Inexistindo prova que elida a infração, voto pela manutenção da Decisão de base no sentido da procedência da Infração 9.

As Infrações 10, 11 e 12 referem-se a ICMS apurado em auditoria de levantamento quantitativo de estoque, respectivamente assim descritas:

Infração 10. Falta de recolhimento do ICMS, constatado pela apuração de diferença tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária – a das operações de entradas – com base na presunção legal de que o

sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com Recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, no mesmo exercício (2006) - R\$199.994,88.

Infração 11. Falta de recolhimento do imposto relativo à omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas, levando-se em conta, para o cálculo do imposto, o maior valor monetário – o das saídas tributáveis – (2007) - R\$339.577,77.

Infração 12. Deixou de proceder à retenção e ao consequente recolhimento do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo a operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste estado, relativas a mercadorias saídas sem documentação fiscal e apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado (2007) - R\$135.831,10.

O contribuinte defende-se das três acusações de foram conjunta, e assim as analisarei neste voto.

Observo que o relatório interno que o contribuinte denomina de “*Relatório Logix*” não é livro fiscal, e nem documento fiscal, que são definidos como tais na legislação de regência do ICMS, existindo requisitos normativos que os caracteriza e assim define. O “*Relatório Logix*” mencionado pelo sujeito passivo é um controle interno da empresa.

A auditoria fiscal baseou-se nos livros de estoque e nos documentos fiscais da empresa, consoante determina a Portaria nº 445/98, que neste Estado disciplina a matéria.

Inexistiu adoção de arbitramento, posto que os dados utilizados pelo Fisco, referentes a valores e a quantidades de mercadorias, foram obtidos nos documentos fiscais do contribuinte.

As perdas alegadas não estão provadas, porquanto a legislação prevê emissão e escrituração de documentos fiscais identificando-as, e este procedimento regular não foi o adotado pelo contribuinte.

A alíquota aplicada às omissões apuradas refere-se ao regime de apuração de ICMS adotada pelo contribuinte que deva o imposto, e não à forma de apuração de ICMS adotada por seus clientes, portanto a alíquota de 17% utilizada pelo Fisco no cálculo dos valores devidos é a alíquota correta, porque o autuado encontrava-se contribuinte cadastrado nesta SEFAZ/BA, na data dos fatos geradores objeto da imputação, na situação de regime normal de apuração do ICMS.

O contribuinte não traz, aos autos, documentos fiscais que comprovem equívocos na auditoria de estoque realizada.

Exatamente consoante já dito neste meu voto quando da análise das Infrações 3 e 4, a argumentação do contribuinte no sentido de que deveria ser recalculado o saldo devedor do seu imposto, tomando-se como base também o montante de ICMS apurado no presente lançamento pelo Fisco, porque ele, sujeito passivo, não o havia recolhido ao erário, e nem havia escriturado como devido, e neste sentido, em havendo tal recálculo pelo Fisco, caberia investigar se ainda restaria imposto a recolher, esta construção de raciocínio não tem amparo no Direito positivo, pelo que não pode ser acolhida, descabendo diligência à ASTEC/CONSEF para tal mister.

Voto pela manutenção da Decisão de base no sentido da procedência das Infrações 10, 11 e 12.

Por tudo quanto exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO dos Recursos de Ofício e Voluntário, para declarar mantida a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração, conforme tabela a seguir, que elaborei para maior clareza:

INF.	VALOR	DECISÃO 1 <sup>a</sup> INSTÂNCIA	VALOR	DECISÃO 2 <sup>a</sup> INSTÂNCIA	VALOR
01	1.290.310,34	PROCEDENTE	1.290.310,34	PROCEDENTE	1.290.310,34
02	8.889,14	PROCEDENTE EM PARTE	8.428,94	PROCEDENTE EM PARTE	8.428,94
03	10.138,85	PROCEDENTE EM PARTE	4.763,05	PROCEDENTE EM PARTE	4.763,05
04	6.130,89	PROCEDENTE	6.130,89	PROCEDENTE	6.130,89

05	24.678,84	PROCEDENTE	24.678,84	PROCEDENTE	24.678,84
06	8.211,89	PROCEDENTE	8.211,89	PROCEDENTE	8.211,89
07	140,00	PROCEDENTE	140,00	PROCEDENTE	140,00
08	117.374,86	NULA	0,00	NULA	0,00
09	7.746,87	PROCEDENTE	7.746,87	PROCEDENTE	7.746,87
10	199.994,88	PROCEDENTE	199.994,88	PROCEDENTE	199.994,88
11	339.577,77	PROCEDENTE	339.577,77	PROCEDENTE	339.577,77
12	135.831,10	PROCEDENTE	135.831,10	PROCEDENTE	135.831,10
<b>TOTAIS</b>	<b>2.149.025,43</b>		<b>2.025.814,57</b>		<b>2.025.814,57</b>

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** os Recursos de Ofício e Voluntário apresentados e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 141596.0401/08-2, lavrado contra **CHOCOLATES DUFFY LTDA. (PIRAJÁ INDÚSTRIA DE CHOCOLATES LTDA.)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de total **R\$2.017.245,63**, acrescido das multas de 60% sobre R\$1.469.461,09, 70% sobre R\$539.572,65 e 150% sobre R\$8.211,89, previstas no art. 42, incisos II, alíneas “a”, “e” e “f”, III e V, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além de multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor **R\$8.568,94**, previstas nos incisos IX e XVIII, “c”, do citado diploma legal, com os acréscimos moratórios na forma prevista pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de novembro de 2015.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA – RELATORA

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