

A. I. Nº - 299326.0001/14-5
AUTUADO - CIVIL INDUSTRIAL E COMERCIAL LTDA.
AUTUANTES - ARLINDO AMORIM PEREIRA
ORIGEM - INFAZ INDÚSTRIA
INTERNET - 15. 08. 2017

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0115-01/17

EMENTA: ICMS. 1. TRANSFERÊNCIA. SAÍDA DE MERCADORIA TRIBUTÁVEL COMO NÃO TRIBUTÁVEL. As operações de transferências de mercadorias entre estabelecimentos da mesma empresa é fato gerador do ICMS. Acusação não elidida. Infração procedente. 2. RECOLHIMENTO A MENOR. ERRO NA DETERMINAÇÃO DA ALÍQUOTA. Alíquota de 7% admitida em saídas para micro e pequenas empresas, sob condição de destaque do desconto resultante do benefício fiscal. Defesa comprova a aplicação do respectivo desconto. Infração improcedente. 3. RECOLHIMENTO A MENOR. USO DE BENEFÍCIO FISCAL ESTANDO ENQUADRADA NO PROGRAMA DESENVOLVE. Restou insubsistente período comprovado de desenquadramento. Infração parcialmente subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 24/07/2015, exige ICMS no valor histórico de R\$1.857.084,50, pela constatação das seguintes infrações:

1. Infração 01 - 02.01.03 - Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. O contribuinte transferiu produto de sua produção (brita) para outra unidade do mesmo grupo sem destaque do imposto. No cálculo do imposto reclamado, foi considerada a redução de 33,33% da base de cálculo a que tem direito. Valor Histórico: R\$20.069,53 – Multa de 60%;
2. Infração 02 - 03.02.02 - Recolheu a menor o ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. O contribuinte usou alíquota de 7% para micro e pequenas empresas sem conceder o desconto na nota fiscal, conforme prescreve a legislação. No cálculo do imposto reclamado, foi considerada a redução de 33,33% da base de cálculo a que tem direito. Valor Histórico: R\$127.816,63 – Multa de 60%;
3. Infrações 03 – 03.02.05 - Recolheu a menor ICMS em decorrência erro na base de cálculo do imposto nas saídas de mercadoria regularmente escrituradas. O contribuinte usou alíquota de 4% no mês de novembro/2011 e, nos outros meses em questão considerou, efetuou redução da base de cálculo de tal forma que tenha alíquota equivalente a 4% sendo que a legislação só permite tal redução para quem NÃO é BENEFICIÁRIO do Programa de Benefício DESENVOLVE, o que não é o caso. No cálculo do imposto reclamado, foi considerada a redução de 33,33% da base de cálculo a que tem direito. Valor Histórico: R\$1.709.196,34 – Multa de 60%;

Foi apresentada a defesa tempestivamente às fls. 21 a 26 declarando concordância com infração 01 e pugnando pela improcedência das infrações 02 e 03, bem como foi apresentada a respectiva Informação Fiscal pelo Autuante, às fls. 63 e 64, afirmando pela procedência das infrações 02 e 03 do Auto de Infração em tela.

Em seu arrazoado, a defesa começa assumindo a culpa quanto a infração 01 que a acusa de deixar de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis,

regularmente escrituradas. Conforme explicou o Autuante o contribuinte transferiu produto de sua produção (brita) para outra unidade do mesmo grupo sem destaque do imposto. A este respeito a defesa reconhece a procedência da acusação e explica haver se equivocado na interpretação da legislação, e compromete-se em adotar as providências para o recolhimento do imposto correspondente.

Com relação a infração 02 aduz que os respectivos valores levantados dizem respeito a saídas de mercadorias do estabelecimento em vendas efetuadas para micro ou pequenas empresas conforme reconhecimento como tais pelo Autuante. E afirma que em todas as notas fiscais contém expressamente a informação que o valor da mercadoria foi considerado a menor e por isto conclui que estas notas fiscais contemplam o desconto a favor destinatário da mercadoria quando micro ou pequeno empresário. Sendo o que assegura evidenciar, por amostragem, a qual entende espelhar todo o período fiscalizado, pois afiança, haver ocorrido em todas as vendas consideradas na autuação. Acrescenta ainda, que processou alteração em seu sistema e que desta forma os descontos não constam de referência textual mas sim consignado na nota.

Destaca ainda a Impugnante que se pode verificar expressamente na nota fiscal respectiva que foi utilizado valor da mercadoria a menor, tanto para efeito de incidência do ICMS, como quanto o valor final da venda, e entende que daí se pode deduzir intuitivamente que essa diferença entre o valor real da mercadoria e aquela que fora considerada na venda para aquele micro ou pequeno empresário, refere-se ao desconto que a lei exige que conste expressamente da nota fiscal.

Afirma então que no caso vertente não se verifica omissão da informação a respeito do desconto considerado, nem diversidade do adquirente em benefício de quem se destina aquele desconto, concluindo desta ilação que esta é *"a realidade da situação, o fato em si, a denominada verdade material ou real"*. E entende que na autuação desprezou-se o princípio da verdade material.

Explica que em seu entendimento, no caso específico, a legislação quer que o micro e pequeno empresário seja beneficiado na aquisição dos produtos que menciona, adquirindo-os por menor preço, em razão da incidência do ICMS com alíquota menor. Daí a exigência legal prevista no § 1º, II, do art. 51 do RICMS, aprovado pelo Decreto 6.284/97, que transcreve em sua peça. E afirma que é de fato *"o que se vê de todas as notas fiscais consideradas na autuação é justamente a redução do valor da mercadoria, em decorrência do valor do ICMS embutido. Aliás, em todas elas se expressam os dois valores – o correspondente ao preço normal da mercadoria, e aquele reduzido, em razão da incidência da alíquota de 7% do ICMS, sendo esse valor menor o a ser faturado"*.

Pondera que não fosse o propósito da autuada observar a legislação a respeito, não expressaria, nas notas fiscais, nenhuma diferença de valor da mercadoria, como de resto procede com os demais adquirentes daquelas mesmas mercadorias, como pode constatar o Autuante. E afirma haver procedido de forma a fazer constar das notas fiscais os dois valores da mercadoria – normal, se incidente a alíquota de ICMS de 17%, e o reduzido e efetivamente a ser pago pelo destinatário, pela incidência daquela alíquota de 7%, e que, portanto não há dizer-se que não constou o correspondente desconto naqueles documentos fiscais.

Aduz que na hipótese, não há falar nem mesmo de descumprimento de obrigação tributária acessória, porque a lei não indicou o texto nem forma padrão de como deveria vir expressa aquela redução do valor. E conclui que a lei exige apenas que o valor da redução venha expresso, isto é, consignado, e não subentendido.

De início ao seu arrazoado acerca da infração 03, afirma que a autuação é também equivocada. E acrescenta que de fato o contribuinte era beneficiário do Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – DESENVOLVE, regulamentado pelo Decreto Estadual n.º 8.205, de 03 de abril de 2002. Mas que, com o advento da Alteração n.º 148 (Decreto Estadual n.º 13.339, de 07 de outubro de 2011, que acrescentou o inciso IV ao art. 82 do RICMS/97, então em vigor, com efeitos a partir de 01/11/2011, contendo a previsão de tributação dos produtos que a requerente produz e comercializa com redução da base de cálculo, de modo

que a carga tributária correspondesse a 4% (quatro por cento), afirma que passou automaticamente a sujeitar-se à tributação na forma desta regulamentação. E que assim, não mais se valeu daqueles possíveis benefícios a que se refere o DESENVOLVE.

Assegura que tendo adotado o novo critério de apuração do imposto, cuidou de formalmente comunicar a sua opção ao CONSELHO DELIBERATIVO DO DESENVOLVE, mediante requerimento protocolizado, em 14/05/2012, junto à então Secretaria da Indústria e Comércio do Estado da Bahia, em que solicitou a adoção das providências de praxe para o seu desenquadramento do DESENVOLVE, mas que ainda não concluiu os procedimentos. Entende, todavia, que esta circunstância deve-se exclusivamente ao Órgão, e apresenta os documentos correlatos que diz confirmar sua assertiva às fls. 51 e 52.

Deduz que a circunstância, que envolve o desenquadramento do DESENVOLVE, não compromete a realidade dos fatos, em respeito ao princípio da verdade material, ou verdade real, pois que a contribuinte não utilizou dos dois critérios de apuração do ICMS, o que poderia resultar em benefício a seu favor e correspondente prejuízo para o Erário. E afirma que a autuada apenas aplicou o critério que a legislação passou a permitir, deixando de utilizar-se do benefício atinente ao DESENVOLVE.

Considera ainda que o desenquadramento da Impugnante do DESENVOLVE haveria mesmo de se dar de modo automático, até, desde quando deixou de apurar e recolher o ICMS sob aqueles critérios específicos, em face do que estipula os arts. 18 e 19, § 1.º, do Dec. Estadual n.º 8.205/2002, que regulamenta aquele programa de incentivo. E continua aduzindo que é manifesta a sua improcedência por entender que não se pode considerar que a autuada recolhera a menor o ICMS, não se justificando a autuação, a esse respeito.

Acrescenta que, apenas para argumentar, ainda que fosse admissível alguma razão para a autuação, jamais poderiam ser considerados como devidos os valores apurados pelo Ilustre Autuante. Porque, adotando-se os critérios do DESENVOLVE, a apuração dos referidos valores não se daria como feito pelo Autuante, que alcançou cifras alarmantes. Entende a defesa que adotando os critérios do DESENVOLVE os valores a serem apurados acompanhariam a planilha de amostra às fls. 55 a 58 e não os valores apurados pelo autuante. E afirma que, por mais esta razão, restaria improcedente a autuação.

Conclui pedindo pela improcedência do Auto de Infração, salvo na parte cuja procedência se reconhece – a infração 01. E ainda que para provar o quanto alegado, *"quer a autuada valer-se de todos os meios em direito permitidos, especialmente: a) juntada posterior de outros documentos, em contraprova ou em si mesma; b) inspeções em livros ou documentos fiscais; c) perícia contábil; d) requisição por essa Superintendência de informações ao Conselho Deliberativo do Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia - DESENVOLVE, para confirmação da comunicação feita pela a autuada, quanto à alteração do critério que passara a adotar relativo à apuração e ao recolhimento do ICMS, com a solicitação do seu desenquadramento daquele programa de incentivo"*.

Com relação aos arrazoados da defesa quanto à infração 02 o Autuante afirma que o levantamento fiscal pautou-se na legislação tributária de regência, e que apurou ter o contribuinte desobedecido seu regramento quando em seu entender deixou de repassar ao adquirente quando microempresas, empresas de pequeno porte e ambulantes, inscritas como tais no cadastro estadual o desconto preconizado pela legislação para que fizesse jus à aplicação da alíquota de 7%.

Com relação à infração 03 afirma que em sendo a Autuada optante pelo Programa DESENVOLVE não poderia usufruir do benefício fiscal da redução da base de cálculo prevista no inciso IV do Art. 82 do RICMS/97. E não lhe caberia decisão autônoma de migrar para outra modalidade de apuração do ICMS devido, enquanto não lhe fosse deferido o seu pedido de desenquadramento. Pede, por fim, pela procedência do Auto de Infração em tela.

Em novo pronunciamento com relação à infração Infrações 03 – 03.02.05, a defesa apresenta a Resolução nº 104/2015 (cópia anexa), na qual o Conselho Deliberativo do Programa Desenvolve, reconhece e acolhe a pretensão manifestada pelo contribuinte acerca do desenquadramento do Programa DESENVOLVE ocorrido com a revogação da Resolução 26/2004, onde se verifica que o pleito foi deferido retroativamente à 15/05/2012. E afirma que, por este motivo, não se justifica a autuação a esse respeito, ao tempo em que ratifica a defesa apresentada e todos os demais atos já praticados.

Pautado para julgamento pela 6ª Junta de Julgamento Fiscal - JJF, esta decidiu que seria necessário obter maiores esclarecimentos do Autuante e expediu diligência, conforme fls. 88, com o teor abaixo:

"Considerando que, com relação a infração 02, o Autuante não se pronunciou quanto a apresentação pela defesa de diversas cópias de notas fiscais e DANFE's (fls. 33 a 50) os quais afirma constar do levantamento fiscal, e que refutam a acusação de que a Autuada usou alíquota de 7% nas vendas para micro e pequenas empresas sem conceder o respectivo desconto na nota fiscal, conforme prescreve a legislação;

Considerando que quanto à infração 03, a defesa apresentou a Resolução n.º 104/2015 exarada pelo Conselho Deliberativo do Programa Desenvolve (cópia anexa às fls. 71), a qual revoga, com efeitos retroativos à 15/05/2012, a Resolução 26/2004 que incluiu a Autuada no referido programa, e que, conforme se verifica nos autos, o Autuante não tomou conhecimento;

Considerando que da análise das planilhas do levantamento fiscal relativamente a infração 03, não verifiquei o compute de eventual recolhimento de ICMS, nem mesmo informação quanto a não ocorrência de recolhimento de ICMS no período autuado.

Solicito a seguinte diligência ao Auditor Fiscal Autuante:

1. Quanto aos DANFE's acostados pela defesa, fls. (33 a 50), relativamente à infração 02:

1.1. emitir opinativo se, de fato, fazem prova de que a autuada procedeu aos descontos que a legislação do ICMS condicionava para utilização da alíquota de 7% na operação;

1.2. se nos demais documentos objeto da infração 02 constam o referido desconto ainda que não demonstrado de forma expressa.

2. Refazer dos cálculos relativamente à infração 03:

2.1. admitindo os efeitos da Resolução n.º 104/2015 do Conselho Deliberativo do Programa Desenvolve (cópia anexa às fls. 71);

2.2. demonstrar que no período em que a autuada deveria proceder apuração do ICMS conforme determinação da Resolução 26/2004 procedeu recolhimento a menos do ICMS por adotar regime normal de apuração do imposto;

2.3. verificar a ocorrência de eventuais recolhimentos realizados pela Autuada no período compreendido pela infração 03, os quais, se for o caso, devem ser abatidos do débito de forma a constar de nova planilha de cálculo, não olvidando de declarar expressamente conclusão contrária."

Em cumprimento a diligência em tela o Auditor autuante, às fls. 94, esclarece que com relação a infração 02 verificou que procedem as alegações da autuada e solicita que seja retirada do presente lançamento do crédito fiscal sob demanda.

Com relação à infração 03 informa que:

"a. (...) à época da autuação, o contribuinte NÃO fazia jus ao benefício que utilizou pois a resolução a Resolução nº 104/2015 do Conselho Deliberativo do Programa Desenvolve foi emitida em 27/10/2015, data posterior ao encerramento da ação fiscal e respectiva ao AI;

b. (...) a autuação sob exame contempla fatos geradores anteriores e portanto, caso este egrégio Conselho acate a procedência dos argumentos da autuada no que se refere à retroatividade da Resolução 14/05/2015, tais fatos geradores, que antecedem a data em referência (05/2012) devem ser mantidos e cobrados nas datas posteriores;

c. (...) foram abatidos do cálculo os valores de ICMS apurados pelo contribuinte e a redução de 33,33% da base de cálculo a que tem direito."

Solicita ao final que a infração 01 seja considerada improcedente e a infração 03 seja considerada procedente, devendo o Conselho de Fazenda decidir sobre a retroatividade ou não dos efeitos da resolução do Programa Desenvolve.

Em sessão de julgamento pela 2ª Junta de Julgamento Fiscal ocorrida em 10 de novembro de 2016 restou decidido por nova diligência ao Autuante objetivando a seguinte providência:

"2º DILIGÊNCIA

Considerando que da análise das planilhas do levantamento fiscal relativamente a infração 03, fls. 14, não verifiquei o compute de eventual recolhimento de ICMS, nem mesmo informação quanto a não ocorrência de recolhimento de ICMS no período autuado;

Considerando que os cálculos base da autuação foram objeto de contestação por parte da defesa, tendo sido apresentado planilhas de cálculo, sob o ponto de vista da Impugnante, fls. 53 a 58, em que a defesa entende mitigar o valor apurado pelo Autuante;

Considerando que, com relação a diligência constante das fls. 88, relativamente à infração 03, o Autuante não se pronunciou quanto aos seguintes pontos da diligência abaixo:

2. Refazer dos cálculos relativamente à infração 03:

2.1. admitindo os efeitos da Resolução n.º 104/2015 do Conselho Deliberativo do Programa Desenvolve (cópia anexa às fls.71);

2.2. demonstrar que no período em que a autuada deveria proceder apuração do ICMS conforme determinação da Resolução 26/2004, procedeu recolhimento a menos do ICMS por adotar regime normal de apuração do imposto;

2.3. verificar a ocorrência de eventuais recolhimentos realizados pela Autuada no período compreendido pela infração 03, os quais, se for o caso, devem ser abatidos do débito de forma a constar de nova planilha de cálculo, não olvidando de declarar expressamente conclusão contrária."

Considerando ainda que o resultado da diligência às fls. 94, de lavra do Autuante, não foi levada ao conhecimento da Impugnante.

Solicito, desta feita, a título de 2ª diligência ao Auditor Fiscal Autuante:

1. Refazer dos cálculos relativamente à infração 03:

1.1. admitindo os efeitos da Resolução nº 104/2015 do Conselho Deliberativo do Programa Desenvolve (cópia anexa às fls. 71);

1.2. demonstrar que no período em que a autuada deveria proceder apuração do ICMS conforme determinação da Resolução 26/2004 procedeu recolhimento a menos do ICMS, por adotar regime normal de apuração do imposto;

1.3. verificar a ocorrência de eventuais recolhimentos realizados pela Autuada no período compreendido pela infração 03, os quais, se for o caso, devem ser abatidos do débito de forma a constar de nova planilha de cálculo, não olvidando de declarar expressamente conclusão contrária;

1.4. emitir opinativo acerca das planilhas de cálculo apresentadas pela Impugnante, às folhas 53 a 58, em que a defesa contesta o valor autuado, conforme excerto, extraída da peça de defesa constante das folhas a seguir:

(...) Porque, se pretende o mesmo que a autuada devesse apurar e recolher o ICMS adotando critérios do DESENVOLVE, a apuração dos referidos valores não se daria como feito pelo Autuante, que alcançou cifras alarmantes. Haveria de seguir o critérios e as circunstância contábeis-fiscais da autuada exigidas pela legislação regulamentar daquele programa de incentivo. Veja-se, pela simples amostragem anexa, como diferentes seriam os valores a serem apurados, caso a autuada tivesse que adotar o critério desse programa. Assim, por mais esta razão assim, restaria impropriedade a autuação.

1.5. dar ciência à Impugnante, determinando prazo de 10 (dez) dias para pronunciamento quanto:

1.5.1. ao teor da diligência solicitada às fls. 88, como também do resultado às fls. 94;

1.5.2. ao teor da presente diligência e do respectivo resultado.

Sala de Sessões do Consef, 10 de novembro de 2016.

ANTÔNIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO
ARIVALDO LEMOS DE SANTANA – RELATOR
ÁLVARO BARRETO VIEIRA – JULGADOR”

Em atendimento o Autuante emitiu as fls. 106 e 107 a seguinte informação fiscal:

“Em atenção à diligência encaminhada à página 100, temos a dizer que:

- i) Todos os cálculos, com as devidas considerações de recolhimento, e outras necessárias ao cálculo do montante devido de boa fé, por parte desde auditor, constam nos arquivos anexos gravados em meio magnético em CD (documento com numeração 15), bastando simplesmente abrir as planilhas e verificar as anotações e, se necessário, as fórmulas e observações de cada item;

Todas as informações já prestadas nas folhas 63, 64 e 94 continuam válidas e creio ser desnecessário repeti-las aqui;*
- ii) Quero ressaltar mais uma vez que a fiscalização se deu em data anterior à publicação do cancelamento do benefício do Desenvolve com efeito retroativo e que não poderia este auditor considerar algo que não tivera ainda sido publicado;*
- iii) Há que se considerar, conforme entendimento deste auditor e com a aprovação de seu supervisor hierárquico imediato, que para que seja considerada a resolução com efeito retroativo e se refaçam os cálculos, é necessária uma nova fiscalização e que não cabe ser feita no âmbito de uma informação ou manifestação fiscal, sendo necessária Ordem de Serviço de fiscalização vertical;*
- iv) Desta forma, entende-se que a infração foi contemplada corretamente e deve ser considerada **procedente**, tendo este egrégio Conselho o poder de, apesar de procedente, designar que se considere apenas os meses que a resolução com efeito retroativo não abrange e que se retire os meses a partir da data que a resolução retroage com orientação para que seja feita uma nova auditoria deste período.*

*Face ao exposto, este auditor reafirma a solicitação que a **infração 01** seja considerada **IMPROCEDENTE** e a infração 03 seja considerada **PROCEDENTE** podendo, este egrégio colegiado, decidir por acatar ou não a retroatividade da resolução do Programa Desenvolve.”*

Tomada a ciência do resultado da diligência em questão a impugnante volta a se manifestar aduzindo que a resistência em atender às solicitações da diligência solicitada pela JJF, seria caso de inafastável e de absoluta nulidade do auto de infração quanto à infração 03, em vista de que, esta atitude viola diversos princípios informativos do processo administrativo tributário: o da

legalidade, o do devido processo legal, o do contraditório e da ampla defesa, o da verdade material dos fatos, o da transparência, pois fica demonstrado que o Autuante opôs obstáculo ao regular desenvolvimento válido do processo, comprometendo o exercício do contraditório e da ampla defesa pela Autuada, e cita doutrina neste sentido. E conclui:

“Assim posta a questão, impõe-se o reconhecimento da nulidade do autor de infração, quanto à infração 03; ou, ou reconhecimento da sua mais absoluta improcedência, pelo que a Autuada já alegara e demonstrara no feito, e que aqui reitera em todos os seus termos. Nesse sentido é que espera venha a ser julgado pela Junta de Julgamento Fiscal.”

É o relatório.

VOTO

Afasto preliminarmente a arguição de nulidade referente à infração 03 tendo em vista a motivação não constar elencada no art. 18 do RPAF, e o procedimento do Autuante não comprometer a elucidação do fato e o julgamento em curso.

Em continuação, confirmo o acerto da infração 01, afastando-a da demanda tendo em vista a respectiva declaração de culpa perpetrada pela defesa quanto a sua efetiva prática, ao reconhecer expressamente como procedente a acusação fiscal de haver deixado de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. As quais, conforme explicou o Autuante, decorreram do fato de haver o contribuinte transferido a mercadoria de sua produção (brita) para outra unidade do mesmo grupo, sem o atinente e devido destaque do ICMS. Resultando na explicação final da Autuada de que se equivocou na interpretação da legislação, comprometendo-se em adotar as providências para o recolhimento do imposto correspondente.

Com relação a infração 02 entendo confirmado que os valores levantados dizem respeito a saídas de mercadorias do estabelecimento em vendas efetuadas para micro ou pequenas empresas conforme acusa o Autuante. Todavia, a despeito da acusação fiscal, afirmo que em todas as notas fiscais constante dos autos verifiquei a ocorrência do desconto preconizado pela legislação de regência (inciso II do parágrafo 1º c/c alínea "c" do inciso I todos do Art. 51 c/c Art. 50 do RICMS/97) em favor do destinatário da mercadoria quando micro ou pequeno empresário.

Estes descontos foram verificados expressamente nas amostras de notas fiscais referentes ao exercício de 2010 e nas relativas ao exercício de 2011, nestas últimas, entretanto, verifiquei que o valor total da nota apresenta valor 11% menor que o discriminado como valor dos produtos, denotando a ocorrência dos descontos determinados na legislação. A despeito de serem documentos anexados por amostragem, facilmente pôde ser verificado na planilha apresentada pelo Autuado que em todas as vendas objeto da autuação ocorreram os referidos descontos.

Outrossim, em atendimento à diligência para se pronunciar acerca dos documentos de prova acostados pela defesa, o Autuante confirmou que procedem as alegações da defesa e que esta acusação deve ser considerada improcedente. Desta forma, entendo que a acusação fiscal relativa a infração 02 não subsiste e voto pela sua IMPROCEDÊNCIA.

A infração 3 trata da acusação de que a Autuada se favoreceu de benefício da aplicação em suas operações de saídas de mercadorias, do benefício fiscal da redução da base de cálculo prevista no inciso IV do Art. 82 do RICMS/97 que resulta na carga tributária de 4% quando estava impedida em virtude de ser beneficiária do benefício do Programa Desenvolve.

Todavia, a defesa apresentou documento às fls. 52 em que comprova que requereu o desenquadramento do Programa Desenvolve em 14/05/2012, tendo sido deferido retroativamente à data do protocolo do referido pedido de desenquadramento, ou seja, 14/05/2012, porém, a despeito da retroatividade, este desenquadramento só ocorreu em 10/11/2015, cinco meses após a lavratura do Auto de Infração em tela.

O Autuante, em duas oportunidades, em resposta às duas diligências solicitadas por este CONSEF, referenciadas acima, informa quanto a esta infração que a autuação sob exame contempla fatos geradores anteriores ao período em que foi deferido o desenquadramento e que, portanto, caso este egrégio Conselho acate a procedência dos argumentos da autuada no que se refere à retroatividade da Resolução 14/05/2015, tais fatos geradores, que antecedem a data em referência (05/2012) devem ser mantidos e cobrados nas datas posteriores.

Entretanto, verifico que a exigência perpetrada pelo Autuante se deve a uma observação meramente literal e formalista quanto a impossibilidade da Autuada abrir mão do benefício previsto pelo DESENVOLVE de forma unilateral e informal, como de fato se deu, sobretudo no período de nov/2011 a abr/2012, no qual não contava sequer com o deferimento do desenquadramento solicitado.

Não posso aquiescer com a interpretação de que deveria a Autuada se manter obrigado a um “benefício” que na verdade havia se tornado, de fato, num malefício, visto que o legislador promoveu uma redução da base de cálculo para não detentores do Programa Desenvolve.

Tendo em vista que de fato o pedido de desenquadramento se deu em 14/05/2012, portanto antes da lavratura do Auto de Infração em tela o que ensejou o deferimento retroativo à 05/2012, conforme comprova a Impugnante, decido considerar improcedente o lançamento a partir da data em que a defesa comprovou estar desenquadrada do Programa Desenvolve. E, considerando que o Autuante não se pronunciou quanto aos seguintes pontos das diligências 01 e 02, abaixo:

2. Refazer dos cálculos relativamente à infração 03:

2.1. admitindo os efeitos da Resolução n.º 104/2015 do Conselho Deliberativo do Programa Desenvolve (cópia anexa às fls.71);

2.2. demonstrar que no período em que a autuada deveria proceder apuração do ICMS conforme determinação da Resolução 26/2004 procedeu recolhimento a menos do ICMS por adotar regime normal de apuração do imposto;

2.3. verificar a ocorrência de eventuais recolhimentos realizados pela Autuada no período compreendido pela infração 03, os quais, se for o caso, devem ser abatidos do débito de forma a constar de nova planilha de cálculo, não olvidando de declarar expressamente conclusão contrária."

Procedi a pesquisa no SISTEMA DE INFORMAÇÕES DO CONTRIBUINTE - INC onde verifiquei que no período em que remanesce a autuação, porquanto não havia a Impugnante se desenquadrado do Programa desenvolve (NOV/2011 A ABR/2012), constavam recolhimentos a título da receita código 806 - ICMS Regime Normal - Indústria, e por isso, refiz os cálculos, deduzindo os valores recolhidos, o que resultou na planilha abaixo:

MÊS	ICMS devido conf. Autuação. Infração 03	ICMS NORMAL RED. BC RECOLHIDO	TOTAL
nov/11	109.306,78	55.215,51	54.091,27
dez/11	102.950,04	55.624,02	47.326,02
jan/12	111.475,21	54.605,14	56.870,07
fev/12	98.399,56	54.458,83	43.940,73
mar/12	158.977,86	89.274,71	69.703,15
abr/12	122.166,40	65.880,96	56.285,44
TOTAL	703.275,85	375.059,17	328.216,68

Assim, fica reduzido o valor do crédito fiscal lançado a título da infração 03 de R\$1.709.196,34, para R\$328.216,68, determinando o voto pela procedência parcial neste valor.

Destarte, voto pela PROCEDÊNCIA da infração 01 no valor de R\$20.069,53, pela IMPROCEDÊNCIA da infração 02, e pela PROCEDÊNCIA PARCIAL da infração 03 no valor de para R\$328.216,68. Portanto, Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

VOTO DISCORDANTE (Infração 03)

Respeitosamente, divirjo do voto do ilustre Relator atinente à infração 3.

O art. 82, inciso IV, do RICMS/BA/97, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, estabelece o seguinte:

Art. 82. É reduzida a base de cálculo das operações com minerais:

[...]

IV - nas saídas internas de pedra britada e de mão, efetuadas por contribuinte com atividade de extração e britamento de pedras que não seja beneficiário do Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia - DESENVOLVE, de forma que a carga tributária seja correspondente a 4% (quatro por cento), vedada a apropriação de quaisquer créditos fiscais.

A simples leitura do dispositivo regulamentar acima reproduzido permite constatar que a fruição do benefício de redução da base de cálculo tem como condição indispensável que o contribuinte não seja beneficiário do Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – DESENVOLVE.

Verifica-se que inexistente qualquer sombra de dúvida quanto à inaplicabilidade da redução da base de cálculo para o contribuinte beneficiário do Programa DESENVOLVE. A vedação encontra-se expressamente determinada, portanto, não admitindo qualquer interpretação em sentido contrário.

Ou seja, o autuado na condição de beneficiário do Programa DESENVOLVE era sabedor que não poderia fruir do benefício de redução da base de cálculo, enquanto não formalizasse o seu pedido de desenquadramento do referido programa junto ao Conselho Deliberativo do DESENVOLVE.

Entretanto, assim não procedeu. Preferiu ao seu talante, conforme consignou na peça defensiva, “automaticamente” fruir do benefício de redução da base de cálculo.

Quanto à essa automaticidade, coaduno plenamente com o entendimento manifestado pelo autuante de que, não cabia ao autuado a decisão autônoma de migrar para outra modalidade de apuração do ICMS devido, enquanto não lhe fosse deferido o seu pedido de desenquadramento pelo Conselho Deliberativo do DESENVOLVE.

Parece-me que a automaticidade não encontra amparo na legislação posta. Veja-se que nem mesmo o desenquadramento pode ser feito de forma “automática” pelo ente tributante, sujeito ativo da relação tributária, pois os princípios da segurança jurídica e legalidade devem ser respeitados. Por certo que a unilateralidade da decisão, tanto por parte do sujeito ativo como pelo sujeito passivo, surpreende sim a outra parte, por não saber o procedimento adotado.

No presente caso, isso resta patente, haja vista que a Fiscalização efetuou o lançamento em face de o autuado se encontrar na condição de beneficiário do Programa DESENVOLVE e, desse modo, não poderia fruir do benefício de redução da base de cálculo, prevista no art. 82, inciso IV, do RICMS/BA/97, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, sem a anuência do ente tributante.

Diante do exposto, considero que a ação fiscal ocorreu na forma da legislação vigente, descabendo falar-se em procedência parcial do lançamento.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **299326.0001/14-5**, lavrado contra **CIVIL INDUSTRIAL E COMERCIAL LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no de **R\$348.286,21**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96, com os acréscimos legais previstos pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores eventualmente recolhidos.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de julho de 2017

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS– PRESIDENTE/VOTO DISCORDANTE – (Infração 03)

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA - RELATOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ- JULGADOR