

PROCESSO - A. I. Nº 299326.0001/14-5
RECORRENTE - CIVIL INDUSTRIAL E COMERCIAL LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO – Acórdão 2ª CJF nº 0174-12/18
ORIGEM - INFAZ INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 18/04/2019

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0075-12/19

EMENTA: ICMS. ADMISSIBILIDADE DO RECURSO. Constitui requisito de admissibilidade do Pedido de Reconsideração da Decisão da Câmara, a reforma no mérito da Decisão de Primeira instância, conforme art. 169, inciso “d” do RPAF. Rejeitadas as preliminares de nulidades. Modificada a Decisão recorrida. Pedido **PARCIALMENTE PROVIDO**. Vencido o voto do relator. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

Trata-se de Pedido de Reconsideração formalizado com amparo na regra do art. 169, I, “d”, do RPAF/99, contra a Decisão da 2ª CJF, proferida através do Acórdão nº 0174-12/18, em referência ao Auto de Infração, lavrado em 24/07/2015, para exigir ICMS no valor histórico de R\$1.857.084,50 pela constatação da seguinte infração objeto do presente apelo:

Infração 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%;

A 2ª CJF dirimiu a lide, com Decisão por maioria, com base no voto abaixo transcrito:

VOTO

Observe que a decisão da 1ª JJF (Acórdão 1ª JJF Nº 01115-01/17-A) desonerou o sujeito passivo, reduzindo o crédito tributário de R\$1.857.084,50 para R\$20.069,53, fato este que justifica a remessa necessária do presente feito para reapreciação nesta corte, restando cabível o presente recurso.

Quanto ao mérito, verifico que a decisão de piso julgou improcedentes as infrações nº 2 e 3, sendo este o objeto do recurso.

Quanto à Infração 2, o lançamento acusa o sujeito passivo de “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. ...”. Em sua impugnação, o sujeito passivo contesta o fato, assegurando que fez constar, expressamente, no corpo do documento fiscal, os dois valores, com a alíquota de 17% e com a alíquota de 7%, praticada em cada uma das operações autuadas. Acosta notas fiscais de saída, exemplificativas, às folhas 33/50, para comprovar as suas alegações.

Em sua informação fiscal, à folha 63, o Autuante limita-se a afirmar que “..., entende este auditor que a autuação é devida por descumprimento da legislação não cabendo ao autuante o julgamento da intencionalidade do contribuinte”.

À folha 88, a 6ª JJF (onde se encontrava em exercício o Relator) deliberou por converter o feito em diligência com vistas a que o Autuante emitisse opinativo relativamente aos documentos acostados pela defesa (folhas 33/50), bem como que informasse se o desconto citado pela defesa constava, também, dos demais documentos autuados.

À folha 94, o Autuante cumpriu a diligência, tendo informado (relativamente à Infração 02) que “verificada a procedência da argumentação da autuada. Solicito que seja retirada do auto de infração”.

A JJF julgou improcedente a exigência.

Examinando os documentos fiscais acostados pelo sujeito passivo às folhas 33/50, a título da amostra, é possível constatar que o sujeito passivo fez constar, no corpo dos documentos fiscais acostados, o valor da mercadoria

com a alíquota cheia, bem como o desconto de ICMS relativo à alíquota reduzida, o que significa que restou provado, efetivamente, o cumprimento da condição imposta pelo art. 51, § 1º, inciso II do RICMS/97, vigente à época.

Assim, entendo que a autuação não procede nesse item, não merecendo reparo a decisão de piso.

Quanto à Infração 3, a conduta autuada foi descrita como “recolheu a menor ICMS em decorrência erro na base de cálculo do imposto nas saídas de mercadoria regularmente escrituradas”. Consta que “o contribuinte usou alíquota de 4% no mês de novembro/2011 e, nos outros meses em questão, 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”.

O sujeito passivo se opôs ao lançamento, tendo informado que, a partir da alteração nº 148 no RICMS/97 (então vigente), reduziu a base de cálculo das mercadorias que produz e comercializa, tendo passado a sujeitar-se a essa nova regulamentação, sem mais valer-se do benefício fiscal do Desenvolve. Informa que comunicou, formalmente, a sua opção ao Conselho Deliberativo do Desenvolve, mediante requerimento protocolizado junto à SEINC (cópia à folha 52). Destaca que não fez uso, em momento algum, dos dois benefícios, pois deixara de calcular o imposto dilatado, desde quando passou a desfrutar do benefício da redução da base de cálculo.

Em sua informação fiscal, o Autuante reafirma que o benefício da redução da carga tributária somente é permitido para quem não seja beneficiário do Desenvolve. Entende que o Autuado é beneficiário do Programa Desenvolve, enquanto não tiver sido revogado o benefício.

Às folhas 69/70, o Contribuinte apresenta nova manifestação, informando que o Conselho Deliberativo do Desenvolve, após nova provocação, acolheu o seu requerimento, mediante a expedição da Resolução 104/15, cuja cópia foi acostada à folha 71, revogando a Resolução 26/2004, que habilitara a empresa ao gozo do Desenvolve. Acosta cópias dos pareceres tributários que respaldaram a decisão.

À folha 88, a 6ª JJF (onde se encontrava em exercício o Relator) deliberou com converter o feito em diligência com vistas a que o Autuante refizesse os cálculos relativos à Infração 03, admitindo os efeitos da Resolução 104/2015 citada. Pede, igualmente, que seja demonstrado que a autuada recolheu a menos o imposto, no período em que deveria proceder em conformidade com a Resolução 26/2004.

À folha 94, o Autuante recusou-se a cumprir a diligência, sob a alegação de que o Contribuinte não poderia usufruir o benefício de redução da base de cálculo no período. Reitera os argumentos já deduzidos.

Às folhas 100/101, a 2ª JJF deliberou por converter o feito em nova diligência, ao Autuante, reiterando os termos da diligência anterior e solicitando, adicionalmente, que o autuante emitisse opinativo acerca do cálculo apresentado pela Autuada, às folhas 53/58, em que efetua o cálculo do ICMS devido, considerando o benefício do Desenvolve.

Às folhas 106/107, o Autuante limita-se a reiterar os termos da diligência anterior, recusando-se a emitir o opinativo solicitado.

O voto vencedor entendeu pela improcedência do lançamento, ao fundamento de que o sujeito passivo não fez uso concomitante dos dois benefícios, sendo o pedido de desenquadramento mera formalidade.

O voto divergente entendeu que a Infração 3 é inteiramente procedente, pois o desenquadramento não poderia ter se dado de forma automática.

Examinando as provas acostadas aos autos, é possível constatar que o sujeito passivo, tendo interesse em beneficiar-se da redução da base de cálculo prevista no art. 82, inciso IV do RICMS/97, requereu, em 14/05/2012, o seu desenquadramento do Desenvolve, conforme se depreende do exame da cópia à folha 52 do processo.

É possível constatar, também, que tal benefício somente foi revogado em 10/11/2015, mediante a Resolução 104/2015, que atribuiu efeitos retroativos a esse ato, a partir de 14/05/2012, momento em que o Contribuinte manifestou formalmente a sua intenção de se desenquadrar do Desenvolve.

A questão, como se vê, passa pela interpretação a ser dada ao art. 82, inciso IV, do RICMS/BA/97, então vigente, cujo texto reproduzo abaixo.

“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 leitura do dispositivo regulamentar acima aponta, de forma expressa, que o benefício fiscal de redução da

carga tributária não pode ser desfrutado pelas empresas beneficiárias do Desenvolve, o que quer significar que as operações de saída dos estabelecimentos industriais agraciados com resolução do Conselho Deliberativo do Desenvolve não podem sofrer redução da base de cálculo, sob pena de se institucionalizar a acumulação de dois benefícios fiscais incompatíveis, o que violaria o texto normativo citado.

Ora se tais operações de saída devem ser tributadas normalmente, somente se pode admitir o desfrute do benefício previsto no art. 82, acima, na medida em que o sujeito passivo manifeste, expressamente, a sua intenção de desenquadrar-se do Desenvolve, pois na ausência de tal manifestação de vontade, a Resolução nº 26/2004 continuará a produzir efeitos jurídicos, qualificando-o como “beneficiário do Desenvolve”, condição que o impede de utilizar a redução de base de cálculo aludida.

Considerando que o Contribuinte somente requereu (e obteve) o seu desenquadramento em maio de 2012 (pelos efeitos retroativos da Resolução 104/2015), entendo que somente a partir desse momento passou a ser possível o uso da redução da base de cálculo nas suas operações de saída, devendo ser excluídas, da presente exigência fiscal, as importâncias relativas aos meses de maio a dez/12.

Quanto aos meses anteriores, não se pode admitir que a empresa estivesse habilitada ao gozo de ambos os benefícios, sob pena de se instalar uma situação de absoluta insegurança jurídica, já que não se teria critério jurídico a adotar para aferir se a empresa agiu em conformidade com a legislação, inviabilizando a fiscalização sobre o seu estabelecimento.

Assim, entendo que o débito relativo à Infração 3 deve ser parcialmente restabelecido, no montante de R\$703.275,85, em conformidade com o demonstrativo abaixo.

| MÊS | ICMS |
|--------------|-------------------|
| nov/11 | 109.306,78 |
| dez/11 | 102.950,04 |
| jan/12 | 111.475,21 |
| fev/12 | 98.399,56 |
| mar/12 | 158.977,86 |
| abr/12 | 122.166,40 |
| mai/12 | 0,00 |
| jun/12 | 0,00 |
| jul/12 | 0,00 |
| ago/12 | 0,00 |
| set/12 | 0,00 |
| out/12 | 0,00 |
| nov/12 | 0,00 |
| dez/12 | 0,00 |
| TOTAL | 703.275,85 |

Assim, reformo a decisão recorrida neste ponto.

Do exposto, DOU PROVIMENTO PARCIAL ao Recurso de Ofício, alterando o valor do débito, conforma abaixo.

| INFRAÇÃO | ICMS |
|-----------------|-------------------|
| 1 | 20.069,53 |
| 2 | 0,00 |
| 3 | 703.275,85 |
| TOTAL | 723.345,38 |

VOTO DIVERGENTE (Infração 3)

Com a devida vênia do i. Relator do presente Recurso de Ofício, em relação à Infração 3, divirjo do seu julgamento tendo em vista as seguintes considerações:

A infração em lide foi tipificada com “recolheu a menor ICMS em decorrência erro na base de cálculo do imposto nas saídas de mercadoria regularmente escrituradas”. Consta que “o contribuinte usou alíquota de 4% no mês de novembro/2011 e, nos outros meses em questão, 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”.

Verifico que a 1ª Junta de Julgamento Fiscal, acertadamente considerou 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”.

Pois, sobretudo considerou que desde novembro de 2011, o Sujeito Passivo optou pela redução da base de cálculo prevista no inciso IV do Artigo 82 do RICMS/97, disponibilizado para todos os Contribuintes, abrindo mão do benefício que lhe fora concedido pelo programa DESENVOLVE, e atendendo a exigência legal, de forma não cumulativa.

Eis que, conforme apontou o Julgador, o benefício do DESENVOLVE deixou de ser vantajoso para o Contribuinte e o levou a utilização da redução da base de cálculo nos termos do benefício concedido aos contribuintes em geral.

Em vista o exposto, considerando que a infração 3 é IMPROCEDENTE, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Presente Recurso de Ofício.

Inconformado com a decisão proferida, cientificado da Decisão da 2ª CJF, o sujeito passivo interpôs Pedido de Reconsideração (fls. 195 a 228), sustentando o cabimento de reforma, em razão dos fatos abaixo articulados.

Afirma que o lançamento tributário é o ato jurídico administrativo mediante o qual o Fisco constitui o crédito e declara a existência de uma obrigação tributária. Nesse sentido, como dispõe o art. 142 do Código Tributário Nacional (“CTN”), o lançamento deve ser composto por uma série de requisitos que devem ser observados para a formalização de sua existência: agente competente, forma específica, objeto lícito, determinado ou determinável e possível, motivação, finalidade e o cálculo do montante devido.

Ressalta que é necessário compreender que, por “descrição dos fatos”, o Autuante precisa não apenas realizar a narração escrita e circunstanciada do ato praticado pelo contribuinte, mas também de todos os procedimentos vinculados a este, possibilitando ao sujeito passivo a exata compreensão do ato ilícito supostamente praticado, permitindo-lhe o seu direito de defesa.

Contesta que o lançamento tributário foi efetuado sem a observância de alguns dos requisitos necessários para a formalização da sua existência, conforme determina o art. 142 do CTN e art. 39 do RPAF estadual. Citando que dentre um dos principais procedimentos vinculados ao lançamento está o cálculo do montante devido, o qual deve ser explicitado através de “demonstrativo do débito tributário”.

Afirma que o cálculo do montante devido, portanto, deve ser apresentado de forma clara e transparente ao sujeito passivo, possibilitando a sua compreensão da origem e competência dos valores designados para a base de cálculo, o que não ocorreu, se observado a total discrepância entre o fundamento da autuação (utilização simultânea de dois benefícios fiscais) e os demonstrativos do Auto de Infração (sem a aplicação do benefício em discussão), bem como em razão de não ter abatido os recolhimentos efetuados pela empresa no período, conforme minuciosamente narrado na Impugnação e ao longo do processo. Não bastassem estes fatos, a Impugnante sequer pôde identificar as origens dos valores exigidos, pois não conferem com a apuração nos moldes do Programa DESENVOLVE.

Portanto, a não observância dos requisitos macula o ato do lançamento e o torna defeituoso, sendo causa suficiente para a sua anulação, como dispõe o art. 18 do RPAF.

Pontua ainda quanto a Inobservância dos critérios do DESENVOLVE no cálculo do montante apurado. Sinaliza que a Infração 03 tem por fundamento a utilização, pela Recorrente, do benefício de redução de base de cálculo inicialmente previsto no art. 82, IV do RICMS/97, enquanto ainda era formalmente enquadrada no Programa DESENVOLVE, o que pela interpretação literal e restritiva do dispositivo, efetuada pelo auditor autuante, seria vedado. Ocorre que, se assim entendeu, o auditor fiscal autuante deveria ter apurado o suposto débito da Recorrente nos meses autuados utilizando os critérios contábeis e fiscais previstos na legislação do DESENVOLVE e assegurados à Recorrente por meio da Resolução nº 26/2004 - a qual confere à empresa diferimento do diferencial de alíquotas e dilação de prazo para pagamento do saldo devedor do ICMS, sendo fixada parcela do saldo devedor passível de incentivo ao que exceder a R\$ 30.250,61.

Contesta que não foi o ocorrido. Alerta que o preposto fiscal equivocadamente apurou o imposto cobrado por meio do Auto de Infração combatido sem considerar qualquer dos critérios de apuração que seriam assegurados à Recorrente se estivesse se valendo do referido Programa

DESENVOLVE. Nessa esteira, inclusive, a Recorrente anexou à sua defesa exemplos de cálculos apurados para os meses autuados com a aplicação dos critérios do DESENVOLVE (Fls. 53/58), o que evidenciou a completa discrepância dos valores lançados no Auto de Infração, que chegam a quatro vezes o montante correto.

Contesta ainda para a desconsideração dos recolhimentos efetuados pela empresa nos meses autuados.

Afirma que o Auditor refez a apuração do ICMS supostamente devido nos meses autuados, com base na sistemática normal de apuração do ICMS (sem aplicação dos critérios do DESENVOLVE – item anterior) e ainda sem abater dos seus cálculos o valor do imposto efetivamente pago pela empresa nesses mesmos meses.

Sinaliza ainda que referido equívoco foi constatado pelo Relator de 1ª Instância, o qual determinou a realização de diligência para, dentre outras providências, “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. “ No entanto, como será exposto no tópico a seguir, o Auditor autuante simplesmente se recusou a cumprir as duas determinações de diligência efetuadas pela Junta de Julgamento, razão pela qual tais recolhimentos, absurdamente, nunca foram abatidos dos valores cobrados.

Inclusive, afirma que é possível verificar que mesmo diante do descumprimento da diligência quanto a este ponto, o Relator teve o cuidado de acessar os sistemas da SEFAZ e realizar tal providência, fonte própria, como se pode verificar às fls. 132/133 dos autos (trecho de voto de Acórdão posteriormente retificado), tendo chegado à seguinte conclusão:

“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. <u>Infração 03</u> | ICMS NORMAL RED. BC RECOLHIDO | TOTAL |
|---------------|---|--|-------------------|
| <i>nov/11</i> | <i>109.306,78</i> | <i>55.215,51</i> | <i>54.091,27</i> |
| <i>dez/11</i> | <i>102.950,04</i> | <i>55.624,02</i> | <i>47.326,02</i> |
| <i>jan/12</i> | <i>111.475,21</i> | <i>54.605,14</i> | <i>56.870,07</i> |
| <i>fev/12</i> | <i>98.399,56</i> | <i>54.458,83</i> | <i>43.940,73</i> |
| <i>mar/12</i> | <i>158.977,86</i> | <i>89.274,71</i> | <i>69.703,15</i> |
| <i>abr/12</i> | <i>122.166,40</i> | <i>65.880,96</i> | <i>56.285,44</i> |
| 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. “

Dessa forma, verifica-se mais uma nulidade no que se refere ao cálculo, pois além de não considerar os critérios do DESENVOLVE, sequer excluiu os valores recolhidos pela empresa nos meses autuados.

Ressalta ainda para o desatendimento das determinações de realização de diligência. Além das nulidades atinentes ao cálculo do imposto cobrado, demonstradas acima, o Auditor Fiscal Autuante provocou mais um vício insanável no processo, ao não realizar a diligência determinada duas vezes pela Junta de Julgamento.

Verifica-se que o Auditor não fez os cálculos solicitados pela Junta, por entender que para tanto seria necessária uma nova fiscalização. Ao proceder desta forma, afrontou diversos princípios norteadores do processo administrativo fiscal, como verdade material, segurança jurídica, contraditório e ampla defesa, além do devido processo legal.

Acrescenta ainda que na situação dos autos, a falta de realização das diligências causou ofensa aos citados princípios, à medida em que os argumentos da empresa quanto ao critério de cálculo e as observações do Relator sobre a inconsistência dos valores não foram trazidas ao processo, a

fim de que a Recorrente pudesse se manifestar sobre os mesmos.

Ainda preliminarmente, aponta para mais uma suposta nulidade do lançamento quanto à Infração 03, haja vista que o relato da Infração e a penalidade aplicada não condizem com os dispositivos indicados no Auto de Infração.

No mérito, esclarece que a Recorrente era beneficiária do Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia - DESENVOLVE, aprovado pelo Decreto nº 8.205/2002, conforme Resolução nº 026/2004 (Doc. 02) e utilizava os benefícios financeiros e fiscais nele consubstanciados, atinentes a diferimento, dilação de prazo em relação a parte do saldo devedor mensal, etc. No entanto, através da alteração nº 148 ao RICMS/1997 (Decreto nº 6.284/97), promovida pelo Decreto nº 13.339 de 07.10.2011, foi acrescentado o inciso IV ao art. 82 do RICMS/97, com efeitos a partir de 01.11.2011, conferindo redução de base de cálculo às operações com pedras britadas e de mão. Assim, a partir do primeiro mês em que vigorou a nova redução de base de cálculo, a empresa passou automaticamente a utilizá-la, em detrimento do benefício do DESENVOLVE.

Ressalte-se que desde então deixou de apurar e recolher o ICMS com base nos critérios do DESENVOLVE, sendo incontroverso que a partir do momento em que passou a usufruir da redução de base de cálculo instituída pelo RICMS, não gozou/usufruiu mais de qualquer benefício relativo ao DESENVOLVE.

Posteriormente, em 14/05/2012, a Recorrente cuidou de protocolizar formalmente o seu desenquadramento do programa DESENVOLVE, o qual apenas foi apreciado em 27/10/2015, quando através de Parecer com efeitos retroativos a 14.05.2012, foi formalizado o citado desligamento.

Cita voto da Junta de Julgamento e destaca para decisão do Conselho, ao analisar situação parecida, em recente decisão, quando decidiu pela improcedência da autuação justamente por ter sido constatado que não houve utilização simultânea do benefício fiscal do DESENVOLVE e benefício de redução de base de cálculo. (1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL ACÓRDÃO CJF Nº 0275-11/17).

Cita que a verdade material é a que deve prevalecer, afirmando ser indubitoso que o Agente Fiscal lavrou a presente autuação com base em simples presunção de que a Recorrente estaria se beneficiando cumulativamente do DESENVOLVE e da redução de base de cálculo. No entanto, a realidade dos fatos esclarece que no período autuado, e desde que passou a se valer da redução de base de cálculo, não mais utilizou os benefícios fiscais e financeiros previstos no Programa DESENVOLVE.

Iniciada a fiscalização, a Autoridade Fazendária tem a total liberdade para promover a persecução da verdade real, inclusive, utilizando de todos os elementos de prova para fundamentar a verdade material que servirá de base na instrução do processo administrativo. Portanto, é imprescindível para a lavratura do auto de infração, que o instrumento de autuação seja instruído com todos elementos necessários para identificar de forma clara, objetiva e completa o fato gerador da infração imputada.

Na remota hipótese dessa I. CJF entender que o desenquadramento formal do DESENVOLVE era requisito para a utilização da redução de base de cálculo, devem ser considerados os argumentos tecidos na preliminar de nulidade, relativos à necessidade de refazimento dos cálculos para que (i) sejam aplicados os critérios do DESENVOLVE na apuração do ICMS supostamente devido, e (ii) sejam abatidos os valores efetivamente recolhidos pela Recorrente no período autuado.

Requer a realização de diligência, com fulcro no at. 145 do RPAF, a ser realizada pela ASTEC, para que reste atestado nos autos que a empresa não mais se valeu dos benefícios do DESENVOLVE a partir de novembro de 2011 e determinando-se o refazimento dos cálculos com aplicação dos critérios do DESENVOLVE e com o abatimento dos valores efetivamente recolhidos pela Recorrente no período autuado.

Diante do exposto, requer a Recorrente que seja conhecido e provido o presente Pedido de Reconsideração, reformando-se a decisão combatida, no que se refere a Infração 03, para que:

1. Preliminarmente, seja declarada a nulidade do Auto de Infração, tendo em vista os equívocos na determinação do valor cobrado e a negativa do Auditor Fiscal em realizar as diligências determinadas pela Junta de Julgamento;
2. No mérito, caso não acatada a preliminar de nulidade, requer seja julgada totalmente improcedente a Infração 03, diante da desnecessidade de desenquadramento formal do DESENVOLVE, haja vista que a Recorrente não se utilizou dos dois benefícios concomitantemente.
3. Caso assim não entendam os I. Conselheiros, requer sejam refeitos os cálculos, aplicando-se os critérios do Programa DESENVOLVE e abatendo-se os montantes recolhidos pela Recorrente no período autuado.
4. Requer, por fim, a realização de diligência fiscal pela ASTEC para constatação dos fatos alegados e refazimento de cálculos, nos termos do artigo 145 do Decreto nº 7.629/99.

VOTO VENCIDO

Após minuciosamente relatado, destaca-se que a figura jurídica do Pedido de Reconsideração se lastreia no artigo 169, I, “d”, do RPAF/99, prevendo que caberá às Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, dentre outras hipóteses recursais, analisar e julgar o “Pedido de Reconsideração da Decisão de Câmara que tenha, em julgamento de recurso de ofício, reformado, no mérito, a de primeira instância em processo administrativo fiscal.

Por seu turno, o inciso V do art. 173, do mesmo Diploma Administrativo (RPAF) preconiza que não se conhecerá do Recurso que não demonstre a existência de matéria de fato ou fundamento de direito arguidos pelo sujeito passivo e não apreciados em decisões anteriores, com referência ao Pedido de Reconsideração estatuído na alínea “d”, do inciso I do art. 169.

Da leitura dos dispositivos normativos invocados, constata-se a exigência de dois pressupostos para a admissibilidade do Pedido de Reconsideração, quais sejam:

1. A Decisão da Câmara de Julgamento Fiscal tenha reformado, no mérito, a de Primeira Instância em Processo Administrativo Fiscal;
2. Verse acerca de matéria de fato ou fundamento de direito arguidos pelo sujeito passivo na impugnação e não apreciados nas fases anteriores de julgamento.

Da análise do presente pleito, verifico que o apelo da recorrente atende aos requisitos acima expostos, de forma que avanço na análise das correlatas razões ali expostas.

Quanto aos pedidos preliminares, apesar de tratar sucintamente quanto à matéria, verifico que a decisão de piso promoveu a correspondente manifestação, conforme trecho abaixo transcrito:

“Afasto preliminarmente a arguição de nulidade referente a 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.”

Assim sendo, rejeitada fica, portanto, a apreciação deste tema no presente Pedido.

Esclareço, contudo, que parte das contestações inseridas nas preliminares suscitadas se confunde com mérito e que, portanto, será adiante analisada.

Adentrando ao mérito, contesta a recorrente para o fato de não ter sido objeto de análise pelo relator de 2º grau na decisão recorrida, a possibilidade do abatimento dos valores recolhidos a título de ICMS.

Verifico, pois, que na liquidação do montante a ser exigido na infração 3, não foi considerado os valores recolhidos pela recorrente a título de ICMS-Normal, ainda que referido assunto tenha sido sinalizado no voto de piso vencido.

Neste ponto, cabe apreciação por essa Câmara de Julgamento, quanto a admissibilidade do referido pedido de redução.

Em referência à parcela do ICMS-NORMAL recolhido, considero pertinentes as alegações postas, considerando que no lançamento originalmente realizado, não há o abatimento do ICMS já recolhido referente ao mesmo período de apuração.

Importante ressaltar ainda quanto ao posicionamento do relator de piso ao mencionar que reduziu o montante exigido para R\$ 328.216,68, por constatar junto ao SISTEMA DE INFORMAÇÕES DO CONTRIBUINTE - INC 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.

Quanto a contestação posta pela recorrente, em relação ao refazimento dos cálculos com aplicação do benefício do desenvolve, esclareço que pertinência não há neste ponto.

Isto porque, se observado a intempestividade no pagamento do ICMS-DESENVOLVE, cujo vencimento se dá no dia 09 do mês subsequente ao da sua apuração, resta claro a perda/suspensão do uso do incentivo para o período objeto da presente análise.

Em vista de não ter recolhido a parcela do ICMS não sujeita à dilação no prazo, não poderia requerer que o lançamento fiscal fosse realizado, considerando os benefícios fiscais do DESENVOLVE.

Ultrapassada as questões acima analisada, verifico que o cerne da questão gira em torno da suposta necessidade do desenquadramento formal do Desenvolve. Neste ponto, sinalizo que referido tema já foi objeto de discussão em ambos julgamentos de piso e de 2º grau, tendo sido rechaçado por maioria nas duas esferas de julgamento.

Ressalto, inclusive, que naquela oportunidade do julgamento, mantive voto divergente e vencido por entender que a infração é improcedente, prevalecendo, contudo, a decisão, por maioria, que acatou a exigência perpetrada pelo Autuante.

Isto posto, mantenho o voto proferido na decisão recorrida, por considerar que a autuação foi lastreada em observação meramente literal e formalista, não sendo pertinente que a recorrente fosse penalizada tão somente pela ausência de ato formal (pedido de desenquadramento do Desenvolve).

Dessa forma, valorando a prova material que norteia esse PAF, e sendo certo afirmar que naquela oportunidade restou provado que o contribuinte não usou cumulativamente os benefícios fiscais, falar não há em refazimento da sua escrita sem a utilização dos benefícios do crédito presumido.

Nesse contexto, posiciono-me no sentido de que o Pedido de Reconsideração apresentado merece conhecimento, porquanto foram atendidos os requisitos de admissibilidade insculpidos na norma regulamentar.

Do exposto, voto pelo CONHECIMENTO do Pedido de Reconsideração formalizado, declarando a IMPROCEDÊNCIA da referida infração.

VOTO VENCEDOR

Divirjo da nobre Relatora em relação à improcedência da Infração 03, por considerar que a autuação foi lastreada em observação meramente literal e formalista e que não seria pertinente que o Autuado fosse penalizado tão somente pela ausência de ato formal (pedido de desenquadramento do Programa DESENVOLVE).

O Autuado, beneficiário do Programa DESENVOLVE, resolveu, por conta própria, utilizar o benefício previsto no Art. 82, IV, do RICMS/97, transcrito abaixo:

“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 tinha como condição indispensável que o contribuinte não fosse beneficiário do Programa DESENVOLVE. A vedação era expressamente determinada, portanto, não admitindo qualquer interpretação em sentido contrário.

E o Autuado requereu (e obteve) o seu desenquadramento em maio de 2012 (pelos efeitos retroativos da Resolução nº 104/2015), sendo que somente a partir desse momento passou a ser possível o uso da redução da base de cálculo nas suas operações de saída.

Ressalto que a legislação do Programa DESENVOLVE exige a formalização para o desenquadramento, sendo necessário a edição de nova Resolução para modificar uma Resolução anterior.

Entretanto, a Decisão ora recorrida não observou os valores de imposto recolhidos pelo Autuado no período, no montante de R\$375.059,17, o que, caso não corrigido, configura enriquecimento ilícito do Estado. Contudo, deve ser observado que os valores recolhidos pelo código 0806 – ICMS NORMAL INDÚSTRIA - englobam os valores devidos a título de diferença de alíquotas, os quais não se relacionam a operações de saídas e devem ser considerados em separado.

Portanto, voto pelo ACOLHIMENTO PARCIAL do Pedido, para que a Infração 03 seja julgada PARCIALMENTE PROCEDENTE no valor de R\$359.270,75, conforme demonstrativo a seguir:

| Data Ocorrência | ICMS Auto de Infração 03 | ICMS Normal Recolhido | ICMS Diferença de Alíquotas | ICMS após Julgamento 2ª CJF |
|-----------------|--------------------------|-----------------------|-----------------------------|-----------------------------|
| 30/11/2011 | 109.306,78 | 55.215,51 | 43,82 | 54.135,09 |
| 31/12/2011 | 102.950,04 | 55.624,02 | 5.399,02 | 52.725,04 |
| 31/01/2012 | 111.475,21 | 54.605,14 | 274,55 | 57.144,62 |
| 28/02/2012 | 98.399,56 | 54.458,83 | 8.326,56 | 52.267,29 |
| 31/03/2012 | 158.977,86 | 89.274,71 | 10.692,98 | 80.396,13 |
| 30/04/2012 | 122.166,40 | 65.880,96 | 6.317,14 | 62.602,58 |
| Total | 703.275,85 | 375.059,17 | 31.054,07 | 359.270,75 |

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria, com voto de qualidade do presidente, **CONHECER** e **PROVER PARCIALMENTE** o Pedido de Reconsideração apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **299326.0001/14-5**, lavrado contra **CIVIL INDUSTRIAL E COMERCIAL LTDA**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$379.340,28**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores eventualmente recolhidos.

VOTO VENCEDOR – Conselheiros: Marcelo Mattedi e Silva, Luiz Alberto Amaral de Oliveira e Maurício Souza Passos.

VOTO VENCIDO – Conselheiros(as): Leila Barreto Nogueira Vilas Boas, Carlos Antonio Borges Cohim Silva e José Carlos Barros Rodeiro.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de março de 2019.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS - PRESIDENTE

LEILA BARRETO NOGUEIRA VILAS BOAS – RELATORA

MARCELO MATTEDI E SILVA - VOTO VENCEDOR

ALINE SOLANO SOUZA CASALI BAHIA – REPR. DA PGE/PROFIS