

A. I. Nº - 281318.0101/05-0
AUTUADO - JAGUARIPE AGRO-INDUSTRIAL S/A
AUTUANTE - JOÃO CARLOS MEDRADO SAMPAIO
ORIGEM - INFAS SANTO ANTONIO DE JESUS
INTERNET - 14/07/05

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0217-03/05

EMENTA: ICMS. 1. IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO. Não comprovado o pagamento do imposto. Infração caracterizada. 2. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. FALTA DE ENTREGA APÓS INTIMAÇÃO. MULTA. Multa de 1% sobre o valor das saídas incorridas no período. A intimação constante dos autos não concedeu o prazo legal previsto no RICMS/BA, para apresentação dos arquivos magnéticos. Retificada a penalidade para R\$90,00 Infração parcialmente subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 21/03/05, para exigir ICMS de R\$482.932,14, acrescido da multa de 50%, além da multa de R\$57.825,32 em decorrência de:

01. Deixou de recolher o ICMS no prazo regulamentar referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios de R\$482.932,14. Consta no campo da descrição dos fatos que o valor do ICMS exigido foi apurado pelo autuado conforme escriturado no RAICMS e informado nas DMA pelo autuado, conforme cópia anexa ao processo.

02. Após ser regularmente intimado o contribuinte deixou de apresentar os arquivos magnéticos estabelecidos no Convênio nº 57/95 e alterações, tendo sido aplicada multa de R\$57.825,32. Consta no campo da descrição dos fatos que após regularmente intimado, deixou de entregar os arquivos magnéticos padrão do SINTEGRA, conforme intimações e demonstrativo dos valores devidos, anexos ao processo.

O autuado apresentou defesa (fls. 89 a 107), através de seus representantes legalmente constituídos (fls. 108), onde inicialmente, alegou que a autuação deve ser considerada insubsistente, pelo fato de que contém vícios insanáveis.

Discorreu sobre as infrações de que foi acusado e esclarece que é empresa agro-industrial, cuja atividade é a produção de óleo de dendê. Afirma que é amparada pelo Dec 8.665 de 26/09/03 que alterou a parte inicial do inciso XVIII do art. 96 do RICMS/97, que transcreveu à fl. 90, e que faz jus a um crédito presumido de 80%.

Alega que, o art. 3º do referido Decreto indica que os benefícios fiscais se estendem por prazo indeterminado em relação a aqueles concedidos pelos Decretos 7.340/98; 7.378/98; 7.577/99 e 7.799/90, relativos a proteção exclusiva dos produtores de óleo vegetal, especialmente de azeite de dendê.

Ressalta que os referidos decretos estabelecem restrições ao uso dos benefícios aos contribuintes que deixarem de recolher o ICMS no prazo de 03 (três) meses consecutivos ou 06 (seis) meses alternados.

Informa que a ação do fisco estadual restringiu a circulação física dos seus produtos acabados ao suspender o fornecimento de talonários fiscais o que contraria o art. 150, II e IV da CF 88, que transcreveu à fl. 91, ao instituir tratamento desigual entre contribuintes.

Alega que a CF 88 enumerou diversas regras básicas para proteção do contribuinte e limitação ao poder de tributar do Estado, consagrado através dos princípios tributários da reserva legal, igualdade tributária, irretroatividade tributária, vedação ao confisco, ilimitabilidade do tráfego de pessoas ou bens, capacidade contributiva, razoabilidade e da uniformidade.

Cita o pensamento dos doutrinadores Pinto Ferreira, Hugo de Brito Machado e Manoel Gonçalves Ferreira Pinto acerca dos referidos princípios constitucionais e diz que fica patente que ao impedir a liberação de talonários fiscais, o fisco estadual impingiu limitações a continuidade de suas atividades industriais e comerciais. Diz que, ao restringir o ato de comercialização por parte do autuado através de notas fiscais avulsas, limita o fluxo de produção ao interesse do fisco o que pode conduzir ao encerramento de suas atividades o que resultará na eliminação de mais de quinhentos empregos diretos e dois mil indiretos.

Acrescentou que, decorrente de tais limitações impostas pelo fisco, deixou “escoar “in albis” o prazo previsto para o recolhimento dos 20% (vinte por cento) devidos e previstos no Decreto 8.665/2003”, fato que deixou de ser observado pelo autuante, para que “não venha sucumbir ante as dificuldades que se lhe apresentam no limiar de sua vida laboral”.

Esclarece que, é uma indústria pioneira com maquinários modernos de origem italiana, que irá industrializar sabonetes no Estado da Bahia e que não pode ser apenada pelos agentes do fisco.

Diz que, o imposto ora exigido de R\$482.932,14 deve ser reduzido para R\$96.586,43, com o amparo do Código Tributário Nacional e o disposto no art. 940 do Código Civil, face o autuante ter desconsiderado o benefício de 80% outorgado pelo Dec. 8.665/03.

Alega que “A multa de 100% no termos do artigo 42, inciso I, alínea “a” da lei 7.014/96”, dos acréscimos moratórios e correção monetária eleva o débito para R\$940.812,39, e que no seu entendimento é inconstitucional pelo fato de que suplanta o principal. Diz que, se prevalecer a atitude insana do autuante, seria induvidosamente um “tiro de misericórdia” na indústria baiana.

Quanto à infração 02, alega que o art. 915, XIII-A, “g” estabelece uma penalidade fixa de 10 vezes o valor da UPF e o autuante ao invés de aplicar uma penalidade fixa, fez uma aplicação extensiva a todos os lançamentos efetuados, o que desvirtuou o lançamento o que no seu entendimento conduz à sua nulidade nos termos do art. 145 do Código Civil e também o art. 19 da LC 87/96.

Afirma que, o procedimento fiscal vai de encontro ao disposto nos artigos 26 e 39 do RPAF/99, tendo em vista que não foi lavrado o Termos de Início de Fiscalização, tendo inclusive sido omitido de registrar no Auto de Infração, o dia e mês em que foi emitida a Ordem de Serviço.

Alega que, a Constituição do Estado da Bahia nos artigos 22 e 23 estabelecem regras para os procedimentos administrativos e a Ordem de Serviço contraria estes procedimentos por não ter fixado prazos de início e término da fiscalização. Cita dispositivos do Regulamento de Imposto de Renda no tocante a formalização do lançamento tributário e diz que o Auto de Infração foi lavrado na Inspetoria Fazendária e não no estabelecimento autuado, o que afronta os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, razoabilidade, finalidade, motivação e interesse público.

Alega que, em se tratando de operação de fiscalização de contribuinte de grande porte, deveria ter sido realizada pela IFEP.

Transcreve diversos trechos de publicações dos professores José Afonso Silva, Michel Temer e Hely Lopes Meireles, sobre a regulamentação das leis e diz que o regulamento deve apresentar semelhança ao conteúdo normativo dentro do limite da lei.

Transcreve às fls. 101 e 102, trechos das ADIN 1296/PE; 2007 e 1435 cujos relatores foram os Ministros Celso de Melo, Supúlveda Pertence e Francisco Rezek que tratam de decretação de normas inconstitucionais. Diz que, constituem uma afronta a Constituição os regulamentos que não guardam pertinência com a lei e que no presente caso, o art. 32 do RPAF/99, estabelece regra discricionária entre os contribuintes sujeitos a “Operação Especial” que uma vez fiscalizados são intimados para pagamento do imposto sem lavratura de Auto de Infração enquanto os demais contribuintes ficam sujeitos à autuação.

Transcreve às fls. 105 e 106 diversas características do ICMS, como a não-cumulatividade, seletividade, fato gerador e a interpretação destas características por parte de doutrinadores como Ives Gandra Martins e o Ministro Moreira Alves do STF.

Por fim, diz que o Auto de Infração não pode prosperar, tendo em vista que no seu entendimento contém defeitos insanáveis e também pela falta de conformidade da legislação do ICMS com o CTN e Constituição Federal, principalmente nos seus artigos 64 e 150. Requer que o Auto de Infração seja julgado improcedente pelos defeitos formais e falta de amparo legal.

O autuante na sua informação fiscal (fls. 139 e 140), diz que o autuado em relação primeira infração contesta a “cobrança de ICMS lançado pelo próprio contribuinte e não recolhido”, que foi apurado e declarado pelo autuado, conforme consta nos livros fiscais próprios e declarado à SEFAZ através das DMAs, cujas cópias foram acostadas ao processo.

Alega que, o autuado ao invés de utilizar as prerrogativas de defesa que lhes é assegurada, apresentou apenas argumentos ofensivos contra as instituições com o intuito meramente procrastinatório do pagamento do débito fiscal.

Quanto à segunda infração, diz que a penalidade foi aplicada pela falta da entrega dos arquivos magnéticos conforme prevista no art. 915, XIII-A do RICMS e que não se coaduna com a aplicação da multa de 10 UPF invocada pelo autuado na sua defesa.

VOTO

Inicialmente rejeito a preliminar de nulidade suscitada pelo fato de que o Auto de Infração contém vício insanável, tendo em vista que é possível determinar a natureza da infração, o autuado e o montante do débito, portanto não há motivo para declaração de nulidade.

Quanto ao pedido de nulidade feito pelo autuado pelo fato de que não foi lavrado o Termo de Início de Fiscalização, também não pode ser acolhida, haja vista que a intimação, por escrito, ao contribuinte, conforme documentos acostados às fls. 13 e 14, equivale ao citado termo, de acordo com o disposto no art. 26, III, do RPAF/BA.

Relativo ao pedido de nulidade pelo fato de que o Auto de Infração foi lavrado na Inspetoria Fazendária ao invés de ter sido lavrado no estabelecimento do autuado, também não pode ser acolhida, tendo em vista que conforme prevê o art. 39, § 1º do RPAF/BA, o Auto de Infração poderá ser lavrado no estabelecimento do infrator, na repartição fazendária ou no local onde se verificar ou apurar a infração.

No mérito, o presente Auto de Infração foi lavrado para exigir ICMS relativo à falta de recolhimento, no prazo regulamentar, de ICMS de operações escrituradas em livros fiscais próprios, além da multa aplicada pela falta de entrega de arquivos magnéticos.

A primeira infração trata de imposto lançado pelo próprio autuado e não recolhido no prazo regulamentar. Apesar da acusação ter sido feita com base na escrituração feita pelo próprio autuado, o mesmo apresentou uma defesa extensa, alegando que estava amparado pelo Dec 8.665/03 e que faz jus a um crédito presumido de 80%, conforme disposto no inciso XVIII do art. 96 do RICMS/97, o que reduz o valor exigido de R\$482.932,14 para R\$96.586,43.

Verifico que o citado Decreto foi editado em 26/09/2003 e somente a partir da sua edição o autuado poderia utilizar o benefício de 80% do crédito presumido nos termos do art. 96, XVIII, do RICMS/97:

“Art. 96. São concedidos os seguintes créditos presumidos do ICMS, para fins de compensação com o tributo devido em operações ou prestações subsequentes e de apuração do imposto a recolher:

...

XVIII - aos fabricantes de óleo de dendê, leite de coco e coco ralado, equivalente a 80% (oitenta por cento) do imposto incidente nas saídas desses produtos, com a ressalva de que o crédito presumido constitui opção do contribuinte em substituição à utilização de quaisquer outros créditos fiscais vinculados às saídas dos produtos mencionados.”

Ocorre que, conforme disposto no art. 12 do referido Decreto, e ressaltado pelo próprio contribuinte, este só poderia utilizar o benefício fiscal do crédito presumido por opção se estivesse em atraso no pagamento do imposto no máximo em 03 (três) meses consecutivos ou 06 (seis) meses alternados. Como pode ser verificado neste lançamento, o autuado não recolhia o ICMS normal desde o mês de janeiro de 2002, perfazendo 20 (vinte) meses consecutivos de atraso no recolhimento do imposto. Portanto, o autuado não atendia ao disposto no art. 12 do Dec. 8665/03, e dessa forma, ficou impossibilitado de fazer uso do benefício fiscal de utilizar por opção o crédito presumido de 80%, e está correto o valor exigido na autuação.

Quanto à alegação do autuado de que “A multa de 100%...” (fl. 94) aplicada é inconstitucional, verifico que a multa aplicada foi de 50% e é prevista no art. 42, I, “a” da lei 7.014/96, ademais, este órgão julgador não tem competência para declarar a inconstitucionalidade da legislação tributária estadual.

Quanto à alegação do autuado de que o imposto ora exigido deveria ser dado o mesmo tratamento das empresas de grande porte, ou seja, primeiro notificar o autuado para recolher o imposto, e só depois lavrar o Auto de Infração nos termos do art. 32 do RPAF/BA, ressalto que, o art. 32 do RPAF/BA, foi revogado pelo Decreto nº 8.413, de 30/12/02, com efeitos a partir de 01/01/03.

Dessa forma, voto pela procedência da infração 01.

Quanto à infração 02, o autuado alegou que não tendo feito a entrega dos arquivos magnéticos, o autuante deveria ter aplicado uma penalidade fixa de 10 UPF, prevista no art. 915, XIII-A, “g” e não ao percentual de 1% sobre as saídas de mercadorias do período.

Por sua vez, o autuante alegou que a penalidade aplicada é a prevista no art. 915, XIII-A, “g” do RICMS/BA.

Verifico que conforme documento juntado à fl. 14 do processo, o contribuinte foi intimado para apresentar a fiscalização, o prazo de quarenta e oito horas, os arquivos magnéticos e os recibos de entrega dos referidos arquivos.

Conforme disposto no art. 708-A do RICMS/97, o contribuinte devia fazer a entrega via Internet do arquivo magnético, através do programa Validador/Sintegra, nos prazos previstos no citado Regulamento.

Já o art. 708-B do RICMS/BA, prevê que o contribuinte fornecerá ao fisco os documentos e o arquivo magnético quando intimado, no prazo de 5 (cinco) dias úteis contados da data do recebimento da intimação.

Pelo exposto, entendo que, neste caso, não houve uma intimação específica com prazo de cinco dias úteis para apresentação dos arquivos magnéticos, conforme previa a legislação tributária na época da lavratura do Auto de Infração (art. 708-B do RICMS/BA) e sim uma intimação genérica para apresentação dos arquivos magnéticos, a qual não foi atendida pelo contribuinte.

Neste caso, a multa cabível corresponde ao valor de R\$90,00 pela falta de cumprimento de obrigação acessória pelo não cumprimento da intimação fiscal à fl. 144 para apresentar documentos fiscais, conforme disposto no art. 42, XX, “a” da Lei nº 7.014/96.

Pelo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração com a retificação da multa.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 281318.0101/05-0, lavrado contra **JAGUARIPE AGRO-INDUSTRIAL S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$482.932,14, acrescido da multa de 50%, prevista no art. 42, I, “a”, da Lei nº 7.014/96, além da multa no valor de **R\$90,00**, prevista no artigo 42, XX, “a” da citada Lei e dos acréscimos legais.

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, I, “a”, 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/99, com efeitos a partir de 10/10/00.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de junho de 2005.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – RELATOR

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - JULGADOR