

A. I. N° - 206973. 1002/06-5
AUTUADO - BAHIA PET LTDA.
AUTUANTE - IVANA MARIA MELO BARBOSA
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
INTERNET - 04.04.2007

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N°0090-01.07

EMENTA: ICMS. 1. IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO. Infração caracterizada. 2. BENEFÍCIO FISCAL. CRÉDITO PRESUMIDO. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. É vedada a utilização de crédito presumido do ICMS previsto pelo Programa BAHIAPLAST, quando o incentivo estiver suspenso por força de inadimplência do contribuinte nos termos do artigo 12, Parágrafo único, do Decreto nº. 8.665/2003. Infração subsistente. 3. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. CONTRATAÇÃO DE TRANSPORTADORA NÃO INSCRITA NO CAD-ICMS DA SEFAZ. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO RETIDO. NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. A descrição do fato e sua capitulação legal não são condizentes com o fato real nem com o direito aplicável. A autuação foi feita de modo equivocado, pois, a situação fática diz respeito à falta de recolhimento do ICMS retido, decorrente de prestações sucessivas de serviços de transportes contratados junto a empresas transportadoras inscritas no CAD-ICMS da SEFAZ/BA. Por implicar mudança do fulcro da imputação, é impossível dar prosseguimento à lide, em atendimento aos princípios constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa. Infração nula. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 17/10/2006, imputa ao contribuinte o cometimento das seguintes irregularidades:

01. Deixou de recolher o ICMS nos prazos regulamentares referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, nos meses de abril a setembro de 2006. Conforme Demonstrativo anexo (fl.8) e cópia do livro Registro de Apuração do ICMS (fls.11 a 90). Total da Infração:R\$204.344,34. Multa imposta: 50%.

02.Utilizou indevidamente crédito fiscal presumido de ICMS, previsto pelo Programa BAHIAPLAST, que após estornado constituiu saldo de ICMS a recolher, nos meses de outubro a dezembro de 2003, janeiro a dezembro de 2004, janeiro a dezembro de 2005, janeiro a setembro de 2006. Consta que, de acordo com o artigo 12 do Decreto nº. 8.665, de 26/09/2003, o contribuinte teve o benefício fiscal BAHIAPLAST automaticamente suspenso devido ao atraso ou falta de recolhimento do ICMS ao Tesouro do Estado, por 03 (três) meses consecutivos, ou 06 (seis) meses alternados, não recuperando o direito até a presente data por manter a inadimplência. Nesse período houve lavratura de Autos de Infração e Denúncias Espontâneas, sempre se referindo apenas ao ICMS lançado e não recolhido. Conforme Demonstrativo (fl.9), cópia dos lançamentos

do crédito presumido no livro Registro de Apuração do ICMS (fls.11 a 90) e informações sobre Autos de Infração e Denúncias Espontâneas, inclusive, com a indicação da situação INTERROMPIDO (fls.91 a 105). Total da Infração: R\$16.320.300,43. Multa imposta: 60%.

3. Deixou de recolher ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às prestações de serviços de transporte interestaduais e intermunicipais, efetuadas por autônomo ou empresa transportadora não inscrita neste Estado, nos meses de março a julho de 2006. Conforme Demonstrativo anexo (fl.10). Total da Infração: R\$17.385,41. Multa imposta:150%.

O autuado, através de advogados devidamente habilitados, apresenta peça impugnatória ao lançamento de ofício (fls.112/161), requerendo, inicialmente, que todas as intimações decorrentes deste processo administrativo fiscal sejam feitas nas pessoas dos procuradores signatários da peça defensiva, assim como que sejam enviadas ao escritório localizado na Avenida Paulista nº. 1.048, 9º andar, Bela Vista, São Paulo/SP, CEP 01311-200. Pede, ainda, que a peça de defesa seja recebida em seus regulares efeitos, suspendo a exigibilidade do crédito tributário, a teor do artigo 151, inciso III, do Código Tributário Nacional.

Reportando-se ao que denomina dos fatos, esclarece que se instalou no Estado da Bahia para produção de artefatos plásticos, especialmente, a produção de pré-formas de PET e tampas plásticas, chegando a deter 5% do mercado nacional do produto, o que gerou cerca de 150 empregos diretos além de outras centenas de empregos indiretos. Admite que o seu sucesso se deu em grande parte por força dos benefícios e incentivos trazidos pelo programa BAHIAPLAST, dentre os quais o crédito presumido de ICMS, previsto no artigo 3º, inciso II, da Lei Estadual nº. 7.351/98. Contudo, afirma que a partir de meados de 2004, uma grave crise atingiu o mercado consumidor de seus produtos, decorrente da mudança de tributação e pelo aumento excessivo das matérias-primas, o que causou o fechamento de centenas de indústrias, implicando na queda vertiginosa de suas vendas e em alta inadimplência de seus clientes. Acrescenta que o efeito imediato dessa crise financeira foi a corrosão súbita de seu capital de giro, obrigando-a a buscar recursos no mercado financeiro, agravando mais a sua situação, resultando na impossibilidade de recolhimento regular do ICMS e no atraso de algumas competências. Esclarece que, em decorrência disso e no intuito de superar tais dificuldades propôs ação de recuperação judicial, processada perante a 1ª. Vara Cível da Comarca de Salvador/BA, Processo nº. 1217428-3/2006. Diz, ainda, que já está a procurar da Secretaria da Fazenda da Bahia, na tentativa de reparcelar os valores em atraso, de forma que possa suportar as parcelas, notadamente nesses momentos de crise.

Prossegue, registrando a sua enorme surpresa com a lavratura do presente Auto de Infração, cujo objeto principal é a glosa dos créditos presumidos, oriundos do Programa BAHIAPLAST, apropriado em suas operações, por força de atraso no pagamentos dos impostos devidos referente ao período de abril a setembro de 2006, sem que houvesse tempo hábil para sua confissão e pagamento através de denúncia espontânea tendo como fundamentação legal o artigo 12 do Decreto nº. 8.665/03. Diz, ainda, que não procede a suposta falta de recolhimento do imposto retido dos prestadores de serviço de transporte, no período de março a agosto de 2006.

Argüi, preliminarmente, a nulidade do Auto de Infração por inconsistência formal, ou seja, por não conter descrição minuciosa dos fatos e de sua subsunção às normas legais. Assevera que o Auto de Infração é nulo de pleno direito, por faltar indicação dos livros e documentos examinados, impedindo-o de saber em quais documentos se baseou a autuante para efetuar o lançamento, e, principalmente, se os valores apurados foram aqueles constantes de sua contabilidade. Sustenta que a ausência dessas informações implica na nulidade do trabalho fiscal, porque impede o exercício do direito de ampla defesa, consagrado no artigo 5º, inciso LV, da CF. Argüi, ainda, a nulidade da autuação pela ausência de prova da ocorrência dos fatos geradores apontados no lançamento, afirmando que caberia a autuante fazer prova da ocorrência da

materialidade do tributo, o que não ocorreu. Acrescenta que no Auto de Infração verifica-se apenas constar planilhas de valores supostamente utilizados, não havendo prova real da ocorrência material do tributo que é a saída das mercadorias geradoras do ICMS devido em cada um dos meses de competência, invocando e transcrevendo o artigo 28, § 4º, inciso II, do RPAF/99. Reporta-se ao Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda, transcrevendo Acórdãos, para dizer que cabe ao fisco provar a ocorrência do fato gerador, através de provas irrefutáveis e garantindo ao contribuinte seu direito de defesa, o que não sendo feito viola o princípio da estrita legalidade. Cita e transcreve, também, manifestação doutrinária de Paulo Celso B. Bonilha, que fala sobre a prova no processo administrativo tributário.

Adentrando no mérito da autuação, sustenta que é inaplicável ao caso concreto a disposição do artigo 12 do Decreto nº. 8.665/03, já que o seu parágrafo único trata tão somente do financiamento, ou seja, apenas do benefício financeiro tratado no caput, não do benefício meramente fiscal. Manifesta o entendimento de que a menção expressa do parágrafo único exclusivamente à palavra “financiamento” (como espécie do gênero financeiro) exclui totalmente a possibilidade de que suas disposições sejam estendidas aos demais benefícios fiscais, com a concessão de crédito presumido. Enfatiza que a vontade do legislador é bem clara, isto é, suspender definitivamente apenas o direito do contribuinte ao pagamento dilatado no tempo, mediante juros, que é o conceito legal de financiamento, não sendo este o caso, pois, bastaria repetir as mesmas expressões utilizadas no caput, também, no parágrafo único. Ao não fazer resta evidente que quis apenas tratar de um dos casos de benefício, não de todos os demais. Sustenta que deve ser aplicada ao caso a interpretação literal, por ser uma obrigação do hermeneuta e do aplicador da lei interpretar as normas jungidos à precisão adotada pelas palavras utilizadas na lei, conforme o artigo 11, inciso II, alínea “b” da Lei Complementar 95/98.

Prossegue, afirmando que o decreto ao separar benefício fiscal de benefício financeiro, nada mais fez do que reconhecer que são realidades totalmente distintas, como entende a doutrina. Cita e transcreve texto de José Eduardo Soares de Melo, na obra “ICMS -Teoria e Prática”, Dialética, 5ª Ed. 2002, p. 273, que apresenta a distinção apontada.

Afirma que, também, a interpretação histórica e sistemática impõe a conclusão de que a restrição do referido parágrafo único se aplica exclusivamente aos casos de financiamento, como exemplifica, acontece com o DESENVOLVE que diz ser típico incentivo financeiro, pela modalidade de financiamento, diversamente do BAHIAPLAST que é um benefício de ordem fiscal, citando o artigo 3º, inciso III, Parágrafo único da Lei nº. 7.351/98, que concede aos contribuintes optantes do referido programa crédito presumido de ICMS, em percentuais diversos, no intuito de reduzir o imposto devido. Acrescenta se tratar de um crédito presumido escritural concedido de maneira definitiva, não devendo ser devolvido no tempo mediante remuneração através de juros, não se tratando de modo algum, de um tipo de financiamento, pelo que se conclui de maneira categórica que não é aplicável ao caso concreto, o artigo 12 do Decreto nº. 8.665/03, sendo, conseqüentemente, improcedente o Auto de Infração, por não caber a glosa dos créditos presumidos. Acrescenta inexistir na Lei nº. 7.351/98, previsão de suspensão dos créditos presumidos e que as previsões contidas no parágrafo único e mesmo no caput do artigo 12 do Decreto nº. 8.665/03, não encontram qualquer respaldo na lei que rege o BAHIAPLAST. Invoca o princípio da legalidade para dizer que somente através de lei ordinária é que poderia ser restringido ou suprimido direitos e não através de decreto regulamentador, por ser de natureza subordinada e infra-legal, sendo mais evidente ainda quando se trata de benefícios fiscais, espécie do gênero isenção tributária, reportando-se ao artigo 178 do CTN. Sustenta que o Decreto nº. 8.665/03 é ilegal e inconstitucional, considerando que o Poder Executivo não tem Poder Legislativo para inovar na ordem jurídica, além do que o princípio da reserva legal exige que somente através de lei pode haver imposição de obrigações e penalidades. Assevera que a glosa dos créditos presumidos nada mais é do que uma evidente penalidade pelo atraso no pagamento

do imposto, o que somente poderia ser instituída através de lei ordinária, o que não ocorreu. Reporta-se à jurisprudência pátria citando e transcrevendo o AC 200001000707974 do TRF 1ª Região; REO 199901000950740; AC 199801000952710, assim como às decisões dos tribunais administrativos, transcrevendo o AC do 1º CC, 3ª Câmara, Proc. 10875.003314/00-10. Insurge-se contra o que denomina de anaceitável e tortuosa ilação de que o artigo 5º da Lei nº. 7.351/98, autorizaria a disposição contida no Decreto nº. 8.665/03, por entender que o referido artigo regula situação totalmente diversa, ou seja, quando restar clara a incompatibilidade da empresa com as metas programáticas do artigo 1º da referida lei, não sendo o seu caso. Afirma que todas as suas afirmações foram confirmadas pela Secretaria de Comércio e Indústria do Estado da Bahia e pelo próprio Conselho Deliberativo do BAHIAPLAST, em resposta a consulta que formulara, confirmando que o direito ao crédito presumido não pode ser afastado, como quis o Auto de Infração. Acrescenta que a glosa dos créditos afronta a própria Lei Estadual nº. 7.351/98, pois viola os objetivos estabelecidos no seu artigo 1º, que é promover medidas visando o fortalecimento de indústrias de transformação de produtos de base petroquímica e a diversificação industrial do Estado. Enfatiza que não há no caso da inadimplência dolo ou má-fé, tendo procurado espontaneamente a Secretaria da Fazenda e parcelado os seus débitos, o que evidencia sua tentativa de regularizar suas dívidas de ICMS.

Refere-se, ainda, a crise financeira que atravessou o que implicou na inadimplência parcial da obrigação tributária principal, culminando com a propositura de ação de recuperação judicial, promovida na Comarca de Salvador/BA, no intuito de superar tal crise. Cita a Lei Federal nº. 11.101/05, transcrevendo o seu artigo 47, para dizer que a autuação afronta o princípio trazido no referido artigo, ou seja, de que cabe a sociedade, inclusive ao Estado, contribuir para recuperação da empresa, pois tal recuperação atende aos interesses do empresário, dos trabalhadores, dos fornecedores e de toda a sociedade.

Prossegue, sustentando a necessidade de exclusão dos créditos referentes aos períodos já pagos, pois, os créditos presumidos utilizados nos meses de competência em que o saldo devedor do ICMS foi efetivamente pago, ainda que com atraso, não poderiam ser glosados. Manifesta o entendimento de que havendo inadimplência, mas tendo ocorrido o pagamento do tributo em atraso a suspensão do benefício fiscal fica afastada e o crédito presumido volta a valer, desde a data de sua utilização, considerando que o artigo 12 do Decreto nº. 8.665/03, prevê o afastamento definitivo do benefício nos casos de financiamento ou que não se confunde com o crédito presumido, conforme já explicitado acima.

Sustenta, ainda, a necessidade de compensação dos valores tidos por devidos com os créditos oriundos do princípio da não cumulatividade, considerando que a autuante aplicou a alíquota de 17% sobre o montante incentivado, sem reconstituir a conta gráfica do ICMS, para se apurar o valor efetivamente devido em cada mês. Diz que faz jus aos créditos decorrentes de entradas de mercadorias destinadas ao uso e consumo do estabelecimento, bem como os relativos à aquisição de energia elétrica e serviços de telecomunicações, reportando-se ao artigo 155, §2º, inciso I, da CF/88, não sendo vedado ou limitado em momento algum o direito aos créditos do ICMS pago na aquisição de bens destinados ao uso e consumo oriundos do princípio da não-cumulatividade, de modo que tais valores deveriam ser considerados pela Fiscalização. Reporta-se, ainda, sobre a posição doutrinária de Aires Fernandino Barreto, cujo texto referente à matéria, transcreve. Conclui, suscitando a imediata necessidade de redução do valor exigido com a apropriação de créditos referentes à aquisição de produtos destinados a uso e consumo, ativo imobilizado e outros.

Reporta-se, também, sobre a ilegitimidade das multas aplicadas, dizendo que houve equívoco na capitulação da infração principal apontada que é a glosa dos créditos presumidos, pois, foi aplicada com base no artigo 42, inciso II, alínea “F” da Lei 7.014/96, sendo genérica de 60%, por se referir aos casos de ocorrer qualquer hipótese de infração diversa das previstas nesta Lei que

importe descumprimento de obrigação tributária principal, em que não haja dolo. Assevera inexistir previsão legal para a multa aplicada, pois a glosa dos créditos não importou em descumprimento da obrigação tributária principal, além do que tinha todo o direito de apropriação dos créditos presumidos quando assim procedeu, sendo o atraso no pagamento da obrigação principal apenado com a respectiva multa moratória. Suscita, ainda, o caráter confiscatório dos percentuais cobrados a título de multa, invocando os princípios da capacidade contributiva e da vedação do confisco, citando o artigo 150, IV, da CF/88, 133 e seus parágrafos do CTN. Invoca, ainda, o artigo 112 do CTN, o qual transcreve, para afirmar que não houve intenção dolosa, além da falta ser totalmente escusável, dizendo que foi induzida em erro pela própria SEFAZ, pois nas diversas vezes que procurou o fisco estadual para regularização ou parcelamento de suas dívidas lhe foi aventada a hipótese de glosa dos créditos presumidos que estava utilizando, ocorrendo justamente o contrário com a garantia dada pela própria SEFAZ. Afirma ser totalmente injusto que passados mais de dois anos a Fiscalização, de forma retroativa, venha a glosar tais créditos e, ainda, aplicar uma multa elevadíssima de 60% do montante apropriado. Ainda sobre o caráter confiscatório da multa, cita e transcreve lição do mestre Sacha Calmon Navarro Coelho, bem como de Zelmo Denari, para afirmar que os encargos agregados ao valor principal do tributo a título de multas de ofício, deverão ser reduzidos para patamar não superior a 20%, sob pena de malferimento ao disposto no artigo 150, IV, da CF/88.

Insurge-se, também, contra a aplicação da Taxa SELIC, afirmando ser esta ilegítima e inconstitucional, cabendo no caso a incidência dos juros moratórios previstos pelo artigo 161, § 1º, do CTN, isto é, 1% ao mês.

Finaliza a sua peça defensiva requerendo que o Auto de Infração seja julgado nulo, ou, no mérito, seja julgado totalmente improcedente; ou então que ao menos seja reduzido o débito, mediante o afastamento da glosa dos créditos presumidos referentes aos períodos em que o ICMS devido já tinha sido quitado, seja através de pagamentos em atraso, seja por parcelamento, tanto passados quanto futuros; e ainda, que seja reduzida a dívida mediante a utilização dos créditos oriundos de aquisição de mercadorias destinadas ao uso, consumo e ativo permanente e que seja reduzido os percentuais de multas de modo que, na remota hipótese de ser mantidas as multas de ofício, que ao menos não ultrapassem o percentual de 20% do imposto lançado no Auto de Infração, e, finalmente, que seja determinado o expurgo do índice da taxa SELIC como critério de juros moratórios, para aplicação dos juros moratórios de 1%, previstos no artigo 161, § 1º, do CTN. Protesta, ainda, pela juntada de novos documentos e declarações não colacionados nesta oportunidade, bem como pela produção de outras provas, como perícia, ofícios, declarações, constatações e diligências, tudo em atendimento ao princípio da verdade material que rege o processo administrativo tributário.

Na informação fiscal apresentada (fls.379/382), a autuante referindo-se à preliminar de nulidade por inconsistência formal afirma que os fatos estão descritos no Auto de Infração e que foram corroborados pelos demonstrativos anexados citados após cada descrição das 03 infrações. Quanto à preliminar de nulidade por ausência de prova da ocorrência dos fatos geradores apontados no lançamento, sustenta que os demonstrativos ou planilhas conforme citado pela defesa, visaram facilitar para o próprio autuado, bem como para os julgadores, a verificação dos valores constantes nos livros indicados. Acrescenta que, no caso específico dos créditos glosados, às fls. 09 e 10, foi indicado o livro RAICMS em que o crédito houvera sido utilizado, encontrando-se no cabeçalho da última coluna do demonstrativo a indicação completa, não deixando qualquer dúvida. Esclarece, ainda, que a partir da fl. 11, encontram-se cópias das folhas do referido livro Registro de Apuração do ICMS indicado no demonstrativo para comprovar que os valores dos créditos glosados foram exatamente aqueles ali indicados, sendo esta a prova. Reportando-se ao mérito, diz que o artigo 12 do Decreto nº. 8.665/03, trata da suspensão de incentivo para a empresa habilitada em benefício fiscal ou financeiro. Assevera que a empresa

foi e ainda é inadimplente, o que gerou a suspensão do benefício fiscal do crédito presumido nos termos do artigo 12 do Decreto nº. 8.665/03, seja pelo atraso no recolhimento, seja pela falta deste. Afasta a interpretação literal pretendida pelo contribuinte, dizendo que se assim fosse, a empresa habilitada em benefício fiscal que tivesse o incentivo suspenso não voltaria jamais a gozar dele uma vez que não há previsão legal para isso, implicando dizer que somente poderia voltar a usufruir do incentivo se este fosse financeiro. Manifesta o entendimento de que, tanto o “caput” do artigo 12, quanto o seu parágrafo único cuidam de benefício fiscal e de benefício financeiro, acreditando que a ausência do vocábulo “fiscal” no parágrafo único não reflete a intenção do legislador, pois se assim fosse este teria excluído a empresa habilitada em benefício fiscal do retorno ao gozo do benefício em caso de inadimplência.

Prossegue, dizendo que por ser a economia dinâmica a hipótese de superveniência que comprometa direta ou indiretamente o cumprimento das obrigações assumidas pode ocorrer, contudo, não pode o contribuinte unilateralmente deixar de recolher ou recolher com atraso o ICMS devido colocando-se em situação prevista para suspensão do incentivo. Diz que cumpriu a sua função fiscalizadora, descabendo ao Auditor Fiscal a análise sobre a situação financeira da empresa, mas, sim, a verificação da regularidade dos lançamentos e a observância das normas regulamentares, o que foi feito.

Afirma que a empresa parcelou várias vezes os débitos em atraso e não os cumpriu, interrompendo os parcelamentos várias vezes e continua inadimplente, significando dizer, que estará impedida de usufruir o benefício enquanto não regularizar totalmente as obrigações vencidas, ou seja, enquanto não quitar totalmente o débito, ainda que parcele, porque não regularizou totalmente as obrigações vencidas, não cumprindo assim o requisito exigido pelo Decreto nº. 8.665/03. Sustenta que, independentemente do parágrafo único, o caput do artigo 12, do Decreto nº. 8.665/03, trata expressamente da suspensão automática do incentivo fiscal ou financeiro por atraso ou falta de recolhimento do ICMS por 3 meses consecutivos e 6 meses alternados, o que ocorreu com o autuado, conforme pode ser verificado no demonstrativo à fl. 09 dos autos. Diz que, além do referido demonstrativo, às fls. 91 a 97, constam extratos de recolhimentos onde pode ser confirmada a data do recolhimento ou falta deste, assim como às fls. 98 a 108, diversos parcelamentos e seus históricos. Esclarece que, na data da lavratura do Auto de Infração a empresa se encontrava inadimplente, conforme comprovação documental, sendo glosados os créditos por se tratar de benefício BAHIAPLAST suspenso, não existindo alternativa. Assevera, ainda, que o Decreto nº. 8.665/03, entrou em vigor em setembro de 2003 e que os créditos glosados dizem respeito à utilização posterior a esta data, não porque o contribuinte não estivesse inadimplente, mas, pela ausência de previsão para suspensão que somente ocorreu com o advento do referido decreto. Tece comentários sobre o Programa BAHIAPLAST e o compromisso assumido pelo Estado, além da falta de retribuição da empresa com o compromisso assumido. Enfatiza que a empresa adota um procedimento de parcelar, pagar a parcela inicial, interromper o parcelamento, 3 meses depois voltar a parcelar, para não ter o benefício suspenso por atraso de 3 meses. Chama a atenção para o histórico das denúncias espontâneas que de três em três meses foram feitas pela empresa, que entende que ao fazer a denúncia espontânea e parcelar o débito não poderia ter o benefício suspenso por não estar inadimplente.

Conclui, mantendo a autuação.

Às fls. 385/392, o contribuinte apresenta requerimento no qual solicita que seja anexada aos autos cópia de consulta formulada à Secretaria da Indústria, Comércio e Mineração do Estado da Bahia, sobre a possibilidade de aplicação do Decreto nº. 8.665/03, que suspende benefícios financeiros, em caso de inadimplência por empresas optantes do Programa BAHIAPLAST. A resposta dada pela SICM afasta as sanções previstas no artigo 12, do Decreto nº. 8.665/2003 - exigência relativa à Infração 02 do presente Auto de Infração - por entender que os efeitos do

referido artigo 12 são restritos aos benefícios financeiros previstos no Decreto nº. 8.205, que regulamenta o Programa DESENVOLVE.

Esta 1ª JF, após análise e discussão em Pauta Suplementar, deliberou pelo encaminhamento do processo em diligência à Procuradoria Geral do Estado/Procuradoria Fiscal - PGE/PROFIS, a fim de que fosse analisado e emitido parecer sobre o alcance do artigo 12 do Decreto nº. 8.665/2003, tendo em vista a resposta dada pela SICM.

Às fls.394/397, a Douta PGE, através de Parecer de lavra da ilustre Procuradora Drª Maria Olívia T. de Almeida, manifesta o entendimento de que não cabe outra interpretação senão a recomendada pelo artigo 111 do CTN, que imperativa e literalmente como recomenda o artigo 111 do Código Tributário Nacional, ao estabelecimento que atrasar ou deixar de recolher o ICMS, serão suspensos os benefícios fiscais e financeiros inerentes ao Programa.

VOTO

O Auto de Infração sob exame imputa ao contribuinte o cometimento de infrações à legislação do ICMS decorrentes de: - falta de recolhimento do ICMS nos prazos regulamentares referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios; - utilização indevida de crédito fiscal presumido de ICMS, previsto pelo Programa Bahiaplast; - falta de recolhimento do ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às prestações de serviços de transporte interestaduais e intermunicipais, efetuadas por autônomo ou empresa transportadora não inscrita neste Estado.

Inicialmente, quanto ao pedido apresentado pelos advogados representantes do autuado para que todas as intimações decorrentes deste processo administrativo fiscal sejam feitas nas pessoas dos procuradores signatários da peça defensiva, assim como que sejam enviadas ao escritório localizado na Avenida Paulista nº. 1.048, 9º andar, Bela Vista, São Paulo/SP, CEP 01311-200, não vislumbro qualquer óbice para atendimento da solicitação, cabendo ao órgão competente da SEFAZ observar os nomes e endereço indicados.

No que tange a nulidade argüida pelo autuado, por inconsistência formal, decorrente da não descrição minuciosa dos fatos e de sua subsunção às normas legais, e pela ausência de provas da ocorrência dos fatos geradores apontados no lançamento, verifico que relativamente às Infrações 01 e 02 os fatos estão descritos claramente no Auto de Infração, inclusive, com a indicação correta das normas atingidas e aplicáveis, existindo a indicação dos livros e documentos examinados, que foram fornecidos pelo próprio contribuinte, quando regularmente intimado. Rejeito, portanto, a argüição de nulidade referente às Infrações 01 e 02.

Contudo, no que concerne à Infração 03, constato assistir razão ao autuado, haja vista que a descrição do fato e sua capitulação legal não são condizentes com o fato real nem com o direito aplicável. A imputação diz respeito à falta de recolhimento do ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às prestações de serviços de transporte interestaduais e intermunicipais, efetuadas por autônomo ou empresa transportadora não inscrita neste Estado, enquanto a situação fática diz respeito à falta de recolhimento do ICMS devido, decorrente de prestações sucessivas de serviços de transportes contratados junto a empresas transportadoras inscritas no CAD-ICMS da SEFAZ. A autuação foi feita de modo equivocado, pois, as empresas transportadoras indicadas no demonstrativo estão inscritas no CAD-ICMS, conforme indica consulta no sistema de informações da SEFAZ, cujo extrato encontra-se anexado aos autos, constado o seguinte: Enem Transportes - Inscrição Estadual nº. 054.762.998; Queiroz Transportes - Inscrição Estadual nº. 044.395.924; FMA Transportes nº. 067.622.280. Assim, por implicar mudança do fulcro da imputação, não há como dar prosseguimento à lide, em atendimento aos princípios constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa, sendo nulo este item da autuação.

No mérito, no que concerne à Infração 01, que cuida da falta de recolhimento do ICMS nos prazos regulamentares referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, constato que a

acusação fiscal está baseada nos livros do próprio contribuinte, precisamente nos LRAICMS, cujas indicações de folhas e valores constam no demonstrativo acostado aos autos, valendo registrar, que o contribuinte teve ciência do referido demonstrativo, inclusive, com o recebimento de cópia, conforme consta nos autos. Na realidade, o contribuinte apurou o imposto devido e não efetuou o seu recolhimento, tendo a autuante agido acertadamente ao efetuar a exigência através do presente lançamento de ofício. Assim entendo que este item da autuação é totalmente subsistente.

No respeitante à Infração 02, que trata da utilização indevida de crédito fiscal presumido de ICMS, previsto pelo Programa Bahiaplast, verifico do exame das peças processuais que o cerne da questão está em se identificar o alcance do artigo 12 e seu Parágrafo único, do Decreto nº. 8.665/03, ou seja, se este diz respeito apenas ao benefício financeiro como entende o autuado, ou se abrange ambos os benefícios, financeiro e fiscal, conforme entende a autuante.

Coadunando com o entendimento do autuado, a Secretária de Indústria, Comércio e Mineração do Estado da Bahia - SICM, em resposta a consulta formulada pelo contribuinte, cuja cópia encontra-se anexada ao autos, se pronunciou no sentido de que a empresa faz jus aos benefícios previstos na Resolução nº. 14/99, ou seja, o diferimento do lançamento e do pagamento do ICMS nas aquisições de resinas PET, e o Crédito Presumido de 41,1776%, nas operações internas, e de 70%, nas operações interestaduais, não sendo aplicáveis as sanções previstas no artigo 12, do Decreto nº. 8.665/03, que alcançam apenas os benefícios financeiros concedidos pelo Estado através do Programa DESENVOLVE.

Considerando a manifestação da SICM acima reportada, submeti a matéria à 1ª Junta de Julgamento Fiscal - JJF, que após discussão em pauta suplementar, deliberou pelo encaminhamento do processo à PGE/PROFIS, para análise e pronunciamento, haja vista a sua competência regimental.

O entendimento manifestado pela Douta PGE/PROFIS, em parecer da ilustre Procuradora Dr^a. Maria Olívia T. de Almeida, aponta em sentido contrário ao entendimento externado pelo autuado e pela SICM. Entende a PGE/PROFIS que a boa técnica legislativa recomenda que a interpretação de um determinado parágrafo seja feita em conjunto com o que preceitua o “caput” do dispositivo normativo. Assim sendo, diz que o “caput” do artigo fala da suspensão automática do incentivo, avaliando que o incentivo tratado engloba os benefícios fiscais e financeiros. Diz que o parágrafo único do referido artigo prevê como norma secundária, que após a regularização das obrigações vencidas, a empresa volte a gozar do financiamento. Acrescenta que, os créditos presumidos não podem ser considerados como definitivamente concedidos, por se tratar de um benefício fiscal condicionado ao cumprimento de determinadas exigências, cujo descumprimento gera as consequências previstas no § 1º do artigo 13 do Decreto nº. 8.665/2003. Invoca o artigo 111 do CTN, para dizer que não cabe outra interpretação senão a de que, imperativa e literalmente, ao estabelecimento que atrasar ou deixar de recolher o ICMS, serão suspensos os benefícios fiscais e financeiros inerentes ao Programa. Reportando-se ao entendimento da SICM, diz que discorda da orientação dada, haja vista que o artigo da Lei nº. 7.351/98, instituidora do Programa BAHIAPLAST, estabelece que as condições necessárias à utilização dos benefícios nela previstos serão disciplinadas em Regulamento, sendo tal Regulamento o Decreto nº. 8.665/2003, inexistindo inovação na regulamentação, apenas o decreto desce a detalhes que não cabem na boa técnica legislativa, à lei.

Da análise dos razões defensivas, da orientação dada pela SICM, da manifestação da PGE/PROFIS, e da legislação pertinente à matéria de que cuida a presente autuação, tenho o seguinte entendimento:

Estabelece o artigo 12, Parágrafo único, do Decreto nº. 8.665/03, “in verbis”:

“Art. 12. A empresa habilitada em benefício fiscal ou financeiro que atrasar ou deixar de recolher o ICMS ao Tesouro do Estado, por 03 (três) meses consecutivos, ou 06 (seis) meses alternados, terá automaticamente suspenso o incentivo.

Parágrafo único. A empresa voltará a gozar do financiamento após a regularização total das obrigações vencidas, não tendo direito, entretanto, ao benefício relativo àquelas parcelas correspondentes aos meses em que realizou o pagamento com atraso.”

A leitura do dispositivo normativo acima transcrito permite-me concluir, que não há nenhuma contradição ou antinomia entre o “caput” do artigo e o seu parágrafo único. Sabe-se que existindo antinomia entre a regra geral e a específica, esta prevalece sobre aquela, considerando que em toda disposição normativa o gênero é derogado pela espécie.

Na realidade, o que verifico é que a regra geral determinada pelo “caput” do artigo 12 acima referido e transcrito, é de que a empresa habilitada em benefício fiscal ou financeiro que atrasar ou deixar de recolher o ICMS ao Tesouro do Estado, por 03 (três) meses consecutivos, ou 06 (seis) meses alternados, terá automaticamente suspenso o incentivo. Esta é a regra principal.

A regra trazida pelo parágrafo único do mesmo artigo 12, a meu ver não tem o cunho de especial ou de exceção, pois, não se refere à espécie diversa da tratada no “caput” do artigo. Entendo que a disposição do parágrafo único tem a característica de acessória, por apenas esclarecer que a sanção imposta ao incentivo financeiro não é definitiva, ou seja, quis o legislador deixar claro que a empresa voltará a gozar do financiamento após a regularização total das obrigações vencidas, não tendo direito, entretanto, ao benefício relativo àquelas parcelas correspondentes aos meses em que realizou o pagamento com atraso. Certamente, se não houvesse tal previsão os agentes e órgãos públicos competentes teriam dificuldades em autorizar a continuidade do incentivo financeiro, por ausência de previsão normativa.

Diante do exposto, entendo que a exigência referente a este item da autuação é totalmente subsistente, valendo registrar, que concordo “ipsis litteris” com o entendimento manifestado pela douta PGE/PROFIS.

Com relação à arguição do contribuinte de ser o Decreto nº. 8.665/03, ilegal e inconstitucional, considerando que o Poder Executivo não tem Poder Legislativo para inovar na ordem jurídica, faço dois registros. O primeiro referente à ilegalidade, pois, não houve inovação no referido decreto, haja vista que a Lei nº. 7.351/98, instituidora do Programa BAHIAPLAST, estabelece que as condições necessárias à utilização dos benefícios nela previstos serão disciplinadas em Regulamento. Conforme disse a PGE/PROFIS com a qual concordo, tal Regulamento é o Decreto nº. 8.665/2003, inexistindo inovação na regulamentação, apenas o decreto desce a detalhes que não cabem na boa técnica legislativa, à lei. O segundo relativo à inconstitucionalidade, considerando que não compete a este órgão julgador a sua apreciação, no termos do art. 167, I, do RPAF/99.

Da mesma forma, quanto à alegação de que a multa aplicada de 60% é ilegítima e inconstitucional, registro que existe previsão legal para sua aplicação que é o art. 42, II, “f” e seu § 1º da Lei nº 7.014/96. No que concerne à inconstitucionalidade, conforme disse acima, existe um óbice intransponível à sua apreciação que é o artigo 167 do RPAF/99.

Relativamente à alegação defensiva de que a aplicação da taxa SELIC para atualizar o valor do imposto exigido é inconstitucional, registro que a sua utilização está prevista no art. 102, § 2º, II da Lei Estadual de nº 3.956/81 (COTEB). Entretanto, quanto à sua inconstitucionalidade, reitero que esta não pode ser apreciada pelo órgão julgador a teor do artigo 167 do RPAF/99.

No tocante à alegação de necessidade de compensação dos créditos decorrentes de entradas de mercadorias destinadas ao uso e consumo do estabelecimento, bem como os relativos à aquisição de energia elétrica e serviços de telecomunicações, cumpro-me registrar que a legislação do ICMS veda a sua utilização, no que diz respeito às mercadorias destinadas ao uso e consumo do

estabelecimento e aos serviços de telecomunicações. Admite, entretanto, o crédito relativo a energia utilizada no processo produtivo, cabendo ao contribuinte efetuar o levantamento de tais créditos para posterior utilização na forma prevista no RICMS/97, caso ainda não tenha utilizado.

Por derradeiro, cumpre-me fazer um registro sobre a autuação e a alegada difícil situação financeira do contribuinte. Entendo que a autuante por exercer uma atividade vinculada e obrigatória, consoante previsão contida no artigo 142 do Código Tributário Nacional, agiu acertadamente, haja vista que não estava ao seu talante, efetuar o lançamento ou não quando constatou na verificação fiscal o descumprimento de obrigação tributária pelo autuado.

Voto pela **PROCEDÊNCIA EM PARTE** do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 206973.1002/06-5, lavrado contra **BAHIA PET LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$16.524.644,77**, acrescido da multa de 50% sobre R\$204.344,34 e 60% sobre R\$16.320.300,43 previstas no art. 42, I, “a”, II, “f”, respectivamente, da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de março de 2007.

CLARICE ANÍZIA MÁXIMO MOREIRA – PRESIDENTE

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – RELATOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA- JULGADOR