

A. I. N° - 299334.0014/09-0
AUTUADO - PLATINA DO NORDESTE INDÚSTRIA, COMÉRCIO E SERVIÇOS LTDA.
AUTUANTE - CLÁUDIO ANTÔNIO BARRETO MARTINELLI
ORIGEM - INFAZ INDÚSTRIA
INTERNET - 19.10.2010

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0272-02/10

EMENTA: ICMS. 1. BENEFÍCIOS FISCAIS. DESENVOLVE. SUSPENSÃO DO BENEFÍCIO. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. Recolhimento de ICMS efetuado a menos em virtude da falta de pagamento, na data regulamentar, das parcelas não sujeitas à dilação de prazo, acarretando a perda do direito ao benefício em relação às parcelas incentivadas pelo Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia (DESENVOLVE). Falta de atendimento de requisito regulamentar para fruição do benefício. Mantido o lançamento. 2. LIVROS FISCAIS. FALTA DE EXIBIÇÃO AO FISCO. MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. Fato não contestado. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 15/12/2009, reclama o valor de R\$6.471.059,26, sob acusação do cometimento das seguintes infrações.

1. Recolhimento a menos ICMS, no valor de R\$3.833.266,98, em razão da falta de recolhimento, na data regulamentar da parcela não sujeita a dilação de prazo, perdendo o direito ao benefício em razão à parcela incentivada prevista pelo Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – DESENVOLVE, relativo ao período de março a outubro de 2009, conforme demonstrativo e documentos às fls.122 a 200.
2. Recolhimento a menos ICMS, no valor de R\$2.636.412,28, em razão da falta de recolhimento, na data regulamentar da parcela não sujeita a dilação de prazo, perdendo o direito ao benefício em razão à parcela incentivada prevista pelo Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – DESENVOLVE, relativo ao período de outubro de 2008 a fevereiro de 2009, conforme documentos às fls. 201 a 247.
3. Deixou de apresentar documentos fiscais, quando regularmente intimado, conforme intimações às fls.07 a 12, sendo aplicada multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$ 1.380,00.

Em complemento consta que: *“O contribuinte efetuou o lançamento do ICMS e não realizou o recolhimento do ICMS não sujeito a dilação do prazo. Com isso, perdeu o direito ao benefício do DESENVOLVE nos meses correspondentes, conforme preceitua o Decreto n° 8.205 de 03 de abril de 2002 que aprovou o DESENVOLVE – Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia.”*

O autuado, através de seu representante legal, em sua defesa (fls.264 a 281) impugnou o lançamento consubstanciado no Auto de Infração com base nas seguintes razões de fato e de direito.

Inicialmente demonstra o seu entendimento de que a acusação fiscal é concernente a exigência de imposto em razão da inobservância das prescrições do Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – DESENVOLVE, previsto no Decreto nº 8.205/2002, mais precisamente, porque teria recolhido a menor e também deixado de recolher o ICMS, em razão de não ter observado o prazo para pagamento da parcela não sujeita à dilação de prazo, acarretando a perda do direito ao benefício em relação à parcela incentivada. E, ainda, não teria recolhido o ICMS não sujeito à dilação de prazo para recolhimento.

Comenta o regime especial para o aproveitamento do benefício estabelecido pelo DESENVOLVE o qual é beneficiário de acordo com a Resolução nº 53/2006, destacando que tem direito ao diferimento de 100% (cem por cento) do ICMS devido, sendo que 10% (dez por cento) são diferidos para pagamento em até um ano, e os demais 90% (noventa por cento) tornam-se isentos em caso do adimplemento tempestivo dos 10% inicialmente diferidos.

Observa que em caso de não observância do prazo de um ano para o pagamento dos 10% (dez por cento) do ICMS, perde o direito à liberação do pagamento dos 90% (noventa por cento) restantes e, com isso, fica obrigado a prontamente adimpli-lo com os acréscimos legais.

Frisa que nestes casos, em que a parcela de 90% do ICMS vence antecipadamente, não se consideram os créditos de ICMS decorrentes das operações anteriores, tornando o ICMS que é constitucionalmente um tributo não-cumulativo, em uma exação flagrantemente cumulativa.

Com esse argumento, alega que no presente caso não foi observado o princípio da não-cumulatividade, isto porque não foram abatidos no levantamento fiscal os créditos fiscais decorrentes das operações de entradas de mercadorias e insumos realizadas no período fiscalizado, equivalente a 12% em sua integralidade.

Invoca o artigo 155, § 2º, I da Constituição Federal, para mostrar a previsão legal sobre o princípio da não-cumulatividade, e lições de renomados professores de direito tributário sobre esta questão.

Prosseguindo, argui a impossibilidade de ato normativo infraconstitucional limitar direta ou indiretamente o direito ao crédito decorrente do princípio da não-cumulatividade. Diz que isso se aplica tanto às leis complementares, como também às ordinárias e aos Decretos do Poder Executivo, como é o caso do Regulamento do DESENVOLVE.

Portanto, argumenta que, na medida em que o Regulamento do DESENVOLVE não privilegia em momento algum o aludido princípio, há flagrante incompatibilidade com o Princípio da Não-Cumulatividade previsto pelo citado artigo da Constituição Federal.

Frisa que apenas os casos de isenção e não incidência têm o condão de limitar o Princípio da Não-cumulatividade e, em consequência, o direito ao crédito. Qualquer outra tentativa de limitação – direta ou indireta – por meio da legislação infraconstitucional será inconstitucional e ilegítima, conforme lições de renomados tributaristas.

Diz que o Regulamento desconsidera os créditos de ICMS a que tem direito, restringindo, com isso, restringe o alcance do Princípio da Não-cumulatividade. Indaga qual o artigo da Constituição Federal que prevê que nos casos em que o beneficiário de diferimento não terá direito ao crédito de ICMS e, nesses casos, o Princípio da Não-cumulatividade não será aplicado, e ele próprio responde, em nenhum dispositivo.

Ressalta que o desrespeito ao Princípio da Não-cumulatividade importa em atrair o caráter confiscatório da tributação, o que é banido pelo sistema tributário constitucional, especialmente, o inciso IV do art. 150 da Constituição da República.

Transcreveu o artigo 151, II, do Código Tributário Nacional para argüir que a [Fazenda do Estado de São Paulo] deve abster-se de todo o qualquer procedimento de cobrança do crédito tributário objeto do presente Recurso Administrativo.

Ao final, requer a improcedência da autuação, ressaltando que a pretensão fiscal jamais será acolhida pelo Poder Judiciário, sendo que o seguimento da cobrança fiscal acarretará as medidas judiciais cabíveis, o que redundará, certamente, em prejuízo ao próprio Estado da Bahia, uma vez que arcará com as custas processuais e honorários de advogado.

Na informação fiscal às fls.316 a 318, o autuante rebateu os argumentos defensivos dizendo que o autuado apresenta fatos completamente estranhos à natureza das infrações cometidas.

Observa que às folhas 264 a 281, o autuado alega o tempo inteiro que não foi levado em consideração o princípio da não cumulatividade do imposto, não garantindo na apuração do ICMS os créditos tributários decorrente das entradas das mercadorias.

Não acolheu esta alegação dizendo que nas folhas de números 122 e 201, verifica-se com clareza que os créditos do ICMS foram considerados na apuração do ICMS devido, ou seja, de que na folha 122, o Anexo I - ICMS DECLARADO E NÃO RECOLHIDO CONTRIBUINTE COM BENEFÍCIO FISCAL DESENVOLVE, a coluna G representa a soma dos créditos fiscais considerados na apuração do ICMS.

Esclarece que esses créditos foram levantados a partir das DMA's informadas pelo contribuinte e retiradas do cadastro da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia (folhas 124 a 200).

Igualmente que folha 201, o Anexo 11 - ICMS RECOLHIDO FORA DO PRAZO CONTRIBUINTE COM BENEFÍCIO FISCAL DESENVOLVE, a coluna G representa a soma dos créditos do ICMS considerados na apuração do ICMS, levantados com base nas DMAs (folhas 202 a 247).

Conclui mantendo a ação fiscal que resultou e pugnando pela procedência do Auto de Infração.

VOTO

O Auto de Infração contempla três itens, concernentes a acusação do cometimento das seguintes infrações: falta de recolhimento e recolhimento a menos da parcela do ICMS não sujeita a dilação de prazo, perdendo o direito ao benefício em relação à parcela incentivada prevista pelo Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – Desenvolve (itens 01 e 02); e falta de atendimento a intimações para apresentação de documentos fiscais (item 03).

Quanto ao item 03, observo que o sujeito passivo em sua peça defensiva não fez qualquer referência a este item, e por isso, diante do seu silêncio, considero subsistente a multa que foi aplicada pelo descumprimento da obrigação acessória, uma vez que, “o fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas” (art.140 do RPAF/99).

Passo a analisar os dois primeiros itens conjuntamente, visto que, o fulcro das infrações é a perda do direito ao benefício pelo Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – Desenvolve, em razão da falta de recolhimento e recolhimento a menos da parcela não sujeita a dilação de prazo, no período de outubro de 2008 a outubro de 2009.

No caso do item 01, a perda do referido benefício decorreu do fato de que o autuado deixou de recolher o ICMS declarado, no período de março a outubro de 2009, enquanto que no item 02, houve o recolhimento do imposto apurado, porém, foram do prazo de 2008 a fevereiro de 2009.

Analisando os termos da defesa, verifico que o sujeito passivo nada argüiu em contrário sobre o cancelamento de Benefício Fiscal, do qual é beneficiário de acordo com a Resolução nº 53/2006, visto que, a suspensão ou cancelamento encontra amparo fático nos artigos 18 e 19, do Decreto 8205/02.

Conforme art. 18 do Dec. 8205 / 02, “*A empresa habilitada que não recolher do Tesouro do Estado, na data regulamentar, a parcela do ICMS não sujeita a dilação do prazo, perderá o direito ao benefício em relação à parcela incentivada naquele mês*”. Ou seja, o contribuinte habilitado ao DESENVOLVE, que deixar de recolher ou recolher fora do prazo regulamentar, a parcela do ICMS não sujeita a dilação de prazo, perderá o direito ao benefício, em relação à parcela incentivada no respectivo mês.

Feitas estas considerações, resta agora analisar a questão argüida na peça defensiva, concernente a alegação de que houve afronta ao princípio da não-cumulatividade porque não foram considerados os créditos fiscais oriundos das operações de compras de insumos e mercadorias.

Os levantamentos fiscais que ensejaram a apuração dos valores objeto do lançamento tributário encontram-se às fls.122 e 201, relativamente às infrações 01 e 02, respectivamente. O levantamento à fl.122, se refere ao item 01, e diz respeito a perda do benefício fiscal no período de março a outubro de 2009, em decorrência de não ter havido qualquer recolhimento do ICMS no referido período.

Já o levantamento constante à fl.201, também faz referência a perda do benefício do DESENVOLVE, porém, em razão do recolhimento do imposto fora dos prazos regulamentares.

Os valores inseridos nos referidos levantamentos fiscais correspondem exatamente com os valores apurados e informados pelo próprio contribuinte nas “Declaração e Apuração Mensal do ICMS – DMA”.

Verifico não caber razão ao defendente de que não foram considerados os créditos fiscais, pois constam nos referidos demonstrativos nas Colunas D e E, os valores correspondente aos créditos fiscais que foram informados nas DMAs, valores esses, que foram deduzidos na apuração do imposto recolher e lançado no presente auto de infração.

Cumprir destacar, quanto aos aspectos constitucionais abordados na defesa em relação à matéria objeto da lide, bem como, a alegação de que se configura em confisco a exigência fiscal por ferir o princípio constitucional da não-cumulatividade, a regra estabelecida pelo art. 167, I do RPAF/99 que retira do órgão julgador administrativo a competência para a declaração de inconstitucionalidade ou negativa de aplicação de Lei, decreto ou ato normativo.

Conforme comentado acima, em que pese a falta de competência desta Junta de Julgamento Fiscal para apreciar a inconstitucionalidade dos atos normativos que regem a matéria em questão, para aclarar melhor a matéria em questão, e mostrar a obrigatoriedade no cumprimento das normas estabelecidas pelo DESENVOLVE, cabe a reprodução da decisão prolatada pela 2ª CJF, através do Acórdão CJF nº 0027-12/09, no qual consta o Dr. Tolstoi Seara Nolasco como Presidente/Relator, *in verbis*:

“Conforme já tive oportunidade de me manifestar em outros votos proferidos nesta Câmara sobre a mesma matéria, cabe de início, algumas considerações em torno do tema. O DESENVOLVE, instituído pela Lei nº 7.980/2001, é em verdade um mero incentivo diferido do momento do recolhimento do tributo, não havendo na sua regulamentação legal e infralegal a definição de qualquer dos elementos constitutivos do fato gerador do ICMS, em especial a base de cálculo do tributo.

O Poder Executivo Estadual, dentro dos limites estabelecidos para a sua atividade, editou o Decreto nº 8.205/02, no sentido de explicitar a lei instituiu suspensão do benefício. Neste ponto, estabeleceu o Decre

inserido no Capítulo dos Deveres e Sanções, uma espécie de “suspensão” do benefício na hipótese de não recolhimento do tributo não incentivado pela empresa devidamente habilitada. Teria, nesta situação, o Decreto Regulamentar extrapolado de seu caráter explicitador da norma legal, inovando acerca de situação não prevista em lei específica?

No nosso entender não houve o vício apontado na peça recursal, isso porque não se verificou a inovação no texto legal. A finalidade posta na norma regulamentar é no sentido de possibilitar o saneamento do vício que levaria ao cancelamento do incentivo, no exato momento do não preenchimento do requisito imprescindível para a habilitação no regime, qual seja, o pagamento do imposto estadual não alcançado pela dilação de prazo. A “suspensão” trata de situação jurídica preparatória da exclusão do regime, que por liberalidade do Estado concessor do benefício, possibilita ao beneficiário a não efetivação automática do cancelamento da benesse fiscal condicionada.

Conforme se deduz da leitura dos dispositivos insertos na Lei instituidora do incentivo fiscal do DESENVOLVE, a inadimplência é um dos motivos para o cancelamento do ato administrativo de concessão da benesse, sendo válido ao Poder Executivo, antes de aplicar a pena de exclusão, exigir o tributo, incentivado e não incentivado, pelo não atendimento pelos contribuintes das condições fixadas na norma legal instituidora.

Nesse sentido, prescreveu o art. 18 do Regulamento do DESENVOLVE (Decreto nº 8.205/02), que determina a não aplicação do benefício em relação ao(s) mês(es) em que não houve recolhimento da parcela não incentivada ou se verificou o recolhimento intempestivo:

Art. 18. A empresa habilitada que não recolher ao Tesouro do Estado, na data regulamentar, a parcela do ICMS não sujeita à dilação de prazo, perderá o direito ao benefício em relação à parcela incentivada naquele mês.

§ 1º Caso o atraso ocorra por 03 (três) meses consecutivos ou 06 (seis) meses alternados, o incentivo será automaticamente suspenso.

§ 2º A empresa que tiver o benefício suspenso, somente voltará a gozar do incentivo após a regularização total das obrigações de que trata o caput deste artigo.

Não há qualquer óbice na aplicação do dispositivo no caso concreto, visto que a exigência tributária é limitada ou circunscrita ao período em que o imposto deixou de ser recolhido ou na hipótese de pagamento fora do prazo regulamentar. Em se tratando de benefício condicionado, e vale ressaltar, condicionado, entre outras exigências, ao pagamento das parcelas do imposto não sujeitas à dilação prazal, o não atendimento pelo beneficiário da condição legal resulta na impossibilidade de gozo do benefício. Como o ICMS é imposto de apuração mensal, nos períodos de apuração em que a condição legal não foi atendida não há benefício. Nos períodos mensais em que houver o adimplemento da condição fixada na lei, há gozo do benefício. Portanto, não há extrapolação do Decreto às disposições legais, pois a suspensão do benefício não é uma penalidade, mas tão-somente uma decorrência natural do incentivo fiscal condicionado, explicitado na norma regulamentar, visto que a Lei nº 7.980/01 (art. 4º, § 2º), exige para a obtenção da benesse a condição de adimplência do incentivado com o tesouro estadual.

No tocante à arguição de incompetência da autoridade fiscal para a exigência tributária em testilha, por entender o recorrente que deveria a autuação ser precedida, para a sua validade, de ato do Conselho Deliberativo do DESENVOLVE, também entendemos descabida. Pelas razões já expostas acima não houve no caso em exame a cassação do benefício, este sim, ato de competência daquele Conselho, conforme explicitado nas Resoluções nº 01/2002 e nº 02/2007. Houve apenas a não aplicação no período em que o contribuinte não cumpriu as ex

DESENVOLVE, correspondente ao pagamento do ICMS não sujeito à dilação de prazo. Suspensão ou não aplicação do benefício não implica em cassação. O contribuinte foi mantido no DESENVOLVE, todavia, sem direito ao benefício, exclusivamente no período mensal em que não cumpriu com as suas obrigações tributárias. Neste caso, temos uma relação sinalagmática ou bilateral, por se tratar de um incentivo fiscal condicionado.

Sob outros primas, a arguição recursal também não pode ser acolhida, pois a competência para fiscalizar e lançar os tributos estaduais é da Secretaria da Fazenda, através de seus auditores fiscais, não podendo o ato administrativo de lançamento, previsto no art. 142 do CTN, depender da autorização de outro esfera de competência, até porque o crédito tributário é submetido ao prazo quinquenal de decadência, nos termos do art. 150, § 4º e art. 173, da Lei Complementar Tributária Geral (CTN)."

Portanto, pelo que se vê, a ação fiscal do autuante restringiu-se a não aplicação das normas do incentivo fiscal no período em que o contribuinte não cumpriu as exigências fixadas na lei do benefício em análise (DESENVOLVE), exercendo o autuante, por conseguinte, a competência que lhe cabe para o ato administrativo de lançamento, previsto no art. 142 do CTN, cujos valores constantes nos levantamentos fiscais considero como corretos, porquanto o autuado não se insurgiu a eles, limitando apenas a alegar a falta de dedução dos créditos fiscais, que conforme comentado acima, foram devidamente considerados na apuração do débito que resultou no presente lançamento tributário.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **299334.0014/09-0**, lavrado contra a **PLATINA DO NORDESTE INDÚSTRIA, COMÉRCIO E SERVIÇOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$6.469.679,26**, acrescido da multa de 60%, prevista nos incisos II, "f" da Lei 7014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$1.380,00**, prevista no inciso XX do mesmo diploma legal e dos acréscimos moratórios conforme estabelece a Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de outubro de 2010.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

ÂNGELO MARIO DE ARAUJO PITOMBO - JULGADOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - JULGADOR