

A. I. N ° - 299326.0401/08-9
AUTUADO - ETEP INDÚSTRIA METALÚRGICA LTDA.
AUTUANTE - ARLINDO AMORIM PEREIRA
ORIGEM - INFAZ INDÚSTRIA
INTERNET - 08.04.2011

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0069-04/11

EMENTA: ICMS. PROGRAMA DESENVOLVE. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. PARCELA NÃO ALCANÇADA PELO PRAZO DA DILAÇÃO. PERDA DO BENEFÍCIO EM RELAÇÃO À PARCELA INCENTIVADA. Restou comprovado o não recolhimento, no prazo, da parcela não incentivada, o que culminou na perda do direito relativo à parcela sujeita a dilação do prazo. Não acolhidas às arguições preliminares de nulidades e decadência do crédito tributário. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 29/12/08 exige ICMS no valor de R\$122.380,74 em decorrência do recolhimento a menos do imposto em razão da falta de recolhimento, na data regulamentar da parcela não sujeita à dilação de prazo, perdendo o direito ao benefício em relação à parcela incentivada prevista no Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia (DESENVOLVE). Consta, na descrição dos fatos, que se trata do saldo a recolher em face de procedimento em desacordo com o art. 18 do Dec. 8.205/02, conforme descrito na folha 12 do processo de revisão de procedimentos de fiscalização da OS 520645/05 e cadastrado no SIPRO com o número 084798/2008-3 em 04/06/08.

O autuado na defesa apresentada (fls. 12/26), inicialmente discorre sobre a infração e afirma que a inobservância ao benefício fiscal e a imputação do pagamento ora exigido não pode prosperar em vista dos fundamentos que passou a expor.

Suscita a nulidade da autuação, sob o argumento de que houve expressa homologação do exercícios fiscais de 2000 a 2003 pelo Fisco Estadual em meados de 2005 e entende que o exercício fiscal de 2003 “já foi analisado e devidamente homologado”. Transcreve às fls. 13/15 decisão contida no Acórdão 16.656/04/1ª do RAg e textos publicados de autoria de Leandro Paulsen, para reforçar o seu posicionamento de que a jurisprudência e a doutrina lhe ampara quanto ao crédito relativo a tributo já pago e lançado por homologação.

Argumenta também, que os valores ora exigidos foram atingidos pelo instituto da decadência, visto que o Auto de Infração foi lavrado em 29/12/08 e decorreu mais de cinco anos a ocorrência dos fatos geradores de 31/05/03 a 30/11/03, admitindo que persista competência para o presente lançamento apenas dos fatos geradores ocorridos em 31/12/03, nos termos do art. 150, §4º do Código Tributário Nacional (CTN). Transcreve também, decisão contida no EDiv RESp 279.473/04 do Supremo Tribunal de Justiça (STJ) e textos publicados de autoria dos professores Leando Paulsen e Sacha Calmon Navarro Coelho, para reforçar também o seu posicionamento de que a jurisprudência e a doutrina lhe ampara quanto a caducidade de parte do crédito ora exigido.

Entende que a doutrina e a jurisprudência preconizam que “quando houver o pagamento do imposto, mesmo a menor, ainda assim, prevalecerá o prazo estabelecido no art. 150, §4º, ou seja, cinco anos a contar da data da ocorrência do fato gerador da obrigação principal”.

Ressalta que declarou e recolheu o ICMS, cumprindo obrigações principal e acessórias, conforme cópias de DAEs, livro RAICMS e DMAs entregues mensalmente à Secretaria da Fazenda/BA.

Destaca que a legislação do DESENVOLVE suscitou várias dúvidas quanto à sua aplicabilidade, mas “... não deixou de recolher ao Erário PARTE do tributo devido, o que demonstra sua boa-fé” (fl. 19) e entende que não pode ser aplicada a multa prevista no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96.

Reconhece que é pacífico que do valor resultante do aumento de produtividade “deve ser recolhido o percentual de 20%, sendo assim, o contribuinte faz gozo do benefício proveniente do Desenvolve dilata 80% do valor devido de ICMS”.

Admite que o recolhimento a menos “foi fruto de um equívoco e não de suposta má-fé”, por ser cumpridor de obrigações fiscais o que é demonstrado com a documentação juntada ao processo.

Pondera que mesmo que o órgão julgador chancela a autuação, não pode ser aplicada penalidade, juros de mora e atualização monetária do tributo, tendo em vista que “a conduta da Impugnante esteirou-se na adoção de critério jurídico decorrente das orientações e informações fornecidas pelo próprio fisco, bem como nas normas que regulam a matéria”. Pugna pela desconsideração da multa, juros e atualização monetária.

Argumenta que o incentivo fiscal instituído pelo DESENVOLVE não pode ser desconsiderado por falta de previsão legal para impor tal sanção, visto que apesar do art. 16 do Dec. 8.205/02 prever sanções, não devem ser aplicadas em função de apurar e declarar ICMS “pagos a menor”.

Atenta que os atos administrativos são vinculados à estrita observância da lei (art. 5º da CF/88), cita parte de texto de autoria de Hugo de Brito Machado para reforçar o seu posicionamento de que a ação fiscal deve ser disciplinada por lei para garantir segurança nas relações entre o particular e o Fisco.

Transcreve o art. 9º da Lei nº 7.980/01 que instituiu o Desenvolve e trata do cancelamento do seu incentivo. Também a ementa do Acórdão CJF 0334-12/08 que decidiu que “a legislação não prevê a perda do benefício em razão do recolhimento efetuado a menor, e sim pela falta de recolhimento da parcela do ICMS não sujeita à dilatação do prazo”, afirmando que não procede a sanção de desconsideração do benefício em vista do recolhimento a menos do imposto.

Transcreve ainda a ementa do Acórdão CJF 0351-12/08, afirmando que a sanção aplicada pela fiscalização não encontra amparo, por entender que a decretação de perda do direito aos incentivos do Desenvolve é de competência do Conselho Deliberativo do Desenvolve, ficando patente a ilegitimidade do autuante em cancelar benefício, o que implica em ato nulo.

Afirma que após análise dos valores imputados, conforme tabela à fl. 24 implica em montante de R\$285.917,09 resultante do débito, acréscimo moratório e multa, proveniente de pagamento a menos do tributo, mas que ocorreu um equívoco perpetrado pela fiscalização e apresenta uma tabela à fl. 25 que demonstra o saldo devedor, parcela fixa, parcela de 20%, valor devido e valor pago apurando diferença total do período fiscalizado de R\$24.449,20.

Por fim, requer a nulidade do Auto de Infração, face à homologação já ocorrida em 2005, caso não acatada, seja acolhida a preliminar de decadência de parte do débito exigido, e na eventual supressão dessas teses, seja desconstituída a multa aplicada face à sua comprovada boa-fé.

O autuante na informação fiscal prestada (fl. 83), afirma que em relação à homologação dos exercícios, prescrição e decadência, não há fundamentação legal para considerar o que foi dito.

Esclarece que o Auto de Infração decorre de determinação advinda de revisão procedida pela Corregedoria da Fazenda devidamente apensada ao Auto de Infração.

Contesta que o fato de ter sido fiscalizado o exercício de 2003, não impede que o Fisco Estadual confira os procedimentos fiscais do referido período, visto que não estavam prescritos, ao contrário do que afirmou o autuado.

Com relação ao benefício fiscal, afirma que o autuado não cumpre o que estabelece o Dec. 8.205/02 “que fundamenta a posição da corregedoria em determinar a autuação”.

Rebate o argumento defensivo quanto às decisões do CONSEF trazidas na defesa, por entender que se referem a matérias diferentes da autuação em discussão. Finaliza requerendo que o Auto de Infração seja julgado procedente.

A 4ª JF decidiu converter o processo em diligência (fl. 86) no sentido de que fosse juntado ao processo cópia da Resolução do Conselho Deliberativo do DESENVOLVE para aferir o percentual estabelecido para concessão do benefício de dilação de prazo do ICMS.

No Parecer ASTEC 01/10 (fls. 87/88) o diligente informa que obteve cópia da Resolução 22/03 que habilitava o autuado ao Programa DESENVOLVE cuja cópia foi acostada às fls. 89/90.

Afirma que elaborou novo demonstrativo refeito com base no apresentado pelo autuante à fl. 9, no qual apurou o saldo devedor do ICMS relativo às operações próprias, diminuiu do piso mínimo de pagamento mensal no valor de R\$6.884,45, aplicou o percentual de 80% para apurar a parcela do saldo devedor do ICMS incentivado e os “demais 20% do saldo devedor do ICMS foi somado aos valores mensais de R\$6.884,45 formando o valor total de ICMS não incentivado a recolher no mês” totalizando R\$24.449,19.

O autuado foi comunicado do resultado da diligência (fls. 95/96) mas não se manifestou no prazo legal concedido. O autuante manifestou-se (fl. 98) dizendo que o Auto de Infração foi lavrado em decorrência de recomendação da Corregedoria da Fazenda (fls. 26/27) para apurar valor do imposto não recolhido com base no disposto do art. 18 do Dec. 8.205/02 que prevê perda do benefício em relação à parcela incentivada no mês quando não houver recolhimento da parcela de ICMS não sujeita à dilação.

Diz que ficou surpreso com a revisão procedida pela ASTEC, propondo redução dos valores cobrados por haver manifesto entendimento contraditório ao da Corregedoria.

Sugere que seja discutido o assunto pelos órgãos competentes até que se estabeleça uma posição uniforme e adiamento do julgamento do processo para que não haja prejuízo ao Erário Público.

A Secretaria do CONSEF juntou às fls. 104/105 detalhe do parcelamento e pagamento do valor de R\$24.449,18 do principal exigido adicionado aos acréscimos moratórios e multa.

VOTO

O autuado suscitou a nulidade da autuação, sob o argumento de que o exercício fiscal de 2003 já tinha sido homologado pelo Fisco Estadual em fiscalização executada no exercício 2005. Não acato tal solicitação tendo em vista que conforme ressaltado pelo defendente o ICMS é um imposto cujo lançamento é sujeito a homologação e o pagamento antecipado do imposto extingue o crédito tributário sob condição resolutória da ulterior homologação (art. 150, §1º do CTN). Logo, mesmo tendo ocorrido fiscalização em período anterior relativa ao exercício fiscal de 2003 nada impede a realização de revisão pela administração tributária desde que obedeça as regras previstas na legislação relativa à prescrição e decadência. Observo que o Auto de Infração foi lavrado para exigência de tributos, com indicação dos elementos constitutivos (sujeito ativo, descrição dos fatos, demonstrativos, data de ocorrência dos fatos geradores, base de cálculo, alíquota, multa, total do débito, dispositivos infringidos), em conformidade com os artigos 38 a 41 do RPAF/BA e não vislumbro inobservâncias formais que conduzam à sua nulidade nos termos do art. 18 do mencionado diploma legal, motivo pelo qual rejeito o pedido formulado.

No mérito, o Auto de Infração exige ICMS em decorrência da falta de recolhimento da parcela não incentivada, com perda do direito relativo à parcela incentivada do Programa DESENVOLVE.

O impugnante argumentou que os fatos geradores ocorridos no período de 31/05/03 a 30/11/03 foram atingidos pelo instituto da decadência, com fundamento no art. 150, § 4º do CTN. Rejeito a preliminar de nulidade suscitada tendo em vista que lançamento de ofício foi realizado em 29/12/08, com ciência do autuado na mesma data.

O art. 150, § 4º do CTN, estabelece que “Se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5

(cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação”.

O art. 107-B da Lei nº 3.956/81 (Código Tributário do Estado da Bahia), que incorporou o art. 150 do CTN, no seu § 5º dispõe:

§ 5º - Considera-se ocorrida a homologação tácita do lançamento e definitivamente extinto o crédito, após 5 (cinco) anos, contados a partir de 01 de janeiro do ano seguinte ao da ocorrência do fato gerador, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Assim, a legislação tributária do Estado da Bahia fixa prazo à homologação do lançamento, não podendo ser argüida a determinação do art. 150, § 4º do CTN, que se aplica quando a lei do ente tributante não fixar prazo à homologação. Os créditos constituídos foram relativos aos fatos geradores ocorridos entre o período de 01/05/03 a 31/12/03 só seriam desconstituídos se o lançamento tributário ocorresse a partir do dia 01/01/10.

Com relação aos valores exigidos, o autuado ponderou que a legislação instituidora do DESENVOLVE suscitou dúvidas e reconheceu que do valor de ICMS resultante do aumento de produtividade devia ser recolhido o percentual de 20% e dilatado 80% do valor devido. Admitiu que o valor do recolhimento a menor “foi fruto de um equívoco e não de suposta má-fé”.

Pela análise dos elementos contidos no processo verifíco que conforme planilha elaborada pelo autuante à fl. 9 no período fiscalizado foi apurado saldo devedor de R\$177.456,28 tendo o estabelecimento autuado recolhido valores mensais (maio a dezembro/03) de R\$6.884,45 totalizando R\$55.075,60 e a fiscalização exigiu o valor total remanescente de R\$122.380,74.

Para aferir quanto ao benefício fiscal concedido foi juntada pela ASTEC cópia da Res. 22/03 que habilitou o autuado ao Programa DESENVOLVE (fls. 89/90), a qual estabelece:

- a) No art. 2º, concessão de prazo de setenta e dois meses para pagamento do saldo devedor do ICMS, relativo às operações próprias, gerado em razão dos investimentos previstos no projeto incentivado, conforme estabelecido na Classe II, da Tabela I anexa ao Regulamento do Desenvolve. A mencionada tabela indica percentual de 80% do ICMS incentivado;
- b) O art. 3º fixa “parcela do saldo devedor mensal do ICMS passível de incentivo, o que exceder a R\$6.884,45, corrigido este valor a cada doze meses pela variação do IGP-M.

Pelo exposto, conforme planilha acostada pelo diligente à fl. 91, a empresa deixou de recolher no período fiscalizado o montante de R\$24.449,19 do ICMS relativo à parcela não incentivada. Tomando como exemplo o mês de maio/03 do saldo devedor apurado de R\$16.385,38 a empresa recolheu a parcela fixa de R\$6.884,45 (fixada no art. 3º da Res. 22/03) o que resultou em saldo devedor passível de incentivo de R\$9.500,93. Como foi fixado percentual de 80% para dilação do prazo (art. 2º da Res. 22/03 cc a Classe II da Tabela I do Dec. 8.205/02) resultou em valor incentivado de R\$7.600,93 e saldo devedor não incentivado de R\$1.900,19 correspondente a 20% do saldo devedor passível de incentivo.

Portanto, restou comprovado que o autuado no período fiscalizado deixou de recolher o ICMS da parcela não sujeita à dilação de prazo no período de maio a dezembro/03 totalizando R\$24.449,19 conforme planilha acostada pelo diligente à fl. 88.

Por sua vez o art. 18 do Dec. 8.205/02 estabelece que:

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.

Conforme acima apreciado, o impugnante deixou de recolher o ICMS da parcela mensal não sujeita à dilação de prazo no período fiscalizado e consequentemente, com a aplicação da regra prevista no art. 18 do Dec. 8.205/02, perdeu o direito ao benefício da parcela incentivada de cada mês totalizando R\$97.931,55.

Assim sendo, estão corretos os valores exigidos pela fiscalização totalizando R\$122.380,74 que corresponde à soma do valor total não recolhido relativo à parcela não sujeita à dilação de prazo de R\$24.449,19 e da parcela incentivada de cada mês totalizando R\$97.931,55.

Ressalto que não se trata de decretação de perda de direitos aos incentivos do DESENVOLVE que é de competência do Conselho Deliberativo do Desenvolve, nem recolhimento efetuado a menos como alegou o recorrente ao citar a ementa do Acórdão CJF 0334-12/08. Na situação presente ocorreu falta de recolhimento da parcela do ICMS não sujeita à dilatação do prazo e não recolhimento a menos, o que culminou na perda do direito ao benefício da parcela incentivada.

Quanto ao pedido do autuante de adiamento de julgamento do processo por entender que havia entendimento contraditório entre a ASTEC/CONSEF e Corregedoria da Fazenda, não acolho, tendo em vista o diligente no seu Parecer apenas se limitou a indicar o montante do ICMS não incentivado que deixou de ser recolhido com base no percentual fixado pela Res. 22 do Conselho Deliberativo do Programa DESENVOLVE. O diligente indicou os valores relativos à parcela sujeita a dilação de prazo na planilha à fl. 91, porém não se manifestou, e nem devia, quanto ao aspecto jurídico da perda do direito do benefício por se tratar de questão de mérito a ser decidido pela Junta de Julgamento.

Com relação ao pedido de exclusão da multa sob alegação de que o recolhimento a menos ocorreu por erro de interpretação da legislação e ter agido de boa-fé, não pode ser acatado tendo em vista que a multa aplicada é prevista no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96, decorre de descumprimento de obrigação principal, e este órgão julgador não tem competência para apreciar tal pedido, competência exclusiva da Câmara Superior deste CONSEF, consoante o art. 159 do RPAF/99. Além disso, conforme indicado no Anexo do Demonstrativo do Débito (fls. 3/4), se atendida as condições estabelecidas no art. 45-A do mencionado diploma legal, a multa aplicada poderá ter redução de até 100%. De certa forma, a depender da atitude tomada pelo estabelecimento autuado perante a infração que lhe é imputada, pode não haver ônus da multa aplicada, ou ônus menor do que o percentual de 60% grafado no Auto de Infração.

Da mesma forma, não pode ser dispensado os juros e atualização monetária, tendo em vista que o art. 39, § 3º do RPAF/BA prevê que o débito constante no Auto de Infração, será expresso pelos valores do tributo ficando sujeito à apuração, no momento do pagamento, dos valores das multas, da atualização monetária e dos acréscimos moratórios incidentes.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, devendo ser homologado os valores já recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **299326.0401/08-9**, lavrado contra **ETEP INDÚSTRIA METALÚRGICA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$122.380,74**, acrescido da multa 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei n.º 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado os valores já recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de março de 2011.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – RELATOR/PRESIDENTE

FERNANDO ANTÔNIO BRITO DE ARAÚJO – JULGADOR

PAULO DANILO REIS LOPES - JULGADOR