

**A. I. N º** - 299131.1125/12-5  
**AUTUADO** - PETNOR INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE EMBALAGENS LTDA.  
**AUTUANTE** - LUIZ MORAES DE ALMEIDA JÚNIOR  
**ORIGEM** - INFAS SANTO ANTONIO DE JESUS  
**INTERNET** - 19/09/2012

**3<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF N° 0198-03/12**

**EMENTA: ICMS.** 1. DOCUMENTO FISCAL. NOTA FISCAL. FALTA DE REGISTRO. MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. A falta de registro no livro de Entradas de nota fiscal referente à aquisição de mercadorias não tributáveis sujeita o autuado à multa de 1% do valor da mercadoria. Infração não elidida. 2. BENEFÍCIO FISCAL. PROGRAMA DESENVOLVE. PERDA DO DIREITO AO BENEFÍCIO. A falta de recolhimento, na data regulamentar, da parcela não sujeita a dilação do prazo, resultou na perda do direito ao benefício em relação à parcela incentivada prevista pelo Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – Desenvolve. Afastada preliminar de nulidade aduzida. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração em lide, lavrado em 27/03/2012, atribui ao sujeito passivo o cometimento das seguintes infrações:

01 – deu entrada no estabelecimento de mercadoria não tributável sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de agosto a outubro de 2008, maio e agosto de 2009 e agosto de 2010, sendo aplicada a multa de 1% sobre as mercadorias não contabilizadas, num total de R\$1.040,15.

02 - recolhimento a menos de ICMS em razão da falta de pagamento na data regulamentar da parcela não sujeita a dilação de prazo prevista pelo Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – DESENVOLVE, perdendo direito ao benefício em relação à parcela incentivada, nos meses de agosto de 2009, abril, maio e dezembro de 2010, no valor de R\$87.068,66, acrescido da multa de 60%.

Consta na descrição dos fatos que a empresa é integrante do Programa Desenvolve, benefício que para fazer jus, o possuidor deve efetuar o recolhimento da parcela do ICMS não sujeita a dilação do prazo, até o dia 09 do mês subsequente. Porém, ao contrário do que determina o art. 18 do decreto 8.205 de 03.04.2002 – Desenvolve, nos meses relacionados no PAF, o autuado não efetuou o recolhimento no prazo regulamentar.

O autuado, através de advogado legalmente constituído, apresentou impugnação às folhas 39/55. Diz que a fiscalização impõe à autuada o cometimento de 02 (duas) infrações, entretanto chama atenção para a ilegalidade da autuação, vez que adentra em seara que não é de competência do autuante, evitando o auto de nulidade insanável.

Afirma que pela fundamentação da infração fica claro que o autuante excluiu a autuada do benefício do DESENVOLVE em determinado período relatado no auto de infração. Reproduz o artigo 9º da Lei 7980/2001 que versa sobre o cancelamento do benefício.

Diz que o cancelamento do benefício somente pode ser operado em duas hipóteses, sendo a

primeira na ocorrência de infração que se caracterize como crime contra a ordem tributária e a segunda, na inobservância de qualquer das exigências para a habilitação do estabelecimento ao Programa, durante o período. Afirma não se enquadrar em nenhuma das citadas hipóteses.

Transcreve o art. 97 do Código Tributário Nacional, sobre a cominação de penalidades. Aduz que não há que se falar na aplicação do artigo 18 do decreto 8205/2002, quando esta norma, de natureza infralegal inova em matéria de penalidade não constante da lei que pretende regular. Discorre sobre o princípio da legalidade. Cita o art. 150, I da Constituição Federal de 1988, que determina que só haverá cobrança, instituição ou modificação de tributo, quando houver a devida previsão legal para isto. Conceitua decreto e regulamento. Cita doutrina e jurisprudência.

Aduz que este Conselho Fiscal é apto a apreciar matérias de cunho constitucional e legal, afastando a aplicação de norma que afronte preceitos constitucionais e/ou legais, por ser corolário do princípio da ampla defesa estabelecido constitucionalmente. Cita tese do jurista Ives Gandra sobre a responsabilidade pessoal do julgador administrativo em caso de prejuízo causado ao administrado por sua omissão em decidir sobre a aplicabilidade da constituição em detrimento da norma inconstitucional.

Ressalta que a aplicação da Constituição por si só autoriza os julgadores administrativos a aplicar a norma constitucional que garante ao contribuinte o direito consagrado de não ser suspenso do benefício DESENVOLVE, assegurando, com isso, o pleno exercício da ampla defesa. Sobre a matéria cita o jurista Dejalma Campos.

Diz ser oportuno frisar que o § 2º do artigo 19 do decreto 8205/2002, determina que “*o cancelamento a que se reporta este artigo dar-se-á por Resolução do Conselho Deliberativo com fundamento em parecer da Secretaria Executiva.*”

Afirma que o auditor autuante usurpou competência exclusiva de todo um Conselho, pois cancelou por determinado período, o benefício Desenvolve da autuada.

Salienta que a legislação fiscal baiana prevê que para o atraso no cumprimento de determinada obrigação principal fica o contribuinte sujeito às penalidades cabíveis, como multa, juros e acréscimos moratórios, até a data do seu efetivo cumprimento. Afirma que no caso em análise o que ocorreu não foi mais do que o atraso no recolhimento de parcelas de tributos submetidos a um regime especial de recolhimento e diferimento, onde a autuada se sujeitou às imposições legais, recolhendo as parcelas em atraso acompanhadas de todos os seus acréscimos.

Frisa que a autuação aplicou dupla penalidade, sendo a primeira, o descredenciamento da autuada do Desenvolve no período mencionado no auto de infração e a segunda, com a imputação sobre este mesmo fato de multa de 60% (sessenta por cento) sobre o valor total do suposto débito. Diz que a situação enquadra-se como verdadeiro confisco tributário. Transcreve o art. 150 da CF/88. Reitera que a multa de 60% é confiscatória.

Salienta que este percentual aplicado devido a erro na apuração por parte da autuada supera até as multas cominadas para as hipóteses de fraude fiscal, o que reforça seu efeito confiscatório.

Ressalta ser inaplicável a multa moratória no presente caso por não restar dúvida quanto à natureza sancionatória, punitiva, não indenizatória da multa moratória, que é imposta pelo Fisco Estadual, configurando mais uma vez o confisco do patrimônio do contribuinte de um lado e do outro o enriquecimento ilícito do erário estadual.

Requer seja o auto julgado improcedente, ou na pior das hipóteses, seja procedida à redução do *quantum debeatur*, bem como dos juros, acréscimos e multa aplicada.

O autuante presta a informação fiscal, fls. 65/68, diz que o autuado informa em sua defesa que “... o auditor, afastando-se do que determina o dispositivo supramencionado, em seu juízo singular e sem submeter sua decisão a parecer da Secretaria Executiva para decisão pelo Conselho deliberativo do Desenvolve, ou seja, usurpando competência exclusiva de todo um Conselho cancelou, por determinado período, o benefício desenvolve da autuada”.

Afirma tratar-se de alegação totalmente descabida uma vez que não consta do auto a menção ao cancelamento de benefício Desenvolve, mesmo porque não tem competência para tal feito. Diz que dependendo da situação e das irregularidades poderia recomendar à instância superior, a suspensão ou o cancelamento do benefício, o que não foi o caso. Repete as infrações imputadas ao contribuinte.

Afirma que sobre a infração 1, o autuado não faz qualquer contestação em sua defesa, portanto não há o que se discutir. Sobre a infração 2, esclarece que foi aplicado tão somente o que determina o Programa Desenvolve através do Decreto 8.205/02. Transcreve o art. 18 do citado decreto que determina a perda do benefício de dilação de prazo em relação à parcela incentivada naquele mês. Esclarece que cabe a legislação do ICMS a gerir o programa Desenvolve no que diz respeito ao ICMS, bem como sua observância de forma geral e particularmente quanto ao recolhimento e suas implicações. Ressalta ainda, que a lei 7.014/96 do ICMS ampara a ação fiscal, uma vez que tipifica em seu art. 42, inciso II alínea “f” a multa aplicada.

Informa que anexou ao processo, folha 26, a Planilha de Cálculo de ICMS Normal recolhido fora do prazo com perda do benefício Desenvolve onde detalha todo o processo de cobrança da diferença do ICMS recolhido fora do prazo. Diz que constatou que a empresa, no período fiscalizado, nos meses de agosto de 2009, abril, maio e dezembro de 2010, efetuou o recolhimento fora do prazo.

Ressalta que a planilha foi elaborada de forma detalhada facilitando a verificação dos valores, desde o “saldo apurado” passando pela “data do vencimento” depois pelo “Valor efetivamente recolhido” chegando na “data que ocorreu o recolhimento”, a partir daí finalizou na última coluna “Valor a recolher” abatendo-se os pagamentos efetuados, encontrando o valor final que o autuado deveria recolher, lembrando que tudo que ele pagou foi devidamente abatido. Concomitante a isso cobrou a devida multa pela infração cometida, conforme previsto na Lei 7.014/97, no artigo 42, inciso II, alínea “f”.

Aduz que em momento algum da defesa o autuado explica porque efetuou os recolhimentos com atraso. Diz que o Fisco tem a obrigação de coibir tal prática. Afirma que se os contribuintes, beneficiários do Desenvolve, entendessem de efetuar o recolhimento do ICMS no dia que quisessem e bem entendessem, o Estado perderia o controle.

Salienta que o Desenvolve trata-se de um Programa que, dentre outras vantagens, permite a redução do ICMS a recolher em até 90% e que em troca pede tão somente que o pagamento da diferença restante seja feita na data prevista conforme regras previamente determinadas em Lei que o instituiu. Afirma que o direito não socorre aos que dormem. Ou seja, se não houve o recolhimento na data combinada, deve o contribuinte arcar com sua negligência.

Frisa que em homenagem à ampla defesa e ao contraditório, valioso patrimônio jurídico dos Estados democráticos, foi concedido ao autuado o direito de se defender apresentando as provas e/ou elementos que pudessem elidir a ação fiscal. Infelizmente no presente caso, face à absoluta inconsistência dos argumentos apresentados, o direito constitucional está sendo desvirtuado e utilizado como mero expediente para procrastinação do pagamento do inegável débito fiscal ora reclamado pelo Estado da Bahia.

Aduz que diante dos fatos relatados levando-se em conta que em sua peça de defesa o autuado não contestou, em momento algum, a infração 1 e no tocante a infração 2 não explicou o motivo dos recolhimentos em atraso, e ainda por entender que a peça de defesa teve meramente o intuito protelatório, pois demonstrou-se vazia e inócuas em sua finalidade, solicita aos senhores julgadores que, se assim entenderem, apliquem ao autuado, a penalidade prevista no artigo 18 corroborado pelo artigo 17 do Código do Processo Civil no capítulo – Da Responsabilidade das Partes por Dano Processual, uma vez que, subsidiariamente, está previsto no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, artigo 180 que transcreve. Solicita que o auto de infração seja julgado procedente.

Consta às fls.69/70 deste processo, extrato do SIGAT/SEFAZ com o pagamento de valor relativo a infração 01.

## VOTO

No caso em tela, a autuação decorre de duas infrações: deu entrada no estabelecimento de mercadoria não tributável sem o devido registro na escrita fiscal, e recolhimento a menos de ICMS em razão da falta de pagamento na data regulamentar da parcela não sujeita a dilação de prazo prevista pelo Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – DESENVOLVE, perdendo direito ao benefício em relação à parcela incentivada.

Da análise dos elementos constantes dos autos constato que, em momento algum, o autuado ficou impedido de exercer a ampla defesa e o contraditório, pois na lavratura do Auto de Infração foi devidamente cumprido o disposto no artigo 39, do RPAF/99, com a entrega ao sujeito passivo de todos os papéis de trabalho que originaram o lançamento tributário. Vejo que o procedimento fiscal foi realizado atendendo as orientações legais, tendo a exigência fiscal ocorrido de forma correta.

No que se refere à infração 01, o autuado não contestou a imputação que lhe foi feita, tendo inclusive realizado o recolhimento do ICMS, conforme extrato do SIGAT, fls. 69/70, devendo ser homologado o valor pago. Diante da inexistência de lide, a considero subsistente.

Relativamente à infração 02, o autuado realizou o recolhimento do ICMS referente à parcela não incentivada, nos meses de: agosto de 2009, em 27 de novembro de 2009; abril de 2010, em 12 de maio de 2010; maio de 2010, em 23 de julho de 2010; dezembro de 2010, no dia 17 de janeiro de 2011, portanto, descumpriu o prazo regulamentar que determina que o recolhimento do ICMS no caso em análise deve ocorrer no dia 09 do mês subsequente à data de ocorrência do fato gerador.

Observo que o autuado em sua defesa não nega que efetuou o recolhimento do ICMS fora dos prazos previstos, no que tange a parcela não sujeita a dilação do prazo, cabendo a aplicação do art. 18 do Decreto nº 8.205/02, que aprova o Regulamento do Desenvolve, conforme segue: “*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*”.

Em razões defensivas, o autuado afirma que pela fundamentação da infração o autuante o excluiu do benefício do DESENVOLVE no período relatado no auto de infração, o que seria de competência exclusiva do Conselho Deliberativo do Programa Desenvolve, portanto o fiscal teria cancelado o benefício, nos termos do artigo 9º da Lei 7980/2001.

Vejo que incorre em erro o autuado, pois a descrição do fato, a fundamentação legal e a planilha demonstrativa do valor devido constante no auto de infração, não deixam qualquer dúvida sobre a motivação da autuação: recolhimento intempestivo do ICMS relativamente à parcela não sujeita à dilação de prazo, tendo como consequência a perda deste direito em relação à parcela incentivada, nos meses em que ocorreu este fato.

Nesse caso, cabe observar a diferença entre exclusão e perda de benefício do Programa Desenvolve. A decretação da empresa como excluída do mencionado Programa é competência do Conselho Deliberativo do Desenvolve e terá como consequência o afastamento definitivo do contribuinte. No caso em análise, o autuado não teve cancelado o aludido benefício, nem mesmo foi suspenso, apenas houve perda do direito à dilação de prazo da parcela incentivada, no mês em que descumpriu as determinações previstas no decreto nº 8.205/02, voltando o contribuinte a gozar deste benefício no mês subsequente.

Com base no exposto, concluí que a Autuada não faz jus a dilação do prazo previsto no aludido decreto nos meses relatados no auto de infração, estando correto o procedimento fiscal. No que diz respeito às multas e juros, estão legalmente previstas na legislação tributária estadual, e quanto à alegação de constitucionalidade dos atos normativos ou leis estaduais, cabe consignar

que este órgão não tem competência para afastar a aplicabilidade da Legislação Tributária Estadual, assim como não lhe cabe competência para decretar a constitucionalidade de seus dispositivos, em conformidade com o art. 167, I do RPAF/BA.

Ainda a respeito das multas incidentes sobre o imposto devido pela autuada, o inciso V, do art.97, do Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172/66), determina que a Lei pode fixar a cominação de penalidades para as ações ou omissões contrárias a seus dispositivos ou para outras infrações nela definidas. Aplicou o autuante as multas previstas no art. 42 da Lei nº 7.014/96, todas, em ajustada cominação com o descumprimento das obrigações tributárias descritas no presente Auto de Infração.

A argüição de que as multas aplicadas têm caráter confiscatório, conforme em última instância quer alinhar o impugnante, não subsiste. Convém ressaltar que o art. 150, IV, da CF, é dirigido ao legislador, o qual não pode criar tributo excessivamente oneroso, expropriatório do patrimônio ou da renda. Não se pode abrigar no princípio que veda utilizar tributo com efeito de confisco o contribuinte omissso que prejudicou o fisco, ferindo os superiores interesses da coletividade.

Assim, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 3<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração **299131.1125/12-5**, lavrado contra **PETNOR INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE EMBALAGENS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$87.068,66**, acrescido da multa de 60% prevista no inciso II, alínea “f”, do art.42 da lei nº 7.014/96 e multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$1.040,15**, prevista no inciso XI, do art. 42, da supracitada Lei e dos acréscimos legais, devendo ser homologado valor pago.

Sala das Sessões do CONSEF, 31 de agosto de 2012.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – RELATORA

JOSÉ BIZERA LIMA IRMÃO - JULGADOR