

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

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 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 imputa 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, eivando 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 debeat*, 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 inócua 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 inconstitucionalidade 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 inconstitucionalidade 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 arguição 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 omissor que prejudicou o fisco, ferindo os superiores interesses da coletividade.

Assim, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª 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