

PROCESSO	- A. I. Nº 299131.1125/12-5
RECORRENTE	- PETNOR INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE EMBALAGENS LTDA.
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0198-03/12
ORIGEM	- INFAS SANTO ANTONIO DE JESUS
INTERNET	- 10/10/2013

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0287-11/13

EMENTA: ICMS. 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. Afastadas as preliminares de nulidade aduzidas. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes de Recurso Voluntário, em razão da Decisão proferida pela 3ª JJF, constante no Acórdão nº 0198-03/12, que concluiu pela Procedência do Auto de Infração, lavrado em 27/03/2012, em razão de duas irregularidades, das quais o Sujeito Passivo se insurge apenas contra a segunda:

INFRAÇÃO 2 – 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. Período: agosto de 2009, abril, maio e dezembro de 2010. Valor: R\$87.068,66. Multa: 60%.

Após análise dos argumentos delineados pelo Autuado e pelo fiscal Autuante, a 3ª JJF proferiu a Decisão transcrita abaixo (fls. 71/75):

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 o autuado não faz jus à 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 pelo autuado, o inciso V, do art.97, do Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172/66), determina que a Lei pode fixar a combinação 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 combinação 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 omisso que prejudicou o fisco, ferindo os superiores interesses da coletividade.

Assim, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Inconformado com a Decisão proferida em Primeira Instância, interpõe o Autuado Recurso Voluntário, com o propósito de reformar o Acórdão da 3ª Junta de Julgamento Fiscal, para que seja anulada a Decisão de piso, alternativamente, que o Auto de Infração seja julgado improcedente, ou ainda, que a multa seja cancelada.

Requer a nulidade da Decisão de 1ª Instância, por entender que a seção de julgamento na qual foi proferido o acórdão ora recorrido não foi publicada na forma estabelecida pela legislação.

Diz que no sítio da SEFAZ/BA na internet, não consta a data de sessão de julgamento, impossibilitando o comparecimento do seu advogado para fazer a sustentação oral que lhe é de direito.

Fundamenta que poderia ter sido feita intimação via diário oficial ou intimação pessoal, mas estas também não ocorreram, em violação ao princípio da publicidade essencial à garantia dos direitos do recorrente.

Ato contínuo, sustenta que por questionar matéria legal e constitucional em sua peça de defesa, seria necessária a remessa dos autos para prévio Parecer da Procuradoria Geral do Estado, por carecer o órgão julgador de competência para manifestar-se isoladamente sobre os referidos temas.

Desta forma, requer a anulação no processo desde o julgamento, determinando-se seja adotada a remessa dos autos a PGE.

Questiona a Decisão de primeira instância, que tenta diferenciar “exclusão” de “perda de benefício”. Alega que não há como se fazer a cobrança do tributo sem descredenciar o recorrente, o que não é da competência da autoridade fiscal, mas sim do conselho deliberativo do DESENVOLVE.

Argui que a autuação é ilegal, por adentrar em seara que não é de competência do autuante, evando o Auto de nulidade insanável. Defende que a Lei 7.980/2001, que institui o programa do DESENVOLVE, em momento algum autoriza a ação adotada pelo autuante.

Sustenta que o autuante excluiu o recorrente do benefício do DESENVOLVE em determinado período relatado no Auto de Infração.

Alega que o cancelamento do benefício somente pode ser operado na ocorrência de infração que se caracterize como crime contra a ordem tributária ou inobservância de qualquer das exigências para a habilitação do estabelecimento ao Programa, durante o período.

Diz que não se enquadra em quaisquer das duas hipóteses legais, não podendo ter seus conceito elastecido como foi na presente autuação.

Assevera que não há, que se falar na aplicação do artigo 18 do Decreto nº 8.205/2002, por ter natureza infralegal e inovar em matéria de penalidade não constante da lei.

Suscita violação aos princípios da legalidade, contraditório e ampla defesa.

Argumenta que o que se busca não é a declaração de inconstitucionalidade ou ilegalidade, mas sim a aplicabilidade da constituição e da lei em detrimento da norma infralegal inconstitucional, como é o caso do artigo 18 do DECRETO DESENVOLVE e correlatos que inovam em matéria legal, ferindo a garantia constitucional do princípio da legalidade em matéria tributária.

Frisa que o §2º do artigo 19 do Decreto nº 8.205/2002, 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.*”

Diz que o autuante usurpou competência exclusiva do Conselho, em juízo singular e sem submeter sua Decisão a Parecer da Secretaria Executiva para Decisão pelo Conselho Deliberativo do DESENVOLVE, na medida em que cancelou, por determinado período, o benefício DESENVOLVE do recorrente.

Alega que o que ocorreu foi um atraso no recolhimento de parcelas de tributos submetidos a um Regime Especial de recolhimento e diferimento, por onde entende que se sujeitou às imposições legais, recolhendo as parcelas em atraso acompanhadas de todos os seus acréscimos.

Define que o pagamento com acréscimos legais afigura-se a forma legal de punição para o atraso no recolhimento das obrigações tributárias assumidas pelo recorrente e cumpridas com atraso.

Argui que não houve má-fé por parte do autuado, nem prejuízo ao erário público, já que as parcelas pagas com atraso foram oportunamente acrescidas das imputações legais pertinentes.

Suscita que houve aplicação de dupla penalidade, sendo a primeira a de descredenciamento do recorrente do DESENVOLVE no período mencionado no Auto de Infração e a segunda com a imputação sobre este mesmo fato de multa de 60% sobre o valor total do suposto débito desconsiderado.

Por fim, requer a inaplicabilidade da multa moratória por entender ser sancionatória, punitiva, não-indenizatória. Defende que ela é imposta pelo Fisco Estadual, configurando o confisco do patrimônio do contribuinte de um lado e do outro o enriquecimento ilícito do erário Estadual.

Instada a se pronunciar, a PGE/PROFIS, através da Procuradora Dra. Maria Dulce Baleeiro Costa, no Parecer lavrado às fls. 117/118 dos autos, opinou pelo improviso do Recurso Voluntário.

Observa que a pauta da sessão de julgamento da 3ª JJF foi divulgada na internet no dia 18/08/2012, preenchendo as formalidades exigidas pelo RPAF.

Transcreve o art. 136 do RPAF que dispõe sobre a desnecessidade do Parecer da PGE/PROFIS em Primeira Instância.

Quanto ao mérito diz que o art. 18 da Lei nº 8.502/2002 determina a perda do benefício do DESENVOLVE em relação à parcela incentivada no período em que não recolher o imposto não dilatado, no prazo regulamentar.

Verifica que não se trata de exclusão do DESENVOLVE e sim de cumprimento da Lei que o instituiu, com a exigência da parcela incentivada, quando do não pagamento tempestivo da parcela dilatada.

Por fim, chama a atenção que as multas e acréscimos moratórios incidentes são os previstos em lei para a infração em tela, não cabendo ao CONSEF apreciar alegação de constitucionalidade, na forma do art. 167 do RPAF.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra o Acórdão nº 0198-03/12, prolatado pela 3ª JJF, que julgou Procedente o presente Auto de Infração, em razão do recolhimento a menos de ICMS por 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.

Preliminarmente, não há que se falar em nulidade da Decisão recorrida por ofensa ao princípio da publicidade, haja vista que, conforme ressaltou a representante da PGE/PROFIS, a pauta de Julgamento da 3ª JJF, foi publicada em diário oficial no dia 18/08/2012, observado, inclusive, o prazo legal previsto no art. 49 do RECONSEF.

Ainda em sede de preliminar, verifica-se que não é causa de nulidade a falta de Parecer da PGE em primeira instância, tendo em vista a falta de previsão legal. O RPAF no art. 136, III, “b” é expresso no sentido de que a PGE somente será instada a se pronunciar em Segunda Instância.

Deste modo, não vislumbro no presente Processo Administrativo nenhuma das causas ensejadoras de nulidade, ficando, portanto, rejeitada as preliminares requeridas no Recurso Voluntário, por não estarem fundadas em nenhum nos incisos I a IV do artigo 18 do RPAF/99.

Quanto ao mérito, não carece de reparos a Decisão recorrida.

O Recorrente se defende sob a alegação que houve o cancelamento do seu benefício fiscal no período objeto da autuação.

Para o deslinde da causa, cumpre analisar o quanto disposto nos artigos 18 e 19 do Decreto nº 8.205/2000, que instituiu o benefício fiscal do DESENVOLVE.

Isso porque, para o caso em análise, foi aplicado o art. 18 do Decreto nº 8.205/2000, o qual determina que, caso a empresa beneficiada pelo DESENVOLVE não recolha tempestivamente a parcela do imposto não incentivada perderá o direito ao benefício fiscal, de forma automática, apenas naquele mês, consequentemente, ocorrerá o vencimento antecipado da respectiva parcela mensal que foi deferida em razão do benefício.

Não há disposição legal que prescreva que para a aplicação do artigo citado seja necessária a Resolução do Conselho Deliberativo do DESENVOLVE, razão pela qual, caso a empresa beneficiada pelo programa não efetue o pagamento na data regulamentar da parcela não incentivada, será exigido todo o imposto devido naquele mês, sem qualquer benefício de diferimento.

Cumpre esclarecer que a empresa continuará habilitada e autorizada no incentivo instituído pelo Programa do DESENVOLVE, uma vez que as parcelas anteriormente deferidas em razão do benefício não sofrerão qualquer alteração, bem como, nos meses seguintes, o contribuinte voltará a ter o direito de adiar o pagamento das parcelas do imposto que estarão incentivadas.

Não há qualquer semelhança com a determinação contida no art. 19 do referido decreto, que dispõe sobre as hipóteses em que o contribuinte terá a sua autorização pra uso do incentivo do Programa Desenvolve cancelada.

Como o Recorrente ressaltou, as hipóteses de incidência de tal penalidade são o cometimento de crime contra a ordem tributária e a inobservância das exigências para a habilitação do estabelecimento ao Programa.

Caso seja aplicada a penalidade prevista no art. 19, o Sujeito Passivo terá o vencimento integral e imediato de todas as parcelas vincendas do imposto, ou seja, todo o imposto que teve o seu prazo de pagamento dilatado durante todo o período que o contribuinte gozou do benefício até então será exigido e o Sujeito Passivo terá o benefício do DESENVOLVE cancelado.

Nota-se que as penalidades previstas nos dois dispositivos, não se confunde, por serem totalmente diversas, podendo, facilmente ser constatado que a prevista no art. 19 é muito mais penosa e tem natureza definitiva. Por essa razão, que o §2º do art. 19 estabelece que “*O cancelamento a que se reporta este artigo dar-se-á por Resolução do Conselho Deliberativo com fundamento em Parecer da Secretaria Executiva.*”

Torna-se necessário reprimir que não há qualquer exigência na redação do art. 18, pelo que se depreende que o autuante tem competência para cobrar o tributo da forma que está sendo exigido.

Deste modo, pode-se concluir que se não houve aplicação do art. 19 do citado decreto, todo o pleito recursal não merece guarida, haja vista que foi aplicado ao presente caso a penalidade prevista no art. 18 do Decreto nº 8.205/2000.

Neste caso já que os elementos materiais não foram objetivamente impugnados e não verifico indícios de erros ou inconsistências no lançamento, julgo correta a Decisão da JJF que manteve o lançamento.

A arguição de que as multas aplicadas têm caráter confiscatório não subsiste. O art. 150, IV, da CF, veda aos entes federativos a utilização do tributo, com efeito, de confisco. Sabe-se que a multa por infração tributária consiste em sanção a ato ilícito, razão pela qual não está sujeita ao princípio da vedação ao confisco, que abarca somente os tributos.

Ademais, não se pode falar em multa confiscatória também pelo fato dela ser legalmente prevista para a infração apurada, com disposição expressa no artigo 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96.

Por fim, afasto a alegação de constitucionalidade constante na peça recursal, em razão deste órgão colegiado não ter competência para declarar constitucionalidade, consoante art. 167, I, do RPAF/99.

Em assim sendo, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, mantendo a Decisão recorrida para julgar PROCEDENTE o Auto de Infração epigrafado.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração nº 299131.1125/12-5, lavrado contra PETNOR INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE EMBALAGENS LTDA., devendo ser intimado o recorrente 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 dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$1.040,15, prevista no inciso XI, do art. 42, da supracitada Lei, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores pagos.

Sala das Sessões do CONSEF, 03 de setembro de 2013.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

RAISA CATARINA OLIVEIRA ALVES FERNANDES – RELATORA

MARIA OLÍVIA TEIXEIRA DE ALMEIDA – REPR. DA PGE/PROFIS