

A. I. Nº - 281077.0013/12-0
AUTUADO - COMPOJET BIOMÉDICA LTDA.
AUTUANTE - ANDREA FALCÃO PEIXOTO
ORIGEM - INFAZ SANTO AMARO
INTERNET - 27/11/2013

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0295-03/13

EMENTA: ICMS. 1. LIVROS FISCAIS. DIVERGÊNCIA ENTRE O IMPOSTO LANÇADO E O RECOLHIDO. RECOLHIMENTO A MENOS. Comprovado tratar-se de valores escriturados no livro de apuração e não recolhido. Infração subsistente. 2. PROGRAMA DESENVOLVE. RECOLHIMENTO A MENOS. PARCELA NÃO ALCANÇADA PELO PRAZO DA DILAÇÃO. PERDA DO BENEFÍCIO EM RELAÇÃO À PARCELA INCENTIVADA. Fato que culminou na perda do direito relativo à parcela sujeita à dilação do prazo. Infração comprovada. A falta de recolhimento, na data regulamentar da parcela não sujeita a dilação de prazo implica perda do direito ao benefício em relação à parcela incentivada do respectivo período. Infração subsistente. Afastada preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 27/12/2012, refere-se ao lançamento de ICMS no valor de R\$71.398,27 pelo cometimento das seguintes infrações à legislação:

Infração 01 - Recolhimento a menos de ICMS em decorrência de desencontro entre o valor escriturado no livro Registro de Apuração de ICMS e o efetivamente recolhido, no mês de julho de 2012. Exigido o valor de R\$264,00, acrescido da multa de 60%;

Infração 02 - Recolheu a menos o ICMS em razão da falta de recolhimento, na data regulamentar da parcela sujeita a dilação de prazo, perdendo o direito em relação à parcela incentivada prevista pelo Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia - Desenvolve, no mês de julho de 2012. Exigido o valor de R\$71.134,27, acrescido da multa de 60%. Consta como suplemento que “O contribuinte no mês de julho de 2012 recolheu a parcela não sujeita a dilação do prazo fora da data estabelecida em Lei. Do valor cobrado foi abatido o pagamento feito pelo mesmo da parcela incentivada. Anexo 01 e Anexo 02.”, fls. 07 e 08.

O autuado, por meio de advogado com procuração à fl. 28, apresenta impugnação do Auto de Infração, fls. 18 a 26. Depois de discorrer acerca das atividades que desenvolve e transcrever o teor dos dois itens da autuação alinha as seguintes argumentações para refutar o cometimento das irregularidades apontadas no Auto de Infração.

Afirma que a autuação não merece acolhida devendo ser declarada nula, ante a existência de diversas irregularidades no levantamento do fiscal elaborado pelo autuante, que ocasionam o cerceamento do direito de defesa do contribuinte e, conseqüentemente a nulidade da ação fiscal como um todo, de acordo com a previsão do art. 18, inciso IV, alínea “a”, do RAPAF-BA/97, que reproduz.

Observa que a atividade administrativa do lançamento tem como objetivo constatar a ocorrência do fato gerador, identificar sua base de cálculo, identificar e aplicar a alíquota cabível, com isso calculando o montante do tributo devido. Por isso, diz restar claro que, inexistindo certeza ou liquidez do crédito reclamado pelo fisco, ofende-se o contraditório e a ampla defesa do

contribuinte, o que enseja a nulidade de todo o procedimento fiscal, conforme resta sedimentado na jurisprudência deste Conselho, como se vê nos Acórdãos da 2ª CJF nº 0954/99 e nº 2176-12/01, cujas ementas transcreve.

Diz verificar que os demonstrativos constantes do Auto de Infração não mantêm qualquer vinculação com os fatos geradores da obrigação tributária para o período, relativo aos meses objeto da autuação, o que, segundo seu entendimento, demonstra a incerteza da autuação, cerceando o direito de defesa e ao contraditório da autuada, constitucionalmente garantidos.

Afirma que sem lhe ter concedido a faculdade de atuar sua defesa, por denegar-lhe o acesso ao documento em que se teria consubstanciado o seu comportamento tributário, o procedimento fiscal acabou lhe denegando também a plena participação contraditória e, por via de consequência, retirando qualquer legitimidade do Auto de Infração.

Menciona que um procedimento só se legitima uma vez assegurado o devido processo contraditório, com todos os meios de defesa inerentes a ele, sob pena de nulidade integral do ato político a que ele se oriente. Acrescenta que a limitação ao seu direito a ter acesso aos motivos - ou seja, às notas fiscais das operações cujo recolhimento se teria dado a menor - que deram azo à exigência não repercutiu apenas na ofensa ao contraditório em seu sentido estrito - àquele devido processo legal do ponto de vista formal -, mas também no desatendimento ao devido processo em sentido material, justamente porque resultará ausente a fundamentação objetiva da decisão administrativa, a ser proferida nestes autos.

Depois de citar trecho da obra do doutrinador Araújo Cintra acerca da motivação do ato administrativo afirma que sem a comunicação expressa dos motivos determinantes da exigência fiscal, porque obstadas ao seu conhecimento das notas fiscais das operações cujo recolhimento se teria dado a menos. Prossegue assinalando que o auto não faz qualquer prova a respeito destas operações, de maneira que não pode, em tais condições, realizar sua contestação de forma satisfatória. Continua aduzindo que o laconismo do Auto de Infração, com informações genéricas, quais os seus documentos de origem para provar a sua vinda de outro Estado com a tributação interestadual reduzida, bem assim para identificar a natureza das mesmas e seu destino, caracteriza cerceamento do direito de defesa, inutilizando-o como elemento probante da existência de crédito tributário devido pela autuada.

Explica que a falta de indicação das operações inquinadas de não tributadas não dá causa somente ao cerceamento da defesa administrativa da autuada - vício que viria atingir todo o ato administrativo - mas também à negativa de possibilidade de controle deste mesmo ato, impossível que se faz a aferição da legalidade do Auto de Infração.

Cita também que no caso das notas fiscais de ICMS, a doutrina em expressiva manifestação de Celso Antônio Bandeira de Mello firma com rigor a nulidade do procedimento administrativo que se embase somente sobre alegações ou indícios, mas não sobre fatos que se sujeitem ao crivo contraditório do contribuinte.

Requer a decretação da nulidade o Auto de Infração por considerar que a ação fiscal carece de elementos indispensáveis para se determinar com segurança às infrações apontadas uma vez que o levantamento está eivado de vícios insanáveis que inquinam, de nulidade a peça acusatória, diante da fragilidade e inconsistência da autuação.

Em relação à infração 01 que aponta não ter sido devidamente realizado a escritura de entrada de mercadorias tributáveis ou não em seus livros fiscais, assegura que não deve prosperar. Sustenta que essa infração não encontra guarida fática e tampouco jurídica, pois as exigências ali apontadas foram devidamente registradas nos Livros Fiscais, sobretudo no livro de Registro de Apuração de ICMS, sendo certo que tais livros sempre estiveram à disposição da Autoridade Fiscal.

Desta forma, requer a improcedência da infração 01.

Quanto à infração 02 observa que a fiscalização apurou recolhimento a menos do ICMS referente à parcela não sujeita a dilação de prazo para pagamento da competência 07/2012, e, conseqüentemente, aplicou o disposto no art. 18 do Decreto 8.205/2002, cancelando-se o benefício fiscal para tal competência e aplicou multa de 60% (sessenta por cento) prevista na alínea "f" do inciso II, do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Informa que não houve quaisquer prejuízos aos cofres do Estado da Bahia na medida em que o pagamento foi efetivamente realizado pelo contribuinte, conforme atestado pela fiscalização.

Salienta que a Agente de Tributos Estaduais da INFAZ Santo Amaro enviou notificação de pagamento ao contribuinte com DAE desse valor, fl. 32, solicitando que o mesmo regularizasse o pagamento do valor em aberto. Acrescenta que prontamente atendeu ao quanto notificada pelo INFAZ e pagou aquele DAE com o valor que estava pendente, sendo certo que aquele pagamento extinguiu o crédito tributário, nos termos do inciso I, do art. 156 do CTN.

Ressalta que a fiscalização atesta que houve pagamento do imposto, embora o mesmo tenha sido realizado após o dia 20 da mesma competência. Aduz que a existência de pagamento externa a existência de sua boa-fé e inexistência de prejuízo ao Fisco. Salienta que o espírito da lei que concede benefício fiscal ao particular é justamente possibilitar que o mesmo permaneça no mercado competitivo, gerando riqueza e emprego na região.

Frisa que a fiscalização desconsiderou o instituto da denúncia espontânea utilizado que se destina ao descumprimento de obrigações principais e acessórias, nos exatos termos do art. 138, Parágrafo único do Código Tributário Nacional - CTN que reproduz.

Reproduz a posição da doutrina pátria através de fragmentos do pensamento dos juristas, Aliomar Baleeiro, Paulo de Barros Carvalho e Hugo de Brito Machado acerca do tema denúncia espontânea para fundamentar sua pretensão.

Arremata esclarecendo que a denúncia espontânea, portanto, na forma como se encontra disposta no art. 138 do CTN, constitui-se em instrumento de exclusão da responsabilidade em função do cometimento de alguma espécie de ilícito tributário administrativo, inserido no campo do Direito Tributário cumprindo ao denunciante proceder à retificação de sua escrita contábil e, se for o caso, pagar o débito tributário correspondente, tudo isso antes de iniciada quaisquer fiscalizações por parte da Autoridade Fazendária.

Assevera que não deixou de recolher o tributo nas competências acima mencionadas, ou seja, não houve prejuízo algum para o Fisco Estadual em decorrência do procedimento adotado, vez que nas competências apuradas na fiscalização, houve pagamento regular do tributo.

Sustenta que o procedimento por ele adotado é dispensado do pagamento de multa punitiva, conforme literalidade do disposto no art. 138 do CTN, bem como diante da vasta doutrina carreada à presente defesa.

Diz que se infere ter o instituto da denúncia espontânea o condão de exonerar o contribuinte que age de boa-fé e procede ao pagamento do tributo espontaneamente, antes de o Fisco iniciar quaisquer atos tendentes à fiscalização da empresa. Acrescenta que nesse contexto, urge concluir pela manifesta improcedência do Auto de Infração lançado em seu desfavor.

Conclui requerendo a nulidade do Auto de Infração em razão das inúmeras ilegalidades cometidas pela fiscalização e identificadas em seu arrazoado.

A autuante presta informação fiscal, fls. 36 e 37, inicialmente assinala que o contribuinte pede a nulidade do Auto de Infração alegando cerceamento do direito de defesa alegando que os demonstrativos apresentados pela fiscalização não mantêm qualquer vinculação com os fatos geradores da obrigação tributária para o período, relativo aos meses objeto da autuação.

Observa que o contribuinte se perdeu nas justificativas apresentadas na defesa e assevera que houve, por parte do fisco, todo cuidado na elaboração das planilhas demonstrativas do débito.

Afirma que para cada infração foi elaborado um demonstrativo e que em todos eles o responsável legal da empresa tomou ciência declarou ter recebido cópia. Acrescenta que além do demonstrativo foram anexadas as fotocópias dos livros fiscais necessários a comprovação do crédito ora reclamado, não havendo como a alegação da defesa ter qualquer fundamento.

Quanto à alegação da defesa de que ocorrera limitação ao direito da autuada ao acesso das notas fiscais que geraram recolhimento a menor, esclarece que a infração não menciona documentos fiscais, refere-se ao valor escriturado no livro fiscal e o valor devidamente recolhido. Destaca que na ciência do Auto de Infração todos os documentos em poder do fisco foram devolvidos ao contribuinte, que ao dar ciência ao auto de infração atestou tê-los recebido, fl. 04.

A infração 01 - Diz que o impugnante aponta que essa infração se refere à escrituração de entradas de mercadoria tributável, ou não, em seus livros fiscais e que esta não deve prosperar. Entretanto, esclarece que o que está sendo cobrado é o valor do imposto devidamente escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS e que foi recolhido a menos.

Sustenta que cabe ao fisco a função de fiscalizar o fiel cumprimento das leis tributárias, especialmente o pagamento dos tributos devidos, exercendo o poder derivado da lei de aplicar a lei de ofício, ou seja, compelir o contribuinte a pagar o tributo conforme a lei exigir.

Ressalta que o Auto de Infração não extrapolou a previsão legal, já que exigiu apenas conduta prevista em lei e em momento algum o autuado foi impedido do seu direito de defesa, portanto a alegação de cerceamento de direito de defesa não procede.

A infração 02 - Afirma que a arguição da defesa de nulidade do Auto de Infração não deve encontrar guarida, haja vista que foi lavrado dentro dos ditames legais e regulamentares atinentes à matéria, sendo que é inconteste a sujeição passiva do autuado no presente Auto de Infração.

Observa que o art. 18 do Decreto 8.205/2002, que aprovou o Regulamento do Programa de Desenvolvimento Industrial - Desenvolve, dispõe que a empresa beneficiada 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.

Afirma que não há que se falar em Denúncia Espontânea, pois o autuado em momento algum reconheceu para o fisco a perda do direito em relação à parcela dilatada. Observa que o autuado simplesmente pagou fora do prazo e em seguida recolheu o restante do imposto prevalecendo-se de um direito que havia perdido por conta de não ter recolhido no prazo correto a parcela não dilatada do imposto.

Conclui mantendo a autuação.

Esta 3ª JJF, em pauta suplementar, converteu os autos em diligência, fl. 41, para que a autuante elaborasse demonstrativo analítico indicando a origem dos valores apurados de forma que possibilitasse ao autuado a plena compreensão da exigência fiscal e pudesse exercer seu direito de defesa, entregasse ao impugnante o novo demonstrativo e que fosse reaberto o prazo de defesa em trinta dias.

Consta à fl. 44, o resultado da diligência atendida pelo autuante e às fls. 45 e 46 o novo demonstrativo analítico, informando também que o levantamento fiscal foi elaborado considerando o regramento expresso na IN nº 27/09.

O impugnante ao atender a intimação, fl. 47, para tomar ciência do resultado da diligência e da reabertura do prazo de defesa de trinta dias, se manifestou às fls. 50 a 53, reiterando todos os argumentos já explicitados na peça de defesa, precipuamente, a nulidade suscitada por cerceamento de defesa, reproduzindo, inclusive, a Súmula Nº 01 do CONSEF, para corroborar sua pretensão.

VOTO

Antes de adentrar ao mérito da lide, devo inicialmente apreciar a questão preliminar de nulidade suscitada pelo autuado, sob a alegação de cerceamento de defesa pelo fato de os demonstrativos de apuração e de débito constantes do Auto de Infração não manterem qualquer vinculação com os fatos geradores da obrigação tributária, e que por isso, inexistem certeza e liquidez do crédito tributário exigido. Depois de examinar as peças que compõem os autos, rejeito de plano a preliminar de nulidade suscitada, por constatar que os demonstrativos que lastreiam ambos os itens do Auto de Infração explicitam de forma direta a origem dos débitos, exigidos por decorrerem da própria escrituração fiscal do impugnante, portanto, independem de qualquer comprovação externa aos autos. Ademais, mesmo assim, e para que não pairasse dúvida alguma em relação à suposta falta de explicitação analítica dos demonstrativos alegada pela defesa em relação à infração 02, esta 3ª JF converteu os autos em diligência para que a autuante indicasse pormenorizadamente a origem dos valores apurados, tendo sido atendido às fls. 45 e 46, e dado vistas ao impugnante, fl. 47.

Não vislumbro também qualquer embasamento lógico na alegação do sujeito passivo de ofensa ao contraditório, por não lhe ter sido dado acesso ao documento que se teria consubstanciado a existência do débito tributário exigido, uma vez que o levantamento fiscal decorreu de constatação de irregularidade diretamente na escrita fiscal do próprio autuado, por ele elaborada e em seu poder. Logo, não há que falar em cerceamento de defesa do contraditório e muito menos de ausência de acesso aos elementos motivadores da autuação, haja vista a clareza e explicitação da acusação fiscal.

Os acórdãos da 2ª CJF do CONSEF, apontados pelo impugnante como paradigma não se prestam a esse fim, por cuidarem de nulidades cuja decretação decorreria de motivação distinta.

Por conseguinte, resta patente nos autos que o PAF afigura-se revestido das formalidades legais, nele estando determinados o contribuinte autuado, o montante do débito tributário e a natureza das infrações apuradas, sendo precisamente indicados os dispositivos legais infringidos, não estando presentes nos autos qualquer dos motivos de nulidades elencados nos incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99, pois que a exigência fiscal está fundamentada em diplomas legais vigentes e em demonstrativos e documentos dos quais foram dados cópias ao autuado mediante afirmação de recebimento, de modo a possibilitar-lhe o exercício do contraditório com plena garantia da ampla defesa sem o mínimo cerceio.

No mérito o Auto de Infração compreende dois lançamentos: i) recolhimento a menos de ICMS em função do desencontro entre o valor registrado no livro RAICMS e o recolhido e ii) recolhimento a menos em razão da falta de recolhimento da parcela não sujeita a dilação de prazo, perdendo o direito ao benefício em relação à parcela incentivada prevista no Desenvolve.

Em relação à infração 01, constato que o recolhimento a menos se constituiu na escrituração pelo próprio autuado o valor de R\$42.787,95, do “Imposto a recolher”, em seu livro Registro de Apuração do ICMS no mês de julho de 2012, fl. 12, e no pagamento efetuado em 02/10/2011, sob o código 1.755 - Denúncia Espontânea, no Valor de R\$42.523,95, conforme se verifica na Relação de DAEs - Ano 2012 do impugnante emitido pelo INC - Informações do Contribuinte acostado à fl.13.

O autuado, em sede de defesa, alegou, tão-somente, que a exigência apontada foi devidamente registrada em seus livros fiscais e requereu a improcedência desse item da autuação.

Assim, diante da singeleza da acusação fiscal que se encontra devidamente comprovada nos autos e a total inexistência de nexo causal entre o argumento da defesa apresentada pelo impugnante resta patente a caracterização desse item da autuação.

Concluo pela subsistência da infração 01.

A infração 02 refere-se a recolhimento a menos em razão da falta de recolhimento da parcela não sujeita a dilação de prazo, perdendo o direito ao benefício em relação à parcela incentivada prevista no Desenvolve. Constatação decorrente diretamente de exame na escrituração fiscal do sujeito passivo, fls. 11 e 12.

O sujeito passivo em sua impugnação reconheceu que, efetivamente, recolheu a parcela não sujeita a dilação no prazo legal efetuando o pagamento em data posterior, e afirmou que não ocorreria prejuízo algum aos cofres do Estado da Bahia.

O Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia - DESENVOLVE, foi instituído pela Lei nº 7.980/2001, com o objetivo de fomentar e diversificar a matriz industrial e agro industrial, com formação de adensamentos industriais nas regiões econômicas e integração das cadeias produtivas essenciais ao desenvolvimento econômico e social e à geração de emprego e renda no Estado.

Cabe ressaltar que, como demonstrado às fls. 08, 13, 45 e 46 a sem protesto fático do impugnante, a parcela mensal de ICMS não amparada pelo Programa DESENVOLVE não foi recolhida em sua totalidade, no prazo regulamentar, no mês de julho de 2010, fato, inclusive, confessado pelo próprio impugnante.

No Regulamento do ICMS do Estado, capítulo V, relativo aos benefícios fiscais, no art. 11, consta que quando a fruição ou o reconhecimento do benefício depender de condição, não sendo esta satisfeita, o tributo será considerado devido no momento em que houver ocorrido a operação ou prestação sob condição. Ademais, o parágrafo único dispõe: “O pagamento do imposto na hipótese deste artigo, será feito com os acréscimos moratórios cabíveis e, se for o caso, multa, os quais serão devidos a partir do vencimento do prazo em que o tributo deveria ter sido pago caso a operação ou prestação não tivesse sido efetuada com o benefício fiscal, observadas, quanto ao termo inicial da incidência, as normas reguladoras da matéria.”

Outrossim, o art. 18 do Decreto nº 8.205/2002, que regulamenta o programa Desenvolve, é claro quando dispõe 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.

Quanto à alegação defensiva de que denunciou espontaneamente o débito exigido no presente Auto de Infração, não há como prosperar a pretensão do sujeito passivo, haja vista que, no presente caso inexistente a denúncia espontânea pretendida, já que o valor do pagamento posterior realizado pelo sujeito passivo foi parcial e totalmente abatido do débito. Eis que não correspondeu ao valor efetivamente devido, por ter perdido o direito a parcela incentivada, ante a falta de pagamento no prazo legal do imposto normal.

Assim, como o sujeito passivo não recolheu a parcela não incentivada no prazo regulamentar, perdeu o direito, naquele mês, de dilatar o prazo de pagamento do imposto total, portanto fica mantida a infração.

Ante o exposto, voto pela PROCÊDENCIA 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 nº **281077.0013/12-0**, lavrado contra **COMPOJET BIOMÉDICA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$71.398,27**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alíneas “b”, “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de novembro de 2013.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA