

PROCESSO - A. I. N° 206973.1002/06-5
RECORRENTE - BAHIA PET LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0090-01/07
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
INTERNET - 28/03/2014

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0060-11/14

EMENTA: ICMS. BENEFÍCIO FISCAL. CRÉDITO PRESUMIDO. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. Restou comprovado que houve recolhimentos em atraso e fora do prazo, o que restringe à utilização de crédito presumido do ICMS previsto pelo Programa BAHIAPLAST, nos termos do artigo 12, Parágrafo único, do Decreto nº 8.665/2003. A restrição contida na regulamentação tem amparo na Lei nº 7.351/98 (BAHIAPLAST). A exigência da glosa do crédito presumido é automática em decorrência da falta de recolhimento ou recolhimento em atraso, não havendo necessidade de cancelamento do benefício fiscal. Houve descumprimento de obrigação principal, não sendo cabível o pedido de redução de multa. A multa aplicada e a atualização pela Taxa SELIC é legal. Rejeitadas as nulidades suscitadas. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão da 1ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração lavrado em 17/10/06, nos termos do art. 169, I, “b”, do RPAF/BA, que exige crédito tributário no valor total de R\$16.542.030,18, sendo que o presente Recurso reporta-se à infração 2, que acusa:

02. Utilizou indevidamente crédito fiscal presumido de ICMS, previsto pelo Programa BAHIAPLAST, que após estornado constituiu saldo de ICMS a recolher, nos meses de outubro a dezembro de 2003, janeiro a dezembro de 2004, janeiro a dezembro de 2005, janeiro a setembro de 2006. Consta que, de acordo com o artigo 12 do Decreto nº. 8.665, de 26/09/2003, o contribuinte teve o benefício fiscal BAHIAPLAST automaticamente suspenso devido ao atraso ou falta de recolhimento do ICMS ao Tesouro do Estado, por 03 (três) meses consecutivos, ou 06 (seis) meses alternados, não recuperando o direito até a presente data por manter a inadimplência. Nesse período houve lavratura de Autos de Infração e Denúncias Espontâneas, sempre se referindo apenas ao ICMS lançado e não recolhido. Conforme Demonstrativo (fl.9), cópia dos lançamentos do crédito presumido no livro Registro de Apuração do ICMS (fls.11 a 90) e informações sobre Autos de Infração e Denúncias Espontâneas, inclusive, com a indicação da situação INTERROMPIDO (fls.91 a 105). Total da Infração: R\$16.320.300,43. Multa imposta: 60%.

A Decisão proferida pela 1ª JJF (fls. 400/409) fundamentou que:

O Auto de Infração sob exame imputa ao contribuinte o cometimento de infrações à legislação do ICMS decorrentes de: - falta de recolhimento do ICMS nos prazos regulamentares referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios; - utilização indevida de crédito fiscal presumido de ICMS, previsto pelo Programa Bahiaplast; - falta de recolhimento do ICMS reido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às prestações de serviços de transporte interestaduais e intermunicipais, efetuadas por autônomo ou empresa transportadora não inscrita neste Estado.

Inicialmente, quanto ao pedido apresentado pelos advogados representantes do autuado para que todas as intimações decorrentes deste Processo Administrativo Fiscal sejam feitas nas pessoas dos procuradores signatários da peça defensiva, assim como que sejam enviadas ao escritório localizado na Avenida Paulista nº. 1.048, 9º andar, Bela Vista, São Paulo/SP, CEP 01311-200, não vislumbro qualquer óbice para atendimento da

solicitação, cabendo ao órgão competente da SEFAZ observar os nomes e endereço indicados.

No que tange a nulidade argüida pelo autuado, por inconsistência formal, decorrente da não descrição minuciosa dos fatos e de sua subsunção às normas legais, e pela ausência de provas da ocorrência dos fatos geradores apontados no lançamento, verifico que relativamente às Infrações 01 e 02 os fatos estão descritos claramente no Auto de Infração, inclusive, com a indicação correta das normas atingidas e aplicáveis, existindo a indicação dos livros e documentos examinados, que foram fornecidos pelo próprio contribuinte, quando regularmente intimado.

Rejeito, portanto, a argüição de nulidade referente às Infrações 01 e 02.

Contudo, no que concerne à Infração 03, constato assistir razão ao autuado, haja vista que a descrição do fato e sua capitulação legal não são condizentes com o fato real nem com o direito aplicável. A imputação diz respeito à falta de recolhimento do ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às prestações de serviços de transporte interestaduais e intermunicipais, efetuadas por autônomo ou empresa transportadora não inscrita neste Estado, enquanto a situação fática diz respeito à falta de recolhimento do ICMS devido, decorrente de prestações sucessivas de serviços de transportes contratados junto a empresas transportadoras inscritas no CAD-ICMS da SEFAZ. A autuação foi feita de modo equivocado, pois, as empresas transportadoras indicadas no demonstrativo estão inscritas no CAD-ICMS, conforme indica consulta no sistema de informações da SEFAZ, cujo extrato encontra-se anexado aos autos, constando o seguinte: Enem Transportes - Inscrição Estadual nº. 054.762.998; Queiroz Transportes - Inscrição Estadual nº. 044.395.924; FMA Transportes nº. 067.622.280. Assim, por implicar mudança do fulcro da imputação, não há como dar prosseguimento à lide, em atendimento aos princípios constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa, sendo nulo este item da autuação.

No mérito, no que concerne à Infração 01, que cuida da falta de recolhimento do ICMS nos prazos regulamentares referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, constato que a acusação fiscal está baseada nos livros do próprio contribuinte, precisamente nos LRAICMS, cujas indicações de folhas e valores constam no demonstrativo acostado aos autos, valendo registrar, que o contribuinte teve ciência do referido demonstrativo, inclusive, com o recebimento de cópia, conforme consta nos autos. Na realidade, o contribuinte apurou o imposto devido e não efetuou o seu recolhimento, tendo a autuante agido acertadamente ao efetuar a exigência através do presente lançamento de ofício. Assim entendo que este item da autuação é totalmente subsistente.

No respeitante à Infração 02, que trata da utilização indevida de crédito fiscal presumido de ICMS, previsto pelo Programa Bahiaplast, verifico do exame das peças processuais que o cerne da questão está em se identificar o alcance do artigo 12 e seu Parágrafo único, do Decreto nº. 8.665/03, ou seja, se este diz respeito apenas ao benefício financeiro como entende o autuado, ou se abrange ambos os benefícios, financeiro e fiscal, conforme entende a autuante.

Coadunando com o entendimento do autuado, a Secretaria de Indústria, Comércio e Mineração do Estado da Bahia - SICM, em resposta a consulta formulada pelo contribuinte, cuja cópia encontra-se anexada ao autos, se pronunciou no sentido de que a empresa faz jus aos benefícios previstos na Resolução nº. 14/99, ou seja, o deferimento do lançamento e do pagamento do ICMS nas aquisições de resinas PET, e o Crédito Presumido de 41,1776%, nas operações internas, e de 70%, nas operações interestaduais, não sendo aplicáveis as sanções previstas no artigo 12, do Decreto nº. 8.665/03, que alcançam apenas os benefícios financeiros concedidos pelo Estado através do Programa DESENVOLVE.

Considerando a manifestação da SICM acima reportada, submeti a matéria à 1ª Junta de Julgamento Fiscal - JJF, que após discussão em pauta suplementar, deliberou pelo encaminhamento do processo à PGE/PROFIS, para análise e pronunciamento, haja vista a sua competência regimental.

O entendimento manifestado pela Douta PGE/PROFIS, em Parecer da ilustre Procuradora Drª. Maria Olívia T. de Almeida, aponta em sentido contrário ao entendimento externado pelo autuado e pela SICM. Entende a PGE/PROFIS que a boa técnica legislativa recomenda que a interpretação de um determinado parágrafo seja feita em conjunto com o que preceitua o “caput” do dispositivo normativo. Assim sendo, diz que o “caput” do artigo fala da suspensão automática do incentivo, avaliando que o incentivo tratado engloba os benefícios fiscais e financeiros. Diz que o parágrafo único do referido artigo prevê como norma secundária, que após a regularização das obrigações vencidas, a empresa volte a gozar do financiamento. Acrescenta que, os créditos presumidos não podem ser considerados como definitivamente concedidos, por se tratar de um benefício fiscal condicionado ao cumprimento de determinadas exigências, cujo descumprimento gera as consequências previstas no § 1º do artigo 13 do Decreto nº. 8.665/2003. Invoca o artigo 111 do CTN, para dizer que não cabe outra interpretação senão a de que, imperativa e literalmente, ao estabelecimento que atrasar ou deixar de recolher o ICMS, serão suspensos os benefícios fiscais e financeiros inerentes ao Programa. Reportando-se ao entendimento da SICM, diz que discorda da orientação dada, haja vista que o artigo da Lei nº. 7.351/98, instituidora do Programa BAHIAPLAST, estabelece que as condições necessárias à utilização dos benefícios nela previstos serão disciplinadas em Regulamento, sendo tal Regulamento o Decreto nº. 8.665/2003,

inexistindo inovação na regulamentação, apenas o decreto desce a detalhes que não cabem na boa técnica legislativa, à lei.

Da análise dos razões defensivas, da orientação dada pela SICM, da manifestação da PGE/PROFIS, e da legislação pertinente à matéria de que cuida a presente autuação, tenho o seguinte entendimento:

Estabelece o artigo 12, Parágrafo único, do Decreto nº. 8.665/03, ‘in verbis’:

“Art. 12. A empresa habilitada em benefício fiscal ou financeiro que atrasar ou deixar de recolher o ICMS ao Tesouro do Estado, por 03 (três) meses consecutivos, ou 06 (seis) meses alternados, terá automaticamente suspenso o incentivo.

Parágrafo único. A empresa voltará a gozar do financiamento após a regularização total das obrigações vencidas, não tendo direito, entretanto, ao benefício relativo àquelas parcelas correspondentes aos meses em que realizou o pagamento com atraso.”

A leitura do dispositivo normativo acima transscrito permite-me concluir, que não há nenhuma contradição ou antinomia entre o “caput” do artigo e o seu parágrafo único. Sabe-se que existindo antinomia entre a regra geral e a específica, esta prevalece sobre aquela, considerando que em toda disposição normativa o gênero é derrogado pela espécie.

Na realidade, o que verifico é que a regra geral determinada pelo “caput” do artigo 12 acima referido e transscrito, é de que a empresa habilitada em benefício fiscal ou financeiro que atrasar ou deixar de recolher o ICMS ao Tesouro do Estado, por 03 (três) meses consecutivos, ou 06 (seis) meses alternados, terá automaticamente suspenso o incentivo. Esta é a regra principal.

A regra trazida pelo parágrafo único do mesmo artigo 12, a meu ver não tem o cunho de especial ou de exceção, pois, não se refere à espécie diversa da tratada no “caput” do artigo. Entendo que a disposição do parágrafo único tem a característica de acessória, por apenas esclarecer que a sanção imposta ao incentivo financeiro não é definitiva, ou seja, quis o legislador deixar claro que a empresa voltará a gozar do financiamento após a regularização total das obrigações vencidas, não tendo direito, entretanto, ao benefício relativo àquelas parcelas correspondentes aos meses em que realizou o pagamento com atraso. Certamente, se não houvesse tal previsão os agentes e órgãos públicos competentes teriam dificuldades em autorizar a continuidade do incentivo financeiro, por ausência de previsão normativa.

Diante do exposto, entendo que a exigência referente a este item da autuação é totalmente subsistente, valendo registrar, que concordo “ipsis litteris” com o entendimento manifestado pela doura PGE/PROFIS.

Com relação à argüição do contribuinte de ser o Decreto nº. 8.665/03, ilegal e inconstitucional, considerando que o Poder Executivo não tem Poder Legislativo para inovar na ordem jurídica, faço dois registros. O primeiro referente à ilegalidade, pois, não houve inovação no referido decreto, haja vista que a Lei nº. 7.351/98, instituidora do Programa BAHIAPLAST, estabelece que as condições necessárias à utilização dos benefícios nela previstos serão disciplinadas em Regulamento. Conforme disse a PGE/PROFIS com a qual concordo, tal Regulamento é o Decreto nº. 8.665/2003, inexistindo inovação na regulamentação, apenas o decreto desce a detalhes que não cabem na boa técnica legislativa, à lei. O segundo relativo à inconstitucionalidade, considerando que não compete a este órgão julgador a sua apreciação, no termos do art. 167, I, do RPAF/99.

Da mesma forma, quanto à alegação de que a multa aplicada de 60% é ilegítima e inconstitucional, registro que existe previsão legal para sua aplicação que é o art. 42, II, “f” e seu § 1º da Lei nº 7.014/96. No que concerne à inconstitucionalidade, conforme disse acima, existe um óbice intransponível à sua apreciação que é o artigo 167 do RPAF/99.

Relativamente à alegação defensiva de que a aplicação da taxa SELIC para atualizar o valor do imposto exigido é inconstitucional, registro que a sua utilização está prevista no art. 102, § 2º, II da Lei Estadual de nº 3.956/81 (COTEB). Entretanto, quanto à sua inconstitucionalidade, reitero que esta não pode ser apreciada pelo órgão julgador a teor do artigo 167 do RPAF/99.

No tocante à alegação de necessidade de compensação dos créditos decorrentes de entradas de mercadorias destinadas ao uso e consumo do estabelecimento, bem como os relativos à aquisição de energia elétrica e serviços de telecomunicações, cumpre-me registrar que a legislação do ICMS veda a sua utilização, no que diz respeito às mercadorias destinadas ao uso e consumo do estabelecimento e aos serviços de telecomunicações. Admite, entretanto, o crédito relativo a energia utilizada no processo produtivo, cabendo ao contribuinte efetuar o levantamento de tais créditos para posterior utilização na forma prevista no RICMS/97, caso ainda não tenha utilizado.

Por derradeiro, cumpre-me fazer um registro sobre a autuação e a alegada difícil situação financeira do contribuinte. Entendo que a autuante por exercer uma atividade vinculada e obrigatória, consoante previsão contida no artigo 142 do Código Tributário Nacional, agiu acertadamente, haja vista que não estava ao seu talante, efetuar o lançamento ou não quando constatou na verificação fiscal o descumprimento de obrigação tributária pelo autuado.

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.

No Recurso Voluntário interposto (fls. 424/469), o sujeito passivo inicialmente comenta a autuação, defesa e julgamento, ressaltando que se instalou neste Estado atraída pelos incentivos do BAHIAPLAST (Lei nº 7.351/98), chegando a produzir 5% do mercado nacional de pré-formas de PET e tampas plásticas, gerando cerca de 150 empregos diretos, porém em razão de uma crise no mercado em 2004, teve que recorrer ao mercado financeiro, o que levou a pedir parcelamentos para pagar débitos tributários em atraso, inclusive propondo ação de recuperação judicial.

Ressalta que o descumprimento das obrigações tributárias decorreu de impossibilidade financeira estrutural, o que requer ser considerado no julgamento do Auto de Infração em questão.

Em seguida, requer a nulidade da autuação em decorrência de falhas formais, por ausência da “*descrição minunciosa dos fatos, notadamente na glosa dos créditos*”, inclusive sem menção dos débitos, ficando sem saber a real extensão da fiscalização o que prejudicou a sua defesa.

Suscita a nulidade ainda, sob o argumento de ausência de provas “*sem a imprescindível base em documento comprobatórios*”, o que não foi levado em conta pelo relator da 1ª JJF (art. 28, §4º do RPAF/BA), violando o princípio da legalidade. Discorre sobre a prova no Processo Administrativo e conclui que inexistindo comprovação documental, deve ser declarado nulo.

No mérito, argumenta que o objeto principal da autuação é a glosa de crédito presumido, garantido pelo Programa BAHIAPLAST e não poderia ter sido feito, conforme resposta de consulta a Secretaria de Indústria, Comércio e Mineração (SICM), o que foi afastado na Decisão recorrida.

Transcreve o art. 12 do Decreto nº 8.665/03, que trata de suspensão de incentivos fiscais e prevê suspensão em caso de atraso de recolhimento em três meses consecutivos ou seis alternados, e retorno dos benefícios fiscais após regularização total das obrigações vencidas.

Entende que se trata de dois benefícios: redução de base de cálculo (crédito presumido) e financeiro (postergação do prazo de recolhimento, mediante juros, etc.), mas que a Decisão escorada em Parecer da PGE/PROFIS se equivoca ao interpretar que a suspensão tem retorno com a regularização do débito se aplica ao crédito presumido e sim ao financiamento.

Discorre sobre benefícios fiscais e financeiros e reafirma que a palavra “financiamento” contida no parágrafo único do art. 12 do Decreto nº 8.665/03 não pode ser confundido com o benefício “fiscal” de “crédito presumido” que é espécie. Cita o Programa Desenvolve que concede dilação de prazo para pagamento do imposto, o que caracteriza um benefício financeiro, o que no seu entendimento não pode ser confundido com o benefício fiscal estabelecido no art. 3º, III, §Único da Lei 7.351/98 que concede crédito presumido a fim de reduzir o imposto devido.

Manifesta entendimento de que o crédito presumido escritural é concedido em caráter definitivo e não pode ser devolvido mediante aplicação de juros, por não se tratar de financiamento, o que afirma ter sido corroborado na resposta da consulta feita a SICM, motivo pelo qual requer reforma da Decisão.

Em seguida discorre sobre a Lei nº 7.351/98 e Decreto nº 8.665/03, no que tange a concessão e cancelamento de benefício e o disposto no art. 178 do CTN que determina que isenções só podem ser revogadas, modificadas ou restrinvidas mediante lei, que não é o caso do mencionado Decreto que “inovou no ordenamento jurídico” de forma ilegal e inconstitucional. Destaca que não está invocando inconstitucionalidade de lei, o que não seria apreciado no contencioso administrativo, mas sim, “que o Decreto não pode ultrassar a lei, que não permite a glosa de créditos presumidos em nenhuma hipótese”.

Arrazoa sobre as atribuições do poder legislativo e executivo, o princípio da reserva legal, obrigações, penalidades e decreto que não pode restringir fruição de direitos criados por lei, por ser norma secundária. Transcreve Decisão de julgados em Tribunais Superiores e Conselhos Administrativos, para reforçar o posicionamento de que é ilegitima a glosa dos créditos.

Transcreve o art. 3º da Lei nº 7.351/98 (BAHIAPLAST) e destaca que o crédito presumido instituído

objetiva fortalecer as indústrias de transformação de produtos de base petroquímica e a diversificação industrial e que a glosa de tais créditos viola tais objetivos na medida que dificulta a ação das indústrias aderentes. No caso presente, diz que diante de dificuldades financeiras, requereu o parcelamento de débitos do ICMS, propôs ação de recuperação judicial (Lei 11.101/05) e que a glosa dos créditos promovidos pela fiscalização vai de encontro ao processo de superação financeira e preservação da empresa em função do estímulo a atividade econômica.

Argumenta ainda, que mesmo que aceito a aplicação do Decreto nº 8.665/03 no caso concreto, deveria ser afastado a glosa dos créditos presumidos relativos aos “*meses de competência em que o saldo devedor de ICMS já tenha sido pago, ainda que com atraso*”, o que não foi analisado. Diz que o próprio AI noticia os comprovantes de pagamentos já juntados aos autos e requer que se o CONSEF entender pela manutenção da glosa dos créditos, que seja afastados os meses que o ICMS foi recolhido, mesmo com atraso.

Alega que requer a revisão das multas aplicadas, por serem abusivas e capituladas de forma equivocada, o que não foi apreciado, sob o argumento de que a alegação de inconstitucionalidade não pode ser analisada no âmbito administrativo. Afirma que a multa prevista no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96 é genérica (hipótese de infração diversa na Lei) e não caracteriza previsão legal.

Cita o art. 112 do CTN que preconiza a aplicação de multas compatíveis com a natureza do fato e extensão dos seus efeitos e sua graduação, que entende não se aplicar a situação presente, visto que procurou a Fazenda Estadual para regularizar ou parcelar suas dívidas e não se coaduna com a aplicação de uma penalidade elevada de 60% sobre o montante de crédito apropriado. Requer a relevação da multa, nos termos dos artigos 158 e 159 do RPAF/BA, e transcreve texto de doutrinadores para reforçar o seu posicionamento de que a multa de caráter confiscatório deve ser relevada ou reduzida para um patamar não superior a 20%, adequando-se à situação concreta.

Ressalta que a aplicação da taxa SELIC é previsto para remuneração de juro de capital e que a jurisprudência afasta a sua aplicação de débitos tributários (RESP 215881/PR-2000), prevalecendo a incidência de juros de 1% ao mês, previsto no art. 161, §1º do CTN.

Requer reforma da Decisão, sintetiza em sequência: o pedido de nulidade, improcedência, redução do débito, relevação de penalidade, limitação da multa em 20% e aplicação de juro de 1%.

A PGE/PROFIS exarou Parecer às fls. 473/474, no qual destacou que o levantamento fiscal relativo à infração 1 foi feito com base no livro RICMS onde foram apurados os valores não recolhidos, e que a glosa dos créditos fiscais referentes à infração 2, foi efetivado em conformidade com o que determina o Programa BAHIAPAST.

Afirma que a Decisão prolatada pela primeira instância deste Conselho apreciou as questões trazidas ao processo e que está correta a decisão fundamentada em que não tem direito ao benefício fiscal relativo aos meses que efetivou os pagamentos com atraso, somente vindo a poder usufruir dos benefícios fiscais após regularização das obrigações vencidas. Também, que foram enfrentadas as questões relativas à aplicação da taxa SELIC e legalidade da multa aplicada. Opina pelo improviso do Recurso.

O Conselheiro Fábio de Andrade Moura, na Pauta Suplementar de 07/04/11 da 1ª CJF, propôs e foi aprovado a realização de diligência no sentido de que fosse feita uma listagem por mês, das notas fiscais que conferem direito de crédito fiscal e uma vez apurado o seu montante mensal, fosse deduzido do valor do crédito presumido glosado em cada mês na infração 2 (fl. 477).

A autuante prestou informação fiscal (fl. 480), dizendo que esteve no local onde funcionava a empresa, que se encontra inapta desde abril/09 e não obteve êxito em localizar os responsáveis indicados no cadastro da SEFAZ, motivo pelo qual não pode cumprir a diligência fiscal.

A Secretaria do CONSEF indicou o nome do gerente responsável pela documentação da empresa (fl. 484) e a autuante prestou nova informação fiscal (fl. 486), ressaltando que o Programa BAHIAPLAST “não considera o crédito fiscal do ICMS”, mas apenas o débito relativo aos produtos

contemplados com benefício fiscal em Resolução específica, não entendendo o propósito da elaboração de uma planilha com dados relativos a créditos fiscais.

Ressalta que não aplicou roteiro de auditoria de créditos (AUDIF 204), por não estar prevista no roteiro de auditoria da Ordem de Serviço (Monitoramento) e que tendo a empresa deixado de ser fiscalizada pela IFEP, cabe a programação de fiscalização pela INFRAZ Indústria.

Na Pauta Suplementar de 14/09/11, a 1^a CJF deliberou pela remessa dos autos a Infaz de Origem para que fosse adotadas as providências no sentido de que fosse cumprida a diligência fiscal.

A autuante prestou nova informação fiscal (fls. 493 a 495), inicialmente fez uma síntese da lavratura do Auto de Infração, julgamento, Parecer da PGE/PROFIS, e proposição de “*diligência tendente a modificar o seu trabalho*”.

Por isso, diz que “*não resta senão declarar-me impedida pelas razões expostas*”, visto que a sistemática de cálculo do BAHIAPLAST “*no tocante ao crédito presumido nas saídas internas e interestaduais e percentuais indicados em Resolução (fl. 485) impõe a aplicação do percentual fixados ao valor do débito do imposto destacado nas notas fiscais de saídas de preformas PET*”.

Diz que considera pertinente juntar ao processo cópia de notas fiscais de compras que o contribuinte faz jus ao crédito e livro REM em que foram registradas (fls. 496/516), cujo montante de créditos, a exemplo do mês de março/04 no valor de R\$76.637,00 foi lançado no livro RAICMS.

Destaca que o valor de R\$504.134,74 relativo ao BAHIAPLAST foi encontrado aplicando o porcentual de 41,1765% do ICMS destacado nas notas fiscais de saídas internas e 70% das saídas interestaduais de preforma PET. Ressalta que o benefício se restringe a preforma (fl. 485), não se aplicando às operações com tampas.

E ainda, que não havia condicionamento a não utilização de crédito fiscal normal do ICMS destacado em notas fiscais de entrada, prevendo a apuração do ICMS relativo aos produtos beneficiados com incentivo fiscal (resolução) de acordo com os percentuais e destino dos produtos (operação interna ou interestadual). Se coloca a disposição para prestar outros esclarecimentos, mas deixando de elaborar as planilhas.

O recorrente foi cientificado do resultado da diligência fiscal, mas não se manifestou no prazo legal concedido.

A PGE/PROFIS, no Parecer exarado pelo i.Procurador José Augusto Martins Júnior (fls. 523/524), sugeriu que o processo fosse encaminhado a 1^a CJF, para que fosse submetido a apreciação quanto ao cumprimento da diligência (fl. 477).

Em 29/08/13, a 1^a CJF (fls. 527/528) analisou os esclarecimentos prestados pela autuante de que a empresa é detentora do direito de utilizar crédito presumido relativo as saídas de preforma PET (o insumo resina PET é contemplado com diferimento), mas não há qualquer restrição à utilização de créditos fiscais de outros insumos, ativo, fretes, etc. Concluiu que a diligência para levantar créditos de ICMS destacado em notas fiscais perdeu o seu objeto, visto que foram escriturados.

Retornado o processo a PGE/PROFIS (fl. 528), o mesmo Procurador exarou novo Parecer (fls. 530/531), no qual concordou com o entendimento manifestado pela 1^a CJF e opinou pelo Improvimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Inicialmente cabe apreciar os pedido de nulidades suscitados sob o argumento de ocorrências de falhas formais e ausência de provas.

No tocante ao primeiro argumento de que houve ausência da “*descrição minuciosa dos fatos, notadamente na glosa dos créditos*”, verifico que todas as infrações se fazem acompanhar de demonstrativos a indicação das normas aplicáveis, cópias dos livros e documentos fiscais fornecidos pelo próprio contribuinte, no tocante às infrações 1 e 2. Portanto, o sujeito passivo

pode exercer o seu direito de defesa, como o fez, ficando rejeitada a nulidade suscitada. Com relação à infração 3, tendo sido acolhido o pedido e declarada a sua nulidade pela 1^a JJF, não sendo objeto de Recursos (Ofício ou Voluntário), deixo de apreciar.

Quanto ao pedido de nulidade, sob o argumento de ausência de provas, verifico que o recorrente alega que as planilhas com indicação dos créditos presumidos utilizados não comprova a ocorrência de materialidade do tributo. Na situação presente, no que se refere à infração 1, trata-se de exigência de imposto lançado e não recolhido, cujo demonstrativo à fl. 8 reflete a apuração mensal do imposto apurado pelo estabelecimento autuado, cuja cópia do livro RAICMS foram juntados às fls. 80 a 90. Já com relação à infração 2, os valores consolidados no demonstrativo à fl. 9, relacionam os valores dos créditos presumidos escriturados pelo próprio estabelecimento (BAHIAPLAST), também no seu livro RAICMS, cujas cópias foram juntadas às fls. 56 a 90.

Pelo exposto, os valores apurados e escriturados no livro próprio constituem provas efetivas, não podendo ser acolhido o argumento de que há ausência de provas, nem que foi violado o princípio da legalidade por parte do relator da primeira instância. No que concerne a validade do ato administrativo de promover o estorno dos créditos com indicação de motivação o não cumprimento das regras estabelecidas no Programa BAHIAPLAST, trata-se de questão de mérito que será apreciado a seguir.

No mérito, convém ressaltar que na Decisão ora recorrida a 1^a JJF julgou Procedente a infração 1 e Nula a infração 3. A apelação recursiva se restringe à Decisão quanto à infração 2.

De forma resumida, o recorrente apresenta os seguintes argumentos:

1. O art. 3º, III e o § Único da Lei 7.351/98 (BAHIAPLAST) concede o benefício fiscal de crédito presumido, com finalidade de reduzir o imposto devido e é ilegal a regra prevista no art. 12 do Dec. 8.665/03 que prevê perda do benefício, face a não previsão na Lei;
2. Consulta a SICM confirma inaplicabilidade do citado Dec. “às empresas do BAHIAPLAST”;
3. Exclusão das parcelas de créditos glosados, nos meses que foram recolhidos com atraso;
4. Correção da capitulação da multa (art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96) por entender que não houve descumprimento de obrigação principal.
5. Redução da multa para um patamar não superior a 20%;
6. Illegitimidade da aplicação da Taxa SELIC.

Após a interposição do Recurso, deve ser analisado, também, as diligências realizadas.

Com relação ao primeiro argumento, constato que foi apreciado pelo relator da primeira instância, tendo acolhido o posicionamento externado pela PGE/PROFIS de que o art. 3º, III da Lei 7.351/98 estabelece como benefício do BAHIAPLAST a concessão de crédito presumido e o art. 5º estabelece que “A empresa que inobservar qualquer das regras contidas nesta Lei, sem prejuízo das demais previstas na legislação tributária, ficará sujeita a cassação de habilitação para operar sob o regime de diferimento e fazer jus à utilização de crédito presumido”.

Por sua vez, o art. 7º do mesmo diploma legal estabelece: “As condições necessárias à utilização dos benefícios previstos nesta Lei serão estabelecidas na forma que dispuser o regulamento”.

Logo, como apreciado na Decisão ora recorrida, o art. 12, § Único, do Decreto nº 8.665/03 estabelece que:

Art. 12. A empresa habilitada em benefício fiscal ou financeiro que atrasar ou deixar de recolher o ICMS ao Tesouro do Estado, por 03 (três) meses consecutivos, ou 06 (seis) meses alternados, terá automaticamente suspenso o incentivo.

Parágrafo único. A empresa voltará a gozar do financiamento após a regularização total das obrigações vencidas, não tendo direito, entretanto, ao benefício relativo àquelas parcelas correspondentes aos meses em que realizou o pagamento com atraso.

Considero correta a Decisão, visto que o art. 7º da Lei nº 7.351/98 remete para o regulamento estabelecer as condições necessárias para usufruir dos benefícios previstos na Lei e tem suporte legal a restrição estabelecida no art. 12 do Decreto nº 8.665/03.

Quanto ao segundo argumento, verifico que o coordenador de incentivos Ederval Oliveira Filho, da SICM, na resposta formulada a consulta do sujeito passivo (fl. 392), se posicionou que o Conselho Deliberativo do BAHIAPLAST não foi provocado quanto à cassação dos benefícios fiscais concedidos a BAHIA PET, podendo utilizar os benefícios previstos na Res. 14/99 e que as sanções previstas no art. 12 do Decreto nº 8665/03 se restringem aos benefícios financeiros.

Conforme entendimento da PGE/PROFIS no Parecer às fls. 394/397, o art. 12 do mencionado Decreto prevê “automaticamente suspenso o incentivo” quando atrasar ou deixar de recolher o ICMS por três meses consecutivos ou seis alternados, voltando a gozar do financiamento após “regularização total das obrigações vencidas, não tendo o direito, entretanto, ao benefício relativo àquelas parcelas correspondentes aos meses em que realizou o pagamento com atraso”.

Dessa forma, pode se concluir que conforme apreciado pela 1ª JJF, com base no Parecer da PGE/PROFIS, não houve efetivamente cancelamento do benefício como afirmado pelo coordenador da SICM, porém a perda do benefício que é automática, quando houver atraso ou falta de recolhimento no prazo, como estabelecido na regulamentação da Lei, situação que se aplica aos valores exigidos neste lançamento, cujos montantes não foram questionados.

No tocante ao terceiro argumento, conforme apreciado pelo relator da 1ª JJF, o art. 12, § Único do Dec. 8.665/03 estabelece que a empresa habilitada que perder o benefício em decorrência de atraso ou falta de recolhimento, só voltará a gozar do benefício fiscal após a regularização das obrigações vencidas, não tendo direito ao benefício quanto às parcelas que realizou o pagamento com atraso. Logo, os pagamentos realizados com atraso no período de outubro a dezembro/03 e setembro/05 (fl. 9) não devem ser excluídos da exigência fiscal, por falta de amparo legal.

Relativamente ao quarto argumento, ao contrário do que foi afirmado, tendo sido restringido o benefício fiscal de fazer uso de crédito presumido, a sua compensação indevida do débito implicou em redução do imposto que foi recolhido, ocorrendo descumprimento da obrigação principal e correta a multa aplicada prevista no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96.

No que concerne ao quinto argumento, esta CJF não tem competência para apreciar pedido de redução de multa em decorrência de descumprimento de obrigação principal (artigos 158 e 169 do RPAF/BA).

E por fim, quanto à alegação de que a aplicação da taxa SELIC é inconstitucional, observo que o art. 161, § 1º, do CTN estabelece que: *se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de um por cento ao mês.*

Por sua vez, o art. 102, § 2º, II da Lei Estadual nº 3.956/81 (COTEB), com as alterações introduzidas pela Lei nº 7.753/00 prevê que sobre os débitos tributários reclamados através de lançamento de ofício, a partir de 30 (trinta) dias de atraso, incidirão acréscimos equivalentes à taxa SELIC, acumulada mensalmente até o último dia do mês anterior ao do pagamento, e 1% (um por cento) relativo ao mês em que o pagamento estiver sendo efetuado. Portanto, é legal e constitucional a aplicação da taxa SELIC, conforme Decisão do REsp 973189-MG, do STJ no qual decidiu que “*ante a existência de lei estadual que determina o uso da mesma taxa moratória utilizada pela Fazenda Federal, mostra-se legítimo o uso da SELIC*”.

Passo agora a apreciar o encaminhamento do processo em diligências deliberadas por esta CJF.

Esta 1ª CJF, tendo como relator o Conselheiro Fábio de Andrade Moura, determinou a realização de diligência em 07/04/11 (fl. 477) para que fosse feita listagem por mês das notas fiscais que “conferem direito de crédito” e deduzido do “crédito presumido na infração 2”.

A diligência não foi cumprida, devido a não localização da empresa e sócios. Após identificação do responsável pela documentação (fl. 484) a autuante esclareceu (fl. 486), que o BAHIAPLAST

“não considera o crédito fiscal do ICMS”, mas apenas o débito dos produtos contemplados com benefício fiscal. Em seguida (fls. 493/495), juntou cópia da Resolução do BAHIAPLAST relativa ao estabelecimento autuado (fl. 485) com indicação dos percentuais de créditos presumidos fixados com base no valor do débito do ICMS destacado nas notas fiscais de saídas de preformas PET.

Juntou também cópia de NFs de compras que o contribuinte faz jus ao crédito e cópia do livro REM em que foram registradas (fls. 496/516), cujo montante de créditos foram lançados RAICMS.

Pelo exposto, tudo leva a crer, que a intenção do i.Relator, corroborada pela deliberação desta 1^a CJF, seria levantar os créditos fiscais que “supostamente” não teriam sido utilizados em função da utilização do “crédito presumido” aproveitado como benefício fiscal do BAHIAPLAST.

Pela análise dos elementos contidos no processo, verifico que a Res. 15/99 (fl. 485), habilitou a empresa aos seguintes benefícios fiscais:

I – Crédito presumido de 41,1765% (saídas internas) e de 70% (operações interestaduais) do imposto destacado nas saídas de preformas PET;

II – Diferimento nas aquisições internas de resina PET.

Conforme esclarecido pela autuante, a utilização do crédito presumido (preforma PET) não faz qualquer restrição a utilização de outros créditos destacados em notas fiscais relativos às aquisições de insumos, embalagens, créditos de ativo/imobilizado, fretes, etc.

Essa premissa está devidamente comprovada pela autuante a título exemplificativo em relação ao mês de março/04, cuja cópia do livro de entrada (fls. 502 a 512) totaliza montante de créditos fiscais de R\$76.637,00, valor este que foi integralmente lançado no livro RAICMS (fl. 26).

Portanto, tudo indica que há perda do objeto contido na diligência, para levantar o montante dos créditos destacados em notas fiscais que “conferem direito de crédito”, visto que estes créditos já tinham sido escriturados regularmente pelo estabelecimento autuado. Ressalte-se que a PGE/PROFIS tomou conhecimento desta análise e reformou o seu opinativo, concordando que a diligência fiscal perdeu o seu objeto.

Quanto a glosa do crédito que foi apreciado anteriormente em razão do questionamento de legalidade, convém fazer algumas considerações a tributação a que se submete o contribuinte habilitado ao Programa BAHIAPLAST.

Conforme o inciso II da Res. 15/99 (fl. 485), o estabelecimento autuado na época da ocorrência dos fatos geradores estava habilitado ao diferimento “nas aquisições de resina PET”, significando:

A) Que no momento que o fornecedor localizado neste Estado, vendia resina PET para a BAHIA PET, não destacava o ICMS, visto que estava postergado o lançamento e pagamento do imposto, com encerramento previsto para o momento da saída do produto final (preforma PET);

Embora não tenha sido juntado cópia das notas fiscais ao processo, verifico que as notas fiscais escrituradas no livro REM (fls. 502/512), com CFOP 1101, código do emitente 1268, no mês de março/04, trata-se de valores mais relevantes e com codificação fiscal 3, tudo indica relativo a aquisição de insumo contemplado com o diferimento.

Neste mês foi escriturado crédito presumido no valor de R\$504.134,74 (fl. 26) que corresponde a 70% das saídas interestaduais de preforma PET (fl. 9).

B) Caso a resina PET não estivesse contemplada com o diferimento, o ICMS destacado a débito recebido pela Fazenda Pública, constituiria o crédito fiscal no estabelecimento destinatário, no caso a BHAIA PET. Mas como esta operação foi contemplada com o diferimento, o valor do ICMS não grafado na operação anterior (e não creditado) seria recebido pela Fazenda Pública, integrando o débito pela saída do produto acabado.

Concluo que como a Fazenda Pública concedeu o benefício fiscal de crédito presumido (saídas de preformas PET, de 41,1765% e 70%, respectivamente do débito das operações internas e

interestaduais), sem ocorrência de pagamento do imposto na fase anterior (de resina PET), tal benefício constitui uma desoneração sem contrapartida fiscal, que o legislador intencionou condicionar ao recolhimento do imposto no prazo, sob pena de não poder usufruir de tal benefício fiscal.

Logo, o não recolhimento do imposto postergado para o pagamento no momento da saída (diferido) implica em perda do benefício do crédito fiscal presumido, que pela lógica, corresponde ao imposto que deixou de ser debitado na operação anterior (saída do estabelecimento do fornecedor de resina PET- pela Fazenda Pública) e que deveria configurar imposto a ser compensado no estabelecimento autuado (crédito da Fazenda Pública).

Pelo exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

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 EM PARTE** o Auto de Infração nº 206973.1002/06-5, lavrado contra **BAHIA PET LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$16.524.644,77**, acrescido das multas de 50% sobre R\$204.344,34 e 60% sobre R\$16.320.300,43, previstas no art. 42, incisos I, “a” e II, “f”, respectivamente, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de fevereiro de 2014.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – RELATOR