

A. I. N° - 120018.0104/13-4
AUTUADO - TUPAHUE TINTAS S.A.
AUTUANTE - AIDIL ISABEL DE SOUSA
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
INTERNET - 16.07.2014

**2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO JJF Nº 0122-02/14**

EMENTA: ICMS. 1. BENEFÍCIOS FISCAIS. DESENVOLVE. FALTA DE RECOLHIMENTO DA PARCELA NÃO INCENTIVADA NOS PRAZOS REGULAMENTARES. USO INDEVIDO DE INCENTIVO FISCAL. LANÇAMENTO DO IMPOSTO RECOLHIDO A MENOR. Restou comprovado que o sujeito passivo perdeu o direito, em relação aos fatos geradores neste processo, da parcela incentivada, por descumprimento ao artigo 18 do Decreto nº 8.205/02. Infração caracterizada. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE REGISTRO NA ESCRITA FISCAL. a) MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. b) MERCADORIAS NÃO TRIBUTÁVEIS. Descumprimento de obrigação acessória. multas de 10% e de 1% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Infrações não elididas. Rejeitadas as alegações de nulidade, decadência e constitucionalidade, do lançamento tributário. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 18/12/2013, para exigência de ICMS e MULTA, no valor de R\$846.693,61, sob acusação do cometimento das seguintes infrações:

Infração 01 – 03.08.03 – Recolheu a menor o ICMS, no valor de R\$838.674,93, em razão da falta de recolhimento, na data regulamentar da parcela não sujeita a dilação de prazo, perdendo o direito ao benefício em relação à parcela incentivada prevista no Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – Desenvolve, nos meses de abril a dezembro de 2009, janeiro a julho de 2010, e nos meses de abril, agosto e setembro de 2011, conforme demonstrativo à fl.10.

Infração 02 - 16.01.01 - Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de julho, agosto e outubro de 2008, sendo aplicada a multa por descumprimento de obrigação acessória, no valor de R\$4.828,04, equivalente a 10% sobre o valor comercial das mercadorias, conforme demonstrativo e documentos às fls. 09, 11 a 20.

Infração 03 - 16.01.02 - Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, no período de julho a outubro de 2008, sendo aplicada a multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$3.190,64, equivalente a 1% sobre o valor comercial das mercadorias, conforme demonstrativo e documentos às fls. 09, 21 a 51.

O sujeito passivo, através de advogado legalmente constituído nos autos, em sua defesa às fls. 62 a 74, dizendo que atua no ramo de tintas, vernizes e solventes, e tem sua matriz sediada no Estado de São Paulo, e que por força de pedido de baixa de sua inscrição estadual, a conclusão fiscal fundou-se em bases contrárias às disposições legais do RICMS e ao que preconiza a legislação do Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração do Estado da Bahia – DESENVOLVE.

Comenta sob o princípio da verdade material para argüir que compete ao órgão julgador apreciar todas as suas alegações de caráter formal e material, e cita lição de tributarista sobre o citado princípio.

Quanto à infração 01, alega que não houve falta de recolhimento da parcela não sujeita à dilação de prazo, e sim recolhimento a menor, e por isso, entende que não há porque se falar em perda de benefício.

Considerou o lançamento em questão nulo, dizendo que houve usurpação de competência pois a autuante não tem competência legal para cancelar o benefício do Desenvolve, transcrevendo o artigo 4º e 18 do Decreto nº 8.205/2002.

Argumenta que de acordo com os recolhimentos efetuados pela empresa, não pode ser enquadrado no artigo 18 acima citado.

Alega que por erro sem nenhum dolo recolheu a menor, algumas parcelas do ICMS não incentivadas, porém, sempre respeitando a data regulamentar para o recolhimento nos termos do Programa Desenvolve.

Por conta do acima alegado, diz que ao perceber o erro quanto ao recolhimento a menor de algumas parcelas do ICMS não sujeitas ao prazo de dilação, por meio de denúncia espontânea confessou os valores e requereu o parcelamento deste em 12 prestações, conforme extrato, tendo o referido parcelamento sido quitado antes de iniciada a fiscalização que originou o auto de infração.

Portanto, afirma que a fiscalização desconsiderou os recolhimentos, tratando-os como se todos os meses tivessem sido recolhidos a menor, aplicando a perda da parcela incentivada em todo o período enquanto a empresa gozou dos benefícios do DESENVOLVE.

Assevera que o quanto descrito no artigo 18 do Decreto 8.205/2002, trata da perda do direito ao benefício, ou seja, à parcela incentivada, por falta de recolhimento da parcela não sujeita a dilação de prazo, e não por recolhimento a menor, e não prevê expressamente como condição para perda do benefício no mês, o recolhimento a menor.

Transcreveu o artigo 8º, §1º, artigo 42, § 5º e §7º, da Lei nº 7.014/96, e artigo 938, III, “c”, e 915, V, “c” do RICMS/97, para distinguir falta de recolhimento e recolhimento a menor, e argüir que este é o entendimento utilizado pelo CONSEF através de suas Juntas e Câmaras nos julgamentos dos PAFS, em que se apuram erros na determinação do valor da parcela sujeita a dilação de prazo, benefício fiscal concedido pelo Programa DESENVOLVE, tem mantido a cobrança do ICMS recolhido a menor em virtude dos equívocos no cálculo do incentivo, com a inclusão de valores não sujeitos a dilação de prazo, conforme Acórdãos CJF nº 0367-12/11, JJF nº 0295-01/11, JJF nº 112-02/11, dentre outros.

Invoca o artigo 111, do CTN, para argüir a interpretação mais benéfica ao contribuinte, destacando que a condição prevista é para o não recolhimento da parcela e não para o recolhimento a menor, e é facilmente percebida, pois, não era intenção do legislador que o beneficiário fosse penalizado pela perda do benefício no mês, por recolhimento a menor, ou seja, que o artigo 18 do Decreto nº 8.205/2002 não prevê o recolhimento a menor da parcela do ICMS não incentivada pelo programa Desenvolve, como condição para perda do benefício da parcela incentivada no mês.

Aduz que na hipótese de se considerar o recolhimento a menor como condição para perda da parcela incentivada, que tal perda seja restringida apenas aos meses em que efetivamente houve o pagamento a menor da parcela não incentivada, diferente do quanto aplicado pela senhora Auditora no sentido da perda de todas as parcelas incentivadas.

Feitas estas considerações, passou a discutir a aplicabilidade do artigo 18 do Decreto 8.202/2002, por entender que a sanção prevista no citado artigo, resta sem amparo legal, ou seja, a decretação da perda do direito ao incentivo patrocinado pelo Programa Desenvolve é prerrogativa de

competência exclusiva do Conselho Deliberativo do DESENVOLVE, que o concede via RESOLUÇÃO. Transcreveu a ementa do Acórdão CJF Nº 0351-12/08 que considerou nula uma autuação que trata da perda do direito em relação à parcela incentivada.

Além disso, pugna pela nulidade do lançamento, destacando que o artigo 18 do Dec. 8.205/2002, extrapola a inteligência da Lei 7.980/01, ao determinar sem a clareza necessária, a perda do direito à parcela incentivada, independente de ser ou não através da aprovação do Conselho do Desenvolve, um exemplo claro de ilegalidade. Portanto, sustenta que não há previsão legal para perda do benefício, apenas de cancelamento da autorização para o uso, na forma do art. 9º da citada Lei 7.980/01, cujas causas descritas no referido dispositivo diz não ter ocorrido em nenhuma delas.

Quanto às infrações 02 e 03, destacando que em virtude da datas de ocorrência destes itens remontarem ao ano de 2008, restam atingidas pelo instituto da prescrição, tendo em vista que a fiscalização data de 18/12/2013, e os meses referentes às ocorrências das infrações são dos meses 04, 07, 08, 09 e 10 do ano de 2008, o que, pela regra de prescrição de cinco anos a contar da data do fato gerador, resta indubitavelmente prescrito.

Ao final, requer a improcedência do Auto de Infração, e protesta por todos os meios de prova admitidos, especialmente a juntada de documentos em prova e contra prova, bem como a realização de perícia contábil caso seja necessário.

Na informação fiscal às fls.91 a 92, a autuante, quanto a alegação de que não houve falta de recolhimento da parcela sujeita à dilação de prazo, e sim recolhimento a menor, e que o preposto fiscal não tem competência para cancelar o benefício do Desenvolve, aduz que realmente a lei não lhe confere tais poderes, pois nos termos do § 2º do art. 19 do Regulamento do Desenvolve, aprovado pelo Decreto nº 8.205/02, o Conselho Deliberativo daquele órgão é quem tem competência para decretar o cancelamento do benefício. Contudo, diz que no caso não houve cancelamento do benefício, comprovado pelo fato de o autuado estar usufruindo do mesmo até o presente momento.

Argumenta que não há de prosperar a figura do pagamento a menor, visto que o autuado deve ao Erário duas parcelas de imposto, uma incentivada, cujo pagamento é postergado e outra, não sujeita à dilação de prazo, que deverá ser paga na data determinada em regulamento. Assim, diz que o benefício só poderá ser aproveitado se for respeitada a condição de pagamento no prazo regulamentar.

No caso, consigna que nos meses considerados na autuação, e apenas nestes meses, o autuado não fará jus ao benefício em relação à parcela incentivada prevista pelo Desenvolve pela não observância do prazo.

Não acolheu o pedido de reconhecimento de prescrição solicitado pelo autuado, dizendo tal pleito não encontrar amparo no artigo 28 e parágrafo 1º do Código Tributário do Estado da Bahia instituído pela Lei nº 3.956, de 11/12/1981, e com base no entendimento de que a decadência do lançamento de um exercício conta-se a partir do primeiro dia do ano do exercício seguinte e não mês a mês.

Conclui pugnando pela procedência de seu procedimento fiscal.

VOTO

Incialmente, com fulcro no art.147, inciso I, do RPAF/99, indefiro o pedido do autuado para realização de perícia/diligência, pois o processo contém todos os elementos para minha convicção sobre a lide, inclusive recalcular o débito, se necessário.

Quanto ao pedido de nulidade da ação fiscal que direta ou indiretamente foi argüido pelo defendant, fica indeferido, haja vista a inexistência de qualquer vício ou falha capaz de inquinar de nulidade o ato de lançamento de ofício, ou seja, o PAF está revestido das formalidades legais, estão determinados o contribuinte autuado, o montante do débito tributário e a natureza da

infração apurada, estando todos os itens da autuação acompanhados de demonstrativos, inclusive cópias de notas fiscais, que foram disponibilizados ao sujeito passivo por ocasião da ciência do auto de infração, conforme intimação e AR dos Correios às fls. 59 a 60.

Assim, estando o lançamento em conformidade com as disposições da legislação do ICMS, notadamente com o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, não ocorreu quaisquer das hipóteses previstas no art. 18 do referido diploma regulamentar processual que invalide o Auto de Infração.

Certamente que a arguição defensiva de que efetuou todos os pagamentos tempestivamente, e que houve usurpação de competência pois a autuante não tem competência legal para cancelar o benefício do Desenvolve, se apresentam como questão de mérito, cuja apreciação, inclusive que envolva erro na apuração do débito será apreciada por ocasião do mérito.

Desse modo, não merecem acolhimento as razões de nulidade arguídas na peça defensiva.

No mérito, trata o presente processo de lançamento para exigir ICMS e MULTA, com base em três situações fáticas: Infração 01 – 03.08.03 – Recolheu a menor o ICMS, em razão da falta de recolhimento, na data regulamentar da parcela não sujeita a dilação de prazo, perdendo o direito ao benefício em relação à parcela incentivada prevista no Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – DESENVOLVE; Infração 02 - 16.01.01 – Falta de registro de notas fiscais de compras de mercadorias tributáveis; e Infração 03 - 16.01.02 - Falta de registro de notas fiscais de compras de mercadorias não tributáveis.

No caso das infrações 02 e 03, o sujeito passivo, sem adentrar no mérito, destacou que em virtude da data de ocorrência destes itens remontarem ao ano de 2008, sustenta que restam atingidas pelo instituto da prescrição, tendo em vista que a fiscalização data de 18/12/2013, e os meses referentes as ocorrências das infrações são dos meses 04, 07, 08, 09 e 10 do ano de 2008, o que, pela regra de prescrição de cinco anos a contar da data do fato gerador, restam atingidos pela decadência.

A discussão reside pois na possibilidade ou não de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário relativo aos períodos citados, ante a disposição do artigo 173, inciso I, do Código Tributário Nacional.

A controvérsia que se estabelece, por conseguinte, não diz respeito à matéria das exigências naquele período. Instaura-se em questionamento jurídico, quer seja, se houve ou não lançamento válido pelo Fisco, diante da regra de caducidade do direito de o Fisco de constituir o crédito tributário.

Consoante o disposto no artigo 173, inciso I, do CTN, "o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 05 (cinco) anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado".

Já o parágrafo único do mesmo artigo reza que "o direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento".

Ou seja, o entendimento no âmbito do CONSEF é de que a regra geral em matéria de decadência, no que toca ao ICMS, é de que o fisco tem 05 (cinco) anos, a contar do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que se venceu o prazo para pagamento fixado na legislação, para formalizar o crédito tributário respectivo não pago no todo ou em parte à época própria, sob pena de caducidade do direito ao crédito pelo seu não exercício.

No presente caso, para o crédito tributário vencido nos citados períodos (julho a outubro de 2008), considerando-se que o lançamento ocorreu em 18/10/2013, a contagem de prazo para a Fazenda Pública proceder à constituição do crédito tributário iniciou-se em 01/01/2008, findando-se em 31/12/13.

Portanto, superada a argüição de decadência do crédito tributário, no mérito, ficam mantidas as multas que foram aplicadas, por não ter ocorrido impugnação quanto a falta de escrituração das notas fiscais que serviram de base para o lançamento.

Com relação à infração 01 – 03.08.03, pelo que constam nos autos a exigência fiscal decorre do fato de o contribuinte ter faltado com o pagamento do imposto, nas datas regulamentares, das parcelas não sujeitas a dilação do prazo, ensejando a perda do direito ao benefício em relação à parcela incentivada prevista no DESENVOLVE.

O mencionado programa DESENVOLVE foi aprovado pelo Decreto nº 8.205/2002, e tem como objetivos, estimular a instalação de novos empreendimentos industriais ou agro-industriais, bem como a expansão, reativação ou modernização de empreendimentos já instalados; desenvolvimento tecnológico dos processos produtivos e assimilação de novas tecnologias, estando previsto no seu art. 3º que poderá ser concedida dilação de prazo de até 72 meses para o pagamento de até 90% do saldo devedor mensal do ICMS relativo às operações próprias em razão dos investimentos realizados e obedecer à resolução emanada do Conselho Deliberativo do Desenvolve em seu nome.

Consta nos autos que o contribuinte autuado foi habilitado ao Desenvolve através da Resolução nº 113/2008, fl. 79, sendo-lhe concedido o benefício de dilação do prazo de 72 meses para o pagamento do saldo devedor do ICMS.

O art. 4º do Regulamento do Programa DESENVOLVE estabelece que o recolhimento do ICMS pelo beneficiário do mencionado programa obedecerá às normas vigentes na legislação do imposto, sendo que o seu parágrafo único determina que as parcelas do imposto cujo prazo tenha sido dilatado serão recolhidas até o dia 20 do mês de vencimento.

No presente caso, como dito acima, por estar enquadrado no Programa DESENVOLVE, o autuado foi acusado de não recolher o ICMS dilatado, nos prazos regulamentares, da parcela não incentivada, relativamente aos meses de abril de 2009 a julho de 2010, e abril, agosto e setembro de 2011.

Em sua peça defensiva o sujeito passivo, não discordou dos números apurados no levantamento fiscal constante à fl.10, e após fazer comentários sobre diversos dispositivos das normas do DESENVOLVE, em síntese alegou que: a) não houve falta de recolhimento da parcela sujeita à dilação de prazo, e sim recolhimento a menor; b) que o preposto fiscal não tem competência para cancelar o benefício do Desenvolve, por entender que a lei não lhe confere tais poderes, pois nos termos do § 2º do art. 19 do Regulamento do Desenvolve, aprovado pelo Decreto nº 8.205/02, o Conselho Deliberativo daquele órgão é quem tem competência para decretar o cancelamento do benefício.

Além disso, alegou ilegalidade na legislação que rege o DESENVOLVE. Em relação a esta alegação, deixando a entender que a mesma é constitucional, ressalto que tal alegação, de acordo com o artigo 167, I, do RPAF/99, não se inclui na competência deste órgão julgador.

Quanto a alegação de que a autuante não competência para cancelar o benefício do DESENVOLVE, observo que não há como prosperar este argumento, uma vez que no caso dos autos não ocorreu cancelamento do benefício que tem direito em razão de sua habilitação ao aludido programa. A autuação decorre do fato de o contribuinte não ter efetuado nas datas regulamentares o pagamento das parcelas não incentivadas, e por isso, perdeu o direito a dilação do prazo, em razão da falta de pagamento nos prazos regulamentares. Ressalto que, no que tange ao débito mensal, o contribuinte deve ao Erário duas parcelas de imposto, uma incentivada, cujo pagamento é postergado e outra, não sujeita à dilação de prazo, que deverá ser paga na data determinada em regulamento. Portanto, nos termos do que dispõe o DESENVOLVE, o benefício só poderá ser aproveitado se for respeitada a condição de pagamento nos prazos regulamentares.

No caso, constato que consta no levantamento fiscal, fl.10, que a data de pagamento da diferença entre o valor incentivado para a outra parcela não incentivada ocorreu em 16/12/2011, quando os

fatos geradores se referem ao período de abril de 2009 a setembro de 2011. Assim, para os citados meses, autuado não fará jus ao benefício em relação à parcela incentivada prevista pelo Desenvolve pela não observância do prazo.

Quanto a jurisprudência citada na defesa, constato que ela não aplica neste processo, por se tratar de caso diverso ao presente.

Ressalto que também não merece acolhimento o pleito do autuado para que sejam considerados apenas os meses os meses em que efetivamente houve o pagamento a menor da parcela não incentivada, pois este foi o procedimento da autuante.

Portanto, a questão objeto da lide deve ser dirimida à luz do que dispõe a legislação tributária.

Sem necessitar maiores confirmações, visto que o próprio autuado não protestou sobre a data do pagamento dos valores referentes a parcela não incentivada, consignada pela autuante no levantamento fiscal, cabe a aplicação do art. 18 do Decreto n° 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*”.

Nestas circunstâncias, considero correto o procedimento da fiscalização em exigir o imposto decorrente das parcelas não sujeitas a dilação do prazo, por restar caracterizado que efetivamente o autuado deixou de atender a Resolução do Desenvolve n° 113/2008, publicada no diário Oficial, no Caderno Executivo, dos dias 1º e 2 de novembro de 2008, pg.37.

Observo, ainda, que o sujeito passivo ao fazer uma análise sistemática de dispositivos da Lei n° 7.014/96, transcreveu o § 7º do art. 42, que trata de redução ou cancelamento de multa pelo órgão julgador, o que conduz a apreciação sobre o cancelamento ou redução das multas decorrentes das infrações tratadas nos autos.

No que concerne à redução da multa, o § 7º do art. 42 da Lei 7014/96, concede ao órgão julgador administrativo a discricionariedade de, uma vez imputadas às multas por descumprimento de obrigações acessórias, conceder redução ou cancelamento das mesmas, desde que fique comprovado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e não impliquem falta de recolhimento do imposto, dispositivo legal que é regulamentado pelo art. 158 do RPAF/BA.

Esta discricionariedade, portanto, permite que, mesmo não havendo dolo, fraude ou simulação ou falta de imposto recolhido, relativo a infração por descumprimento de obrigação acessória, os órgãos julgadores, fracionários deste CONSEF, não conceda a redução ou o cancelamento das multas aplicadas.

No presente caso, no caso das multas por descumprimento de obrigação acessória, de que cuidam as infrações 02 e 03, o pleito do contribuinte para cancelamento ou redução não encontra amparo no § 7º do art.42, da lei citada. Inerente à multa de que trata a infração 01, também não cabe sua exclusão ou redução, visto que a penalidade imposta está vinculada à infração cometida, e este órgão julgador não tem competência para apreciar pedido de redução ou cancelamento de multa decorrente de obrigação principal, competência exclusiva da Câmara Superior deste CONSEF, consoante o art. 159 do RPAF/99.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração n° **120018.0104/13-4**, lavrado contra **TUPAHUE TINTAS S.A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$838.674,93**, acrescido das multas de 60%, previstas no artigo 42, inciso II, alínea “f”, da Lei n° 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigação

acessória no valor total de **R\$7.018,68**, prevista nos incisos IX e XI do citado dispositivo legal e dos acréscimos moratórios de acordo com a Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de junho de 2014.

FERNANDO ANTONIO BRITO ARAÚJO – PRESIDENTE

JOSÉ CARLOS BACELAR – RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – JULGADOR