

A. I. Nº - 279862.0012/14-1
AUTUADO - AQUATUBOS INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PLÁSTICOS LTDA.
AUTUANTE - JOÃO RICARDO TERCEIRO E BARRETO
ORIGEM - INFAZ INDÚSTRIA
INTERNET - 07.10.2015

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0176-05/15

EMENTA: ICMS. BENEFÍCIOS FISCAIS. DESENVOLVE. **a)** FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO NO PRAZO REGULAMENTAR. Comprovado o pagamento do ICMS relativo ao mês de setembro de 2011, que teria sido efetuado em 07/04/2014, com os devidos acréscimos moratórios, referente à parcela não incentivada. **b)** RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS EM VIRTUDE DA FALTA DE PAGAMENTO NA DATA REGULAMENTAR, DA PARCELA NÃO SUJEITA À DILAÇÃO DE PRAZO. PERDA DO BENEFÍCIO RELATIVAMENTE À PARCELA INCENTIVADA. O sujeito passivo comprovou que por meio do Decreto nº 12.645, de 24 de fevereiro de 2011, foi prorrogado o vencimento da parcela relativa ao mês de fevereiro de 2011. Infrações parcialmente elididas. Não acolhidas as arguições preliminares de nulidades. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 30/09/2014, exige ICMS no valor de R\$121.209,66, acrescido da multa de 60%, em decorrência das seguintes infrações:

01. Deixou de recolher o ICMS no prazo regulamentar referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios. Imposto devido calculado considerando a perda do Benefício Fiscal DESENVOLVE, nos meses em que o imposto foi apurado e não recolhido. Artigo 18 do Decreto 8.205/2002. ICMS no valor de R\$ 63.499,00.
02. 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 pelo Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – Desenvolve. Imposto devido calculado considerando a perda do Benefício Fiscal DESENVOLVE, nos meses em que o imposto foi apurado e recolhido em atraso ou a menor que o valor determinado no livro de Apuração, para a parcela não incentivada. Artigo 18 do Decreto 8.205/2002. ICMS no valor de R\$ 57.710,66.

O autuado ingressa com defesa, fls. 127 a 138, e inicialmente destaca a tempestividade da sua apresentação. Argumenta que o art. 18 do Decreto 8.205/2002 é ilegal. Foi desconsiderado que em função do benefício do DESENVOLVE deveria pagar 10% do saldo devedor, tendo direito à dilação do prazo para recolhimento do restante em até 06 anos, conforme regras do benefício fiscal. Afirma que há suposto fundamento legal, uma vez que tal dispositivo regulamentar não é mera explicitação de sanção estabelecida em qualquer outro dispositivo legal. Trata-se de sanção estabelecida em Decreto nº 8.205/2001 sem qualquer fundamento legal válido, o que viola o art. 97, V, do CTN.

No máximo, admite-se que “o cancelamento da autorização para uso dos incentivos do Programa”, resulte da “ocorrência de infração que se caracterize como crime contra a ordem tributária” e “inobservância de qualquer das exigências para a habilitação do estabelecimento ao

Programa durante o período de sua fruição”, hipóteses dentre as quais não se inclui a mera falta de pagamento do tributo no prazo regulamentar. Ademais, o próprio art. 19, 2º, atribui ao Conselho Deliberativo do Programa Desenvolve a competência para cancelar a habilitação ao Programa, o que incorreu na hipótese presente.

Em estudos dos acórdãos das Câmaras de Julgamento Fiscal do Consef, sobre a matéria nota-se, o argumento invocado no art. 11 do RICMS/97, mas que não oferece ao autuante as consequências que pretende aplicar ao caso concreto, uma vez que não suspende a aplicação do benefício específico do Programa DESENVOLVE.

Outrossim, o citado artigo cuida tão somente, do termo inicial para cálculo dos acréscimos da mora e multa, não permitindo ao autuante exigir o tributo suspendendo a aplicação do benefício fiscal, por falta de previsão legal específica.

Assim, a norma regulamentadora, art. 18, Decreto 8.205/2002, inova ao instituir penalidade não prevista em lei, violando, também, o princípio da legalidade tributária, insculpida no Texto Constitucional. Invoca o princípio da proporcionalidade, cuja aplicação dirige-se aos problemas nascidos das ingerências estatais sobre as liberdades individuais.

Aponta que a exação em questão não atende aos objetivos do Programa DESENVOLVE, relativos ao desenvolvimento industrial do Estado da Bahia, mas ao contrário, nos moldes pretendidos pelo auditor fiscal, é instrumento de confisco. A contingência que impossibilitou o pagamento do tributo no prazo transforma o benefício em instrumento destrutivo à empresa, o que não se pode admitir.

Invoca a regra da necessidade: se o meio for necessário, assim entendido o igualmente adequado e menos restritivo de direitos individuais, deverá ser permitido. Logo, a única imposição legal e necessária à impugnante pelo atraso no recolhimento do ICMS normal, (10% do saldo devedor), é a aplicação dos acréscimos da mora, o que efetivamente ocorreu, haja vista que a impugnante recolheu a integralidade do tributo devido com acréscimos moratórios. Pede que o lançamento seja anulado, também em consonância ao princípio da proporcionalidade.

Aponta que houve pagamento do ICMS relativo ao mês de setembro de 2011, conforme DAE anexo em 07/04/2014, com os devidos acréscimos moratórios. Pede a sua exclusão.

Assevera que ocorreu erro na definição da data de vencimento, referente ao mês de fevereiro de 2011, com vencimento em março. O Decreto nº 12.645, de 24 de fevereiro de 2011, em seu art. 5º, prorrogou o prazo de recolhimento do ICMS com vencimento em 09 de março de 2011, para 10 de março de 2011, justamente quando foi realizado o pagamento.

Requer ainda o funcionamento no presente processo administrativo fiscal da Procuradoria Fiscal, como “custus legis”.

O autuante presta a informação fiscal, fl. 164, aduz que a perda do benefício fiscal fundamenta-se em Lei Complementar, CTN, Lei 5.172/66, art. 155. Reconhece que é indevida a cobrança relativa ao mês de fevereiro de 2011, no valor de R\$ 180.905,05.

VOTO

O Programa DESENVOLVE, entre outros, tem como objetivo complementar e diversificar a matriz industrial e agroindustrial do Estado, incentivando a instalação de novos empreendimentos industriais ou expansão, reativação, modernização de empreendimentos já instalados; desconcentração espacial dos adensamentos industriais e formação de adensamentos industriais nas regiões com menor desenvolvimento econômico e social; a integração e a verticalização das cadeias produtivas essenciais ao desenvolvimento econômico e social e à geração de emprego e renda no Estado; o desenvolvimento tecnológico dos processos produtivos e assimilação de novas tecnologias; a geração de novos produtos ou processos e redução de custos de produtos ou processos já existentes.

A concessão de benefícios fiscais implica em renúncia de receitas tributárias em detrimento de outros benefícios sociais. Na situação presente, ao conceder dilação do pagamento do saldo devedor do ICMS incidente sobre as operações próprias (bem como diferimento do pagamento do ICMS na aquisição de bens do ativo e insumos utilizados na produção), o Estado deixou de arrecadar o imposto relativo a diversas operações e o valor do imposto que deveria ser arrecadado de imediato ao ser postergado, significa de fato redução do seu valor, visto que conforme previsto na legislação, o valor devido a ser pago no futuro pode ser pago em valor presente com deságio. A contrapartida desta renúncia fiscal é que a empresa se comprometeu a fazer investimentos no Estado, implementar nova tecnologia, gerar empregos e renda, o que de fato não provou ter feito.

O sujeito passivo, na defesa apresentada suscitou a nulidade do lançamento por diversos motivos: cancelamento ilegal dos benefícios concedidos e aplicação de multas não previstas, bem como impossibilidade de lavrar Auto de Infração antes do cancelamento formal do benefício pelo Conselho Deliberativo (CD) do DESENVOLVE de acordo com o seu Regulamento (Dec. 8.205/02). Rejeito as nulidades pretendidas, tendo em vista que a competência da plenária do mencionado Conselho, conforme definido no art. 7º da Res. 03/2007 é de definir política de investimentos; propor instituição de programas; deliberar sobre pedidos e concessão de incentivos e benefícios; apreciar e decidir sobre cancelamento de benefícios. Portanto, uma vez concedido benefícios fiscais mediante resoluções emanadas por aquele Conselho, para empresas integrantes dos programas instituídos, cabe à fiscalização verificar se os procedimentos adotados pelos contribuintes atendem o que determina a legislação tributária e, caso se constate práticas adotadas que conflitem com as normas, é de competência dos auditores fiscais, fazer o lançamento de ofício nos termos do art. 6º da Lei nº 8.210/02 e art. 42 do Dec. 7.629/99. Quanto ao questionamento da capacidade dos autuantes para avaliar os benefícios concedidos, por se tratar do mérito da questão, será apreciado no momento próprio.

Também rejeito a nulidade pretendida, sob o argumento de que só poderia ser feito o lançamento de ofício mediante a revogação do benefício concedido pelo CD do DESENVOLVE. Conforme apreciado anteriormente, uma vez concedido os benefícios fiscais previstos no DESENVOLVE, constatado descumprimento da legislação tributária, é de competência do Fisco fazer o lançamento de ofício para exigir o tributo devido, independentemente do cancelamento dos benefícios. O certo é que a fiscalização não tem competência para cancelar o benefício concedido, competência esta do CD DESENVOLVE. Portanto, não pode ser acatada a alegação de que os atos foram praticados por servidor incompetente nos termos do art. 18, I do RPAF/BA. Entendo não existir conflito de competência entre a ação fiscal que culminou com o lançamento de ofício, privativa dos auditores fiscais e das competências do mencionado Conselho, como quis fazer crer o impugnante na sua defesa. Além do mais, o Auto de Infração foi lavrado em conformidade com o disposto no art. 39 do mencionado diploma legal, notificado o autuado, que apresentou sua defesa contestando a exigência fiscal.

Com relação à nulidade suscitada sob argumento de que houve cerceamento do direito de defesa, por desconhecer o processo que motivou o cancelamento do benefício fiscal concedido pelo CD DESENVOLVE, também fica rejeitada, tendo em vista que a DITRI – Diretoria de Tributação desta SEFAZ, já se posicionou em matéria semelhante, e trouxe a orientação de que se comprovado irregularidade na utilização do benefício fiscal, poderia ser lavrado Auto de Infração independentemente do desenquadramento por meio de resolução do CD Desenvolve. Portanto, o parecer constitui apenas uma manifestação da DITRI que poderia ser seguida ou não para tomada de decisão da lavratura do Auto de Infração. Por sua vez, lavrado o Auto de Infração, foi descrita a infração, indicados os dispositivos infringidos e tipificada a multa aplicada prevista na Lei nº 7.014/96 que não tem correlação com a prevista no art. 19, §2º do Regulamento do DESENVOLVE, que se aplica em caso de desenquadramento do benefício. Diante da acusação o autuado pode exercer o seu direito de defesa, e acompanhar o procedimento fiscal desde a sua instauração até a lavratura do competente Auto de Infração.

Quanto ao percentual da multa aplicada entendo que faz parte do mérito da questão e será apreciado no momento próprio.

Observo que o levantamento fiscal efetuado pela fiscalização foi feito com base nos dados e documentos escriturados na contabilidade do contribuinte, o que possibilitou demonstrar possíveis inconsistências.

No mérito o Auto de Infração acusa o cometimento de duas infrações: Falta de recolhimento do ICMS nos prazos regulamentares, referente às operações escrituradas nos livros fiscais próprios. Imposto devido calculado considerando a perda do Benefício Fiscal DESENVOLVE, nos meses em que o imposto foi apurado e não recolhido. Versa a acusação de que nos meses de setembro e de novembro de 2011, o imposto foi apurado e não recolhido.

O auditor fiscal efetuou o somatório da parcela incentivada em cada mês, com o imposto a recolher no mesmo período mensal, consoante Resumo da Apuração do ICMS de R\$ 36.114,40, fls. 109 (mês de novembro/2011), e de R\$ 27.384,60, fl. 101 (mês de setembro/2011).

O sujeito passivo argumenta que houve o pagamento do ICMS relativo ao mês de setembro de 2011, que teria sido efetuado em 07/04/2014, com os devidos acréscimos moratórios, consoante DAE anexo. De fato, constato que a sociedade empresária pagou o valor de R\$ 2.738,46 relativo à parcela não incentivada, valor que deve ser abatido nesta ocorrência. Assim, o valor referente ao mês de setembro de 2011 perfaz o de ICMS de R\$ 24.646,14.

Quanto ao mês de novembro de 2011, não restou comprovado que o pagamento do ICMS tenha sido realizado, pelo que fica mantida a exigência fiscal.

Voto pela procedência em parte da infração, no valor de R\$ 60.760,54.

A infração 02, decorre do recolhimento a menor do ICMS em razão da falta de recolhimento, na data regulamentar, da parcela não sujeita a dilação do prazo, perdendo o direito ao benefício em relação à parcela incentivada prevista pelo Programa DESENVOLVE, nos meses de fevereiro e dezembro de 2011.

Verifico que a infração relaciona-se com os valores lançados no livro Registro de Apuração do ICMS, relativo à “Dilação do Prazo ICMS AUTORIZADA PELA Resolução nº 186/2005 do Desenvolve, conforme art. 5º, § 2º do Decreto 8.205/02.”, livro de fls. 73 (fevereiro de 2011) e de fl. 113 (dezembro de 2011), nos valores respectivos de R\$ 30.753,85 e de R\$ 26.660,57.

O sujeito passivo comprovou que por meio do Decreto nº 12.645, de 24 de fevereiro de 2011, foi prorrogado o vencimento da parcela relativa ao mês de fevereiro, para o dia 10 de março de 2011, ocasião em que o recolhimento do ICMS fora efetuado. Assertiva que o próprio autuante acolheu.

Dessa forma, a infração permanece em parte, devendo ser exigido o valor relativo ao mês de dezembro de 2011, com ICMS de R\$ 26.956,80.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **279862.0012/14-1**, lavrado contra **AQUATUBOS INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PLÁSTICOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 87.717,34**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei n.º 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de setembro de 2015.

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – RELATORA

JOÃO VICENTE COSTA NETO - JULGADOR

TOLSTOI SEARA NOLASCO - JULGADOR