

PROCESSO - A. I. Nº 207090.3005/16-8
RECORRENTE - BRP COMPOSTOS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0061-03/17
ORIGEM - INFAZ INDÚSTRIA
INTERNET - PUBLICAÇÃO: 20/12/2017

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO CJF Nº 0414-12/17

EMENTA: ICMS. BENEFÍCIO FISCAL. PROGRAMA DESENVOLVE. PERDA DO DIREITO AO BENEFÍCIO. Conforme jurisprudência mansa e pacífica do CONSEF, a falta de recolhimento, na data regulamentar, da parcela não sujeita a dilação do prazo, resultou na perda do direito ao benefício em relação à parcela incentivada prevista pelo Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – Desenvolve. Afastada preliminar de nulidade aduzida. Não acolhido pedido de redução da multa. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de Recurso Voluntário interposto pela autuada em razão do Acórdão 3ª JJF Nº 0061-03/17, que julgou Procedente o Auto de Infração nº 207090.3005/16-8, lavrado em 27/09/2016, para exigir ICMS no valor histórico de R\$964.576,75, em razão da irregularidade descrita a seguir.

INFRAÇÃO 01: 03.08.03 - recolhimento a menos do ICMS em razão da falta de recolhimento em data regulamentar da parcela não sujeita a dilação de prazo, perdendo o direito ao benefício em relação a parcela incentivada prevista pelo Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia - Desenvolve, nos meses de fevereiro, março, abril, junho e julho de 2014.

A 3ª Junta de Julgamento Fiscal (JJF) apreciou a lide no dia de 05/04/2017 (fls. 135 a 144) e decidiu pela Procedência, por unanimidade. O acórdão foi fundamentado nos seguintes termos:

“VOTO

Preliminarmente, o defendente arguiu nulidade alegando que o lançamento fiscal limitou-se a capitular a infração supostamente cometida, de forma genérica, consignando dispositivos legais relativos a obrigações comuns a todos os contribuintes que se beneficiam do programa Desenvolve, indicando enquadramento genérico. Disse que tanto a descrição fática, quanto o fundamento são insuficientes para identificar os motivos da autuação, verificando-se latente, a afronta aos princípios e critérios do processo administrativo fiscal tais como, legalidade, motivação, ampla defesa, contraditório e segurança jurídica.

Examinando estas alegações defensivas, constato que não podem prosperar, pois a descrição do fato, a fundamentação legal e a planilha demonstrativa do valor devido constante no auto de infração, não deixam qualquer dúvida sobre a motivação da autuação: recolhimento intempestivo do ICMS relativamente à parcela não sujeita à dilação de prazo, tendo como consequência a perda deste direito em relação à parcela incentivada, nos meses em que ocorreu este fato.

Da análise dos elementos constantes dos autos constato que, em momento algum, o autuado ficou impedido de exercer a ampla defesa e o contraditório, pois na lavratura do Auto de Infração foi devidamente cumprido o disposto no artigo 39, do RPAF/99, com a entrega ao sujeito passivo dos papéis de trabalho que originaram o lançamento tributário. Vejo que o procedimento fiscal foi realizado atendendo as orientações legais, tendo a exigência fiscal ocorrido de forma correta.

A autoridade administrativa constituiu o crédito tributário verificando e registrando a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinou a matéria tributável, calculou o montante do tributo devido, identificou o sujeito passivo e, propôs a aplicação da penalidade cabível, tudo em absoluta consonância com o art. 142 do CTN.

O defendente disse ainda, que embora a autuação se dê com base no fundamento de que teria deixado de recolher o ICMS no dia 09 do mês subsequente, o auto de infração, em nenhum momento, aponta a base legal para a exigência do ICMS da parcela não incentivada nesta data.

A respeito do prazo para recolhimento do imposto, assim dispõe a norma, nos termos do art. 332 do RICMS/2012, in verbis:

Art. 332. O recolhimento do ICMS será feito:

I - até o dia 9 do mês subsequente:

a) ao da ocorrência dos fatos geradores, tratando-se de contribuintes sujeitos ao regime de conta-corrente fiscal de apuração do imposto;

Analizando as razões defensivas, observo que o próprio autuado possui plena consciência sobre a data para cumprimento dessa obrigação. É o que se depreende de sua impugnação quando registra: “... Em alguns meses (fevereiro, março, abril, junho e julho) a Impugnante realizou o pagamento do ICMS não incentivado após o vencimento, todavia, sempre realizou o pagamento de forma integral e com acréscimos moratórios, antes mesmo de qualquer ação por parte da fiscalização...” (grifo nosso). Claro está, portanto, que o defendente conhecia perfeitamente a data de vencimento desta obrigação. Assim, não acato a referida alegação.

No presente caso, não foi identificada qualquer violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer princípios de Direito Administrativo ou Tributário, em especial os do Processo Administrativo Fiscal, tendo sido observado o direito à ampla defesa e ao contraditório. Não verifico dessa forma, qualquer dos pressupostos de nulidade elencados no art. 18 do RPAF/99.

O defendente solicitou que, caso se entenda necessário, fosse determinada diligência fiscal, para comprovar os fatos que descreveu na defesa ou para contraditar as alegações que eventualmente sejam feitas.

Em relação à solicitação de diligência, cabe, de plano, consignar que a entendo desnecessária. Os elementos existentes no processo são suficientes para a formação do convencimento dos julgadores, cabendo ao autuado demonstrar suas alegações, sendo inadmissível realização de diligência, com objetivo de contraditar as alegações defensivas. Observo que a prova necessária e suficiente para ilidir a acusação fiscal é a comprovação dos respectivos recolhimentos do imposto no prazo regulamentar, o que o autuado não fez. Portanto, fica indeferido o pedido de diligência com fulcro no art. 147, I, “a”, do RPAF/99.

No mérito, o sujeito passivo foi autuado por ter realizado o recolhimento a menos do ICMS, em razão da falta de pagamento em data regulamentar, da parcela não sujeita a dilação de prazo, perdendo o direito ao benefício em relação a parcela incentivada prevista pelo Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia - Desenvolve.

O defendente realizou o recolhimento do ICMS referente à parcela não incentivada, nos meses de: fevereiro de 2014, em 24 de abril de 2014; março de 2014 em 28 de abril de 2014; abril de 2014, em 20 de maio de 2014; junho de 2014, em 24 de julho de 2014; julho de 2014, no dia 03 de setembro de 2014, portanto, descumpriu o prazo regulamentar que determina que o recolhimento do ICMS referente a parcela não incentivada, como no caso em análise, deve ocorrer no dia 09 do mês subsequente à data de ocorrência do fato gerador.

O Programa DESENVOLVE incentiva a instalação de novos empreendimentos industriais ou agroindustriais e a expansão, reativação ou modernização de empreendimentos industriais ou agroindustriais já instalados, concedendo alguns benefícios, tais como dilação de prazo de 72 meses para o pagamento de 90%, 80% ou 70% do saldo devedor mensal do ICMS; diferimento do ICMS na aquisição de bens destinados ao ativo fixo e diferimento na aquisição interna de insumos.

No presente caso, para o deslinde da questão, cumpre analisar a redação do artigo 18 do Decreto nº 8.205/2002, que instituiu o benefício fiscal do DESENVOLVE:

Art. 18. 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.

Pela leitura do artigo acima transcrito, a determinação legal contida no Decreto nº 8.205/02 que regulamenta o benefício fiscal do DESENVOLVE é expressa ao determinar que, caso o contribuinte não recolha no prazo regulamentar a parcela mensal não incentivada, perderá o benefício fiscal naquele mês.

Observo que o autuado não nega que efetuou o recolhimento do ICMS em atraso, no que tange a parcela não sujeita a dilação do prazo. Centrou sua defesa, no argumento de que teria realizado os referidos recolhimentos, embora intempestivos, de forma voluntária, acrescidos de juros moratórios, antes de qualquer ato de fiscalização. Apresentou entendimento de que havendo o pagamento do imposto, com o acréscimo dos encargos de mora, seria caso de denúncia espontânea, evocando os efeitos jurídicos deste instituto, afirmando não ser legítima a aplicação de penalidade de perda do benefício naquele mês, descabendo a incidência do art. 18 citado anteriormente.

Neste sentido, citou voto proferido no Conselho de Fazenda Estadual, reproduzindo trecho referente a julgamento do A.I. nº 148714.0041/12-1, no âmbito da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal.

Analizando a alegação defensiva, verifico que a referida Decisão foi reformada, sendo provido o Recurso de Ofício, conforme CJP-0273-11/15 da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal.

Vale ressaltar por importante, o Parecer da PGE/PROFIS considerado naquele julgamento, para o não acolhimento da tese de denúncia espontânea, instituto do qual se socorre o autuado neste processo.

Nesta senda, com a finalidade de melhor esclarecer a questão em comento, transcrevo o Parecer da PGE/PROFIS da lavra do n. Procurador do Estado Dr. José Augusto Martins Júnior constante no Auto de Infração nº 295309.0091/12-3, com o qual alinho integralmente meu entendimento:

"... o deslinde da presente controvérsia, a nosso sentir, passa apenas pela análise da existência ou não da denúncia espontânea nas hipóteses de não recolhimento no imposto não dilatado no benefício do Desenvolve.

Pois bem, diferentemente do aduzido no apelo voluntário, que trouxe a baila posicionamento de minha lavra que, de forma aparente, apoiaria sua tese recursal, não merece suporte, pois produziu em contexto legal diferenciado, quando existia ainda a possibilidade de purgação de mora pelo contribuinte.

Ou seja, até o ano de 2008, possibilitava-se com amparo no Decreto Regulamentar do Desenvolve, uma espécie de purgação de mora, com efeitos semelhantes a um arrependimento eficaz ou denúncia espontânea, em que não se operaria a perda do benefício, após um período intermediário de suspensão da benesse.

Após o Decreto nº 11.167/08, efeitos a partir de 09/08/08, esta situação deixou de existir, sendo de consumação automática a infração e, de forma concomitante, o efeito da perda do benefício, benesse esta de índole condicionada.

Aliás, tem absoluta lógica a mudança da legislação, pois a possibilidade de purgação de mora outrora existente esvaziava completamente a eficácia do cumprimento dos requisitos para gozo do benefício.

Ademais, calha apontar, o benefício do desenvolve, por ser um incentivo de índole tributária/financeiro, não se amolda a idéia da denúncia espontânea, pois o pagamento na mesma, seria do imposto devido, que compreenderia o pagamento do 100% do imposto, ou seja, do imposto normal e postergado, pois o tributo dilatado e normal, fazem parte do termo "imposto devido".

Neste passo, o pagamento do imposto devido, a meu sentir, deveria ser não somente do imposto normal, mais do imposto total, sem a dilatação, por se tratar a postergação dum simples incentivo financeiro.

Neste sentido, comungo integralmente com a Decisão de piso no sentido da inaplicabilidade da denúncia espontânea do caso em epígrafe.

Cumpra observar que os Acórdãos trazidos em primeira instância, embora digam respeito a presente matéria, foram proferidos antes da alteração da redação do art. 18, trazida pelo Decreto nº 11.167/2008, com efeitos a partir de 09/08/08, que como dito prevê expressamente que deve ser observada a data regulamentar.

Os fatos geradores do presente auto referem-se aos exercícios de janeiro de 2009 a agosto de 2010, razão pela qual a redação anterior da legislação torna-se inaplicável ao caso em tela.

Data máxima vênua, as duas decisões que embasaram a Decisão de piso constituem posições antigas e isoladas, que não se alinham com entendimento adotado por este CONSEF.

Assim, considerando a previsão atual do art. 18, do Decreto nº 8.502/02, as decisões deste Conselho vêm sendo pela imediata perda do incentivo mensal, conforme Acórdãos nos 0209-11/13, 0064-13/13; 0424-13/13; 0042-11/14, 0215-13/12, 0223-11/13, 0292-13/13, 0369-11/13, 0393-12/13, inclusive da própria 2ª CJP, à exemplo dos Acórdãos nos 0044-12/14, 0329-12/12, 0046-12/13, 0104-12/14.

Desta forma, mesmo que o sujeito passivo tenha recolhido o imposto da parcela não incentivada antes da ação fiscal, porém após a data regularmente prevista para o seu pagamento, a legislação determina a aplicação da sanção para a não fruição do benefício da dilação do prazo de pagamento da parcela incentivada no respectivo mês..."

O autuado aduziu que haveria equívocos no levantamento fiscal, sob a alegação de que os Auditores consideraram o valor de ICMS conforme operações totais da empresa e embora tenham abatido os valores pagos extemporaneamente, não acrescentaram o cômputo dos créditos totais do estabelecimento, mantendo o estorno realizado em razão do cálculo da parcela do Desenvolve, contrariando o princípio da não-cumulatividade. Arguiu ainda, que os valores foram pagos com o acréscimo dos encargos de mora, e que estes valores, devem também, ser abatidos do quantum devido.

Analizando o levantamento fiscal fl. 14, vejo que os autuantes, a partir do valor total do ICMS devido apurado

mensalmente, pelo próprio autuado (coluna Valor Apurado), e constantes de sua DMA, fls. 26/30, abateram o valor recolhido a título de ICMS Normal, código 806 e a título do ICMS incentivado, Código 2167, chegando dessa forma ao montante exigido no lançamento fiscal.

Saliento que conforme o multicitado art. 18 do Decreto nº 8.205/2002, com a perda do benefício do diferimento, o valor do ICMS devido é aquele apurado conforme conta-corrente do contribuinte sob o regime normal de apuração. Assim, neste valor, se corretamente apurado, (já que não foi alvo da presente ação fiscal), já se encontram incluídos todas as importâncias referentes a débitos e créditos do mês, a que faz jus o sujeito passivo. Considerando que os autuantes para elaboração do citado demonstrativo, partiram do valor apurado pelo próprio defendente, carece de lógica tal alegação, posto que não foi apontado, onde ele próprio teria cometido equívocos que merecessem ajustes. Portanto, entendo que não foi constatada a necessidade de qualquer reparo nos cálculos do levantamento fiscal, visto que elaborado em consonância com a lei.

De igual forma, os valores recolhidos pelo defendente, a título de atualização monetária, quando pagou o ICMS com atraso, não podem ser abatidos dos valores ora exigidos como quer o autuado, considerando que o lançamento agora realizado excluiu o valor pago a destempo.

Verifico, por conseguinte, que o benefício concedido pelo Programa DESENVOLVE quanto ao prazo dilatado da parcela do ICMS, é condicionado, no presente caso, ao pagamento na data regulamentar do ICMS não dilatado. Assim, ainda que o sujeito passivo tenha efetuado o pagamento da parcela não dilatada, posteriormente ao vencimento, quando a data era o dia 09 do mês subsequente ao da apuração, não faz jus a dilação de 90% (noventa por cento) do saldo devedor mensal do ICMS, sendo exigido, pois, todo o montante escriturado, conforme demonstrado às fls.14 do PAF.

No que diz respeito às multas e juros, estão legalmente previstas na legislação tributária estadual, e quanto à alegação de inconstitucionalidade dos atos normativos ou leis estaduais, cabe consignar que este órgão não tem competência para afastar a aplicabilidade da Legislação Tributária Estadual, assim como não lhe cabe competência para decretar a inconstitucionalidade de seus dispositivos, em conformidade com o art. 167, I do RPAF/BA.

Em relação à alegação da defesa, de inconstitucionalidade do percentual da multa aplicada de 60%, visto que a mesma foi fixada em patamares que tornam sua cobrança confiscatória, verifico que não pode ser acatada. Observo que a sua aplicação pelo descumprimento da obrigação principal neste processo é prevista em dispositivo legal, sendo que as alegações concernentes ao seu caráter confiscatório não devem ser apreciadas, em face do disposto no artigo 167, inciso I, do RPAF/99.

O autuado solicitou que as intimações, referentes ao presente processo administrativo, sejam encaminhadas por Carta AR ao endereço da empresa, qual seja: BR PLÁSTICOS INDÚSTRIA LTDA., pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob o nº 87.963.815/0001-54, com sede na Av. Severo Dullius nº 1.395, 6º andar, Bairro São João, CEP 90.200-310, POA, RS. Registro que não há impedimento para que tal providência seja tomada. Porém, observo que de acordo com o art. 26, inciso II do RPAF/99, a intimação deve ser efetuada por escrito, endereçada ao contribuinte, seu preposto ou responsável e a forma de intimação e ciência da tramitação de processos ao sujeito passivo se encontra prevista nos artigos 108 e 109 do RPAF/99, inexistindo qualquer irregularidade se a intimação for endereçada diretamente ao contribuinte.

Assim, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração."

Inconformado, com fundamento no art. 169, I, "b" do Decreto nº 7.629/1999 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia), a empresa BR Plásticos Ltda (sucessora da empresa autuada) interpôs Recurso Voluntário às fls. 156 a 180, mediante o qual aduz as seguintes razões.

Explica, inicialmente, que sempre realizou duas apurações e dois recolhimentos de ICMS, um em relação à parte incentivada do Desenvolve, e o outro em relação à apuração normal. Referindo-se à autuação, afirma que o valor exigido decorre da falta de recolhimento na data regulamentar da parcela não incentivada, o que acarretaria a perda do benefício da parcela incentivada e a consequente exigência do imposto sobre o total apurado.

Não nega o pagamento em atraso, mas argumenta que efetuou o pagamento de todas as parcelas, com os acréscimos correspondentes aos encargos moratórios, antes de iniciado qualquer procedimento fiscalizatório por parte da SEFAZ/BA.

Assim, entende que não pode ser apenada com a perda do benefício no mês, pois considera a medida desproporcional, que a equipara aos demais contribuintes que não fizeram nenhum recolhimento, já que o débito lançado teve atualização moratória e foi acrescido de multa de 60%, elevando o valor consolidado de R\$964.576,75 para R\$1.825.293,73.

Preliminarmente, suscita a nulidade do lançamento por não conter os requisitos essenciais definidos na legislação, o que dificultou o exercício do seu direito de defesa. Nesse sentido, argumenta que o auto de infração não lhe permitiu identificar as exatas infrações que ensejaram a sua lavratura. Explica que a peça inaugural do lançamento, ao indicar a origem do crédito tributário, limitou-se a aduzir vagas assertivas, não ultrapassando a mera narrativa dos fatos, sem qualquer justificativa pormenorizada da forma como foi imputado o respectivo crédito, já que apenas mencionou que a Recorrente não teria recolhido os valores lançados no Livro RAICMS 2014, e apresentado planilha com a relação dos valores pagos para abatimento do ICMS devido nos meses indicados. Afirma que o lançamento limitou-se a capitular a infração imputada de forma genérica, consignando dispositivos legais comuns a todos os contribuintes que se beneficiam do Programa Desenvolve.

Alega que, tanto pela descrição fática insuficiente para identificar a conduta atribuída, quanto para fundamentar a lavratura do auto de infração, verifica-se latente afronta aos princípios e critérios do processo administrativo fiscal, tais como legalidade, motivação, ampla defesa, contraditório e segurança jurídica, por inobservância ao disposto no art. 142 do CTN, o que resultaria em flagrante nulidade do presente lançamento fiscal.

Referindo-se à decisão de piso, alega que o fato de o autuado ter consciência da data para o cumprimento da obrigação tributária não saneia o vício incorrido de ausência de capitulação legal, pois se trata de elemento prévio que em nada interfere na formação dos requisitos formais para validação da exigência fiscal.

Conclui, assim, que o presente auto de infração deve ser declarado nulo, em face de não ter cumprido os requisitos de validade previstos no art. 202 do CTN, o que resvalaria para ofensa à ampla defesa e ao contraditório, pois impediu o sujeito passivo de utilizar-se dos mecanismos de defesa, na busca do afastamento da exigência tributária.

Ainda em sede de preliminar, suscita a nulidade do lançamento por insuficiência da capitulação legal. Argumenta que, embora a autuação tenha se pautado na falta de recolhimento do ICMS não dilatado, o auto de infração não aponta, em momento nenhum, a base legal para a exigência do ICMS da parcela não incentivada no dia 09 do mês subsequente. Reitera que a ciência do sujeito passivo quanto à data de vencimento não convalida o lançamento uma vez que tal elemento é anterior ao lançamento e o conhecimento da legislação não retira o dever da administração em observar todos os requisitos para realizar a exigência fiscal.

Ademais, considerando que o contribuinte realizou o recolhimento, com os acréscimos legais devidos, afirma que não há de se cogitar de infração material já que esta somente se caracteriza quando acarreta lesão aos cofres públicos, o não se verificou no presente caso. Dessa forma, entende que exigir a integralidade do imposto à empresa Recorrente representa clara tentativa de locupletamento do Estado, na medida em que a regularização do pagamento ocorreu antes mesmo da ação fiscal.

No mérito, ressalta, mais uma vez, que sempre realizou duas apurações e dois recolhimentos de ICMS, um em relação à parte incentivada do Desenvolve, e o outro em relação à apuração normal. Afirma que o valor exigido decorre da falta de recolhimento na data regulamentar da parcela não incentivada, o que acarretaria a perda do benefício da parcela incentivada e a consequente exigência do imposto sobre o total apurado.

Alega, contudo, que descabe a presente autuação, pois efetivou todos os pagamentos devidos, antes mesmo do início da ação fiscal. Para comprovação do quanto alegado, acosta planilha, relacionando todos os meses autuados, bem como os valores pagos, com os acréscimos e a sua respectiva data.

Defende que não faz sentido impor penalidade material já que o objetivo da norma foi cumprido, na medida em que a quitação do tributo se deu com todos os acréscimos, sem qualquer dano ao erário. Ressalta que não é possível imputar penalidade de R\$964.576,75 em razão do atraso no

pagamento de um valor de R\$159.668,82, pois tal atitude viola o princípio da proporcionalidade. Em apoio ao seu ponto de vista, reproduz trecho de voto proferido pela 1ª CJF, no julgamento do Auto de Infração nº 148714.0041/12-1.

Ainda referindo-se ao princípio da proporcionalidade, alega que a imposição de perda integral do benefício fiscal é medida desproporcional e desarrazoada e vai contra o objetivo do desenvolve, que foi criado para possibilitar o incremento do setor produtivo, possibilitando que os contribuintes investissem, em suas atividades, parcelas do ICMS que fica diferido.

Ademais, argumenta que a Lei 9.784/99, no caput do seu art. 2º, contém enunciado expresse quanto à aplicação dos princípios que regem a administração pública federal, aplicados subsidiariamente no âmbito estadual.

Caso não acolhidas as legações recursais postas acima, pede, o contribuinte, que sejam considerados os créditos referentes à apuração do Desenvolve, os quais foram estornados pela fiscalização, aspecto que não foi atentado pela decisão de piso. Nesse sentido, explica que, no cálculo do ICMS, houve estorno dos créditos referentes à parcela incentivada, medida este que é uma imposição da regulamentação do benefício. Pede o recálculo em homenagem ao princípio da não cumulatividade.

Entende, assim, que a empresa Recorrente tem direito ao crédito integral de ICMS das entradas registradas, devendo ser desconsiderado o estorno exigido pelo Desenvolve. Argumenta que tal distorção decorre do fato de que foi desconsiderada a apuração de ICMS feita pela empresa, em que houve o estorno de créditos, os quais devem, segundo defende, ser contabilizados na medida em que se está exigindo o imposto integral das saídas.

Pede, ainda, o sujeito passivo que os valores pagos a títulos de encargos de mora sejam abatidos do débito lançado no auto de infração. Anexa planilha à folha 177 para evidenciar o que alega.

Finalmente, a empresa Recorrente requer a redução da multa imposta a patamares razoáveis, tendo em vista o seu caráter confiscatório.

Termos em que, pede deferimento.

VOTO

Quanto à alegação de nulidade da decisão de piso, ao fundamento de que o lançamento não cumprira os requisitos de validade, penso que não assiste razão ao sujeito passivo, pois o auto de infração descreveu adequadamente a conduta infratora como *“recolheu a menor o ICMS em razão da falta de recolhimento, na data regulamentar da parcela não sujeita a dilação de prazo, ...”*. Complementarmente, constam, da descrição da infração, informações detalhadas acerca dos fatos que ensejaram o lançamento, tendo sido informado que o contribuinte não recolheu, no dia 09, os valores de ICMS apurados em seu livro RAICMS, oferecendo todos os elementos para que a empresa Recorrente pudesse saber do que está sendo acusada, restando atendido o requisito previsto no art. 39, inciso III do RPAF.

Quanto à capitulação legal, a peça inaugural do lançamento traz, em seu corpo, a referência aos artigos 37 e 38 da Lei 7.014/96, além dos artigos 4º e 18 do Decreto Desenvolve (Decr. 8.205/02), este último contendo regra específica descumprida na situação narrada nos autos.

Ademais, a indicação do dispositivo regulamentar supre a menção ao dispositivo de lei, pois a descrição detalhada dos fatos não deixou qualquer dúvida acerca da norma descumprida, conforme prevê o art. 19 do RPAF, abaixo reproduzido

“Art. 19. A indicação de dispositivo regulamentar equivale à menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente, não implicando nulidade o erro da indicação, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal.”

Assim, rejeito as alegações de nulidades suscitadas pelo sujeito passivo.

Quanto ao mérito, o auto de infração acusa o contribuinte de “*recolheu a menor o ICMS em razão da falta de recolhimento, na data regulamentar da parcela não sujeita a dilação de prazo, ...*”. Embora não negue que tenha incorrido em atraso dos pagamentos apontados pelo autuante, a Recorrente se opõe ao lançamento, tendo alegado que quitou todos os valores devidos, com juros e atualização monetária, antes mesmo do início da ação fiscal, o que elidiria a presente exigência. Argumenta que a perda do benefício traduz-se numa sanção por demais severa e desproporcional à falta incorrida pela empresa, já que não causou qualquer prejuízo ao erário.

A questão cinge-se, como se vê, à interpretação da norma contida no art. 18 do Decreto 8.205/02, que regulamentou o favor fiscal do Desenvolve, do qual a empresa é beneficiária, abaixo reproduzido.

*“Art. 18 - 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 (grifos acrescidos).
...”*

A leitura do dispositivo regulamentar acima reproduzido não enseja qualquer dúvida, pois a quitação da parcela não dilatada afigura-se como uma condição para que as empresas beneficiárias possam desfrutar do benefício fiscal instituído. A perda do benefício no mês constitui-se, portanto, em consequência direta do descumprimento da regra prevista no artigo citado, em obediência à norma contida no art. 38 da Lei nº 7.014/96, abaixo reproduzido.

“Art. 38. Quando o reconhecimento do benefício do imposto depender de condição, não sendo esta satisfeita, o imposto será considerado devido no momento em que ocorreu a operação ou prestação.”

Esse efeito imediato da falta de recolhimento no prazo não pode ser encarado, assim, como uma sanção, muito menos pode ser interpretado como algo desproporcional ao prejuízo imposto pela conduta infratora, mas apenas como o “restabelecimento do regime normal de apuração”, aplicável a todos os demais contribuintes que não gozam do benefício fiscal aludido. O que soa danoso, à empresa, decorre diretamente da grandeza do benefício fiscal de que desfruta, pois muito pouco lhe afetaria se o benefício desfrutado fosse, por exemplo, dilação de apenas 10% do ICMS apurado. De fato, nessa hipótese, o “restabelecimento do regime normal de apuração” repercutiria em uma elevação de apenas 11% do imposto devido, e não 900%, como foi o caso.

Ora, a dimensão do benefício desfrutado é somente mais uma razão para que o contribuinte zele pela pontualidade dos seus pagamentos, cuidando para que tal montante não deixe de ser recolhido na data regulamentar.

Diferentemente do que afirmou o sujeito passivo, a jurisprudência deste CONSEF é mansa e pacífica nesse sentido, conforme comprovam as ementas abaixo da 1ª CJF.

“1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0251-11/15

EMENTA: ICMS. BENEFÍCIO FISCAL. PROGRAMA DESENVOLVE. RECOLHIMENTO FORA DO PRAZO DA PARCELA NÃO DILATADA. PERDA DO BENEFÍCIO EM RELAÇÃO À PARCELA INCENTIVADA. VALOR DECLARADO NA DMA. Correto é o lançamento de ofício que exige a falta de recolhimento, na data regulamentar, de parcela não sujeita a dilação do prazo e que culminou na perda do direito ao benefício da parcela incentivada, nos termos do Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia - DESENVOLVE instituído na Lei nº 7.980/01. Resolução 47/2003 (revogada p/ Resolução 181/206). Não acolhido o pedido de encaminhamento do processo à Procuradoria do Estado para emissão de Parecer, tendo em vista que a matéria em discussão judicial não tem pertinência com a da exigência fiscal. Infração caracterizada. Afastadas as preliminares. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.”

“1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0312-11/15

EMENTA: ICMS. 1. PROGRAMA DESENVOLVE. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. ERRO NA APURAÇÃO. a) DA PARCELA NÃO SUJEITA AO BENEFÍCIO. Restou comprovado que não foram recolhidas no prazo regulamentar não sujeitas a dilação do prazo o que implica a perda do benefício em relação às

parcelas do ICMS sujeitas à dilação do prazo. Infração 1 caracterizada. ... Não acolhidas as arguições preliminares de nulidades. Negados os pedidos para a realização de nova diligência à ASTEC/CONSEF e de diligência ao Conselho Deliberativo do Desenvolve. Negado o pedido para a realização de perícias. Mantida a Decisão recorrida. Recursos NÃO PROVIDOS. Decisão unânime.”

“1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0314-11/14

EMENTA: ICMS. ... 4. PROGRAMA DESENVOLVE. PERDA DO BENEFÍCIO EM RELAÇÃO À PARCELA INCENTIVADA. RECOLHIMENTO EFETUADO A MENOS. Recolhimento do imposto efetuado a menos que o devido, em decorrência da falta de pagamento, na data regulamentar, das parcelas não sujeitas à dilação de prazo, acarretando a perda do direito ao benefício em relação às parcelas incentivadas. Não atendimento de requisito regulamentar para fruição do benefício. Mantido o lançamento. Não acolhido o pedido de cancelamento da multa por falta de previsão legal. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão não unânime.”

A 2ª CJF possui jurisprudência nessa mesma direção, conforme acórdãos abaixo.

“2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0182-12/16

EMENTA: ICMS. ... 4. PROGRAMA DESENVOLVE. FALTA DE PAGAMENTO NO PRAZO REGULAMENTAR DA PARCELA NÃO SUJEITA A DILAÇÃO DO PRAZO PARA PAGAMENTO. Comprovado que o autuado deixou de recolher o ICMS da parcela mensal não sujeita à dilação de prazo no período fiscalizado. Aplicação da regra prevista no art. 18 do Dec. 8.205/02. Perda do direito ao benefício da parcela incentivada em cada mês indicado na autuação, ainda que o imposto tenha sido pago posteriormente. Correto o procedimento fiscal. Infração subsistente. ... Não acolhidas as arguições de nulidade e indeferido o pedido de perícia. Acerto da Decisão da JJF. Mantida a Decisão recorrida. Recursos NÃO PROVIDOS. Decisão unânime.”

“2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0237-12/15

EMENTA: ICMS. PROGRAMA DESENVOLVE. PARCELA NÃO SUJEITA À DILAÇÃO DE PRAZO. FALTA DE RECOLHIMENTO OU RECOLHIMENTO A MENOS. SUSPENSÃO DO BENEFÍCIO FISCAL EM RELAÇÃO À PARCELA INCENTIVADA. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. A falta do recolhimento ou o recolhimento a menos do ICMS, na data regulamentar, da parcela não sujeita à dilação de prazo, acarreta a perda do direito ao benefício, no respectivo mês, em relação à parcela incentivada, em razão do não atendimento de requisito regulamentar para fruição do benefício. Razões recursais insuficientes para a reforma da Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.”

“2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0336-12/14

EMENTA: ICMS. ... 6. BENEFÍCIOS FISCAIS. DESENVOLVE. PERDA DO BENEFÍCIO RELATIVAMENTE À PARCELA INCENTIVADA, EM VIRTUDE DA FALTA DE PAGAMENTO, NA DATA REGULAMENTAR, DA PARCELA NÃO SUJEITA A DILAÇÃO DE PRAZO. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. Constitui requisito para fruição do benefício o pagamento, na data regulamentar, das parcelas não sujeitas à dilação de prazo. Se o tributo não é pago ou é pago fora do prazo, não é preenchido aquele requisito. Infração 11 não elidida. Rejeitada a preliminar de nulidade suscitada de ofício pelo relator, cujo voto foi vencido. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.”

A 3ª CJF possui entendimento que não destoia, conforme se pode constatar pela leitura da ementa abaixo.

“3ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0424-13/13

EMENTA: ICMS. 1. BENEFÍCIOS FISCAIS. DESENVOLVE. PERDA DO BENEFÍCIO RELATIVAMENTE À PARCELA INCENTIVADA, EM VIRTUDE DA FALTA DE PAGAMENTO, NA DATA REGULAMENTAR, DA PARCELA NÃO SUJEITA A DILAÇÃO DE PRAZO. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. Constitui requisito para fruição do benefício o pagamento, na data regulamentar, das parcelas não sujeitas à dilação de prazo. Se o tributo não é pago ou é pago fora do prazo, não é preenchido aquele requisito. Mantido o lançamento. ... Afastadas as preliminares de nulidade e a solicitação de diligência. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.”

Assim, é forçoso concluir que a conduta descrita na peça inaugural do lançamento constitui-se

em ilícito tributário, restando caracterizada a presente infração.

Quanto ao pedido subsidiário de se considerarem os créditos estornados, vejo que o levantamento fiscal já o fez, pois, dado que o recolhimento não aconteceu no prazo regulamentar, a autoridade fiscal recalculou o débito, sem qualquer segregação dos valores ligados ao Desenvolve, do que resultaram os valores objetos da presente autuação.

Não vejo, igualmente, como acolher o pedido de que sejam compensados os valores a título e atualização monetária, pois compuseram os valores não dilatados (desde a origem), os quais foram devidamente compensados no cálculo do imposto, conforme consta do demonstrativo de débito à folha 14 do auto de infração (vide coluna “V.RECOL 2.167”).

Quanto à alegação de confiscatoriedade da multa aplicada, ressalto que refoge à competência desse colegiado apreciação de arguição de inconstitucionalidade da norma posta, conforme dispõe o art. 167, inciso I do RPAF, abaixo reproduzido.

“Art. 167. Não se incluem na competência dos órgãos julgadores:

I - a declaração de inconstitucionalidade;
...”

Quanto ao pedido de redução da multa, destaco que o permissivo contido no § 7º do art. 42 da Lei nº 7.014/96 não contempla a hipótese dos autos, pois as multas aplicadas decorreram de descumprimento de obrigação principal, diferentemente do que prevê o dispositivo citado, conforme abaixo.

“Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

...”
§ 7º As multas por descumprimento de obrigações acessórias poderão ser reduzidas ou canceladas pelo órgão julgador administrativo, desde que fique comprovado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e não impliquem falta de recolhimento do imposto.

Do exposto, NEGÓ PROVIMENTO ao Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 207090.3005/16-8, lavrado contra **BRP COMPOSTOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$964.576,75**, acrescido da multa de 60% prevista no art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de novembro de 2017.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS