

A. I. N° - 207090.3005/16-8
AUTUADO - BRP COMPOSTOS LTDA
AUTUANTES - MARIA CÉLIA RICCIO FRANCO, MARIA CONSUELO PIRES BARROS e JOÃO RICARDO TERCEIRO E BARRETO
ORIGEM - INFAZ INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 12/04/2017

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0061-03/17

EMENTA: ICMS. BENEFÍCIO FISCAL. PROGRAMA DESENVOLVE. PERDA DO DIREITO AO BENEFÍCIO. 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. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 27/09/2016, atribui ao sujeito passivo o recolhimento a menos do ICMS no valor de R\$964.576,75, acrescido da multa de 60%, 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. (Infração 03.08.03). Contribuinte usuário de EFD, que usufrui dos benefícios do Dec.8205/02, conforme Resolução 179/2012, lançou em seu livro de Apuração do ICMS, valores devidos, não os tendo recolhido no dia 09 do mês subsequente sob o código de Receita 0806. Tais circunstâncias, nos termos do art. 18 do referido Decreto, ensejaram a perda do benefício, em relação a parcela incentivada, naqueles meses. Foi elaborado levantamento fiscal do DESENVOLVE - parcelas incentivadas -- pagamento em atraso, onde foi explicitado, mensalmente, quais os valores correspondentes ao ICMS apurado, abatendo-se deles, os valores recolhidos extemporaneamente - Código de Receita 0806 e também aqueles valores com código 2167, chegando-se ao imposto devido.

O autuado, através de advogado legalmente constituído, apresentou impugnação às folhas 41/65. Aduz a tempestividade da peça defensiva e impugna o lançamento de ofício, pelos fatos e fundamentos expostos a seguir.

Diz tratar-se de Impugnação ao Auto de Infração lavrado em razão de suposto recolhimento a menos de ICMS nos meses de fevereiro, março, abril, junho e julho de 2014. Afirmar ser beneficiária do Desenvolve, e neste sentido, realiza duas apurações e dois recolhimentos de ICMS, um em relação a parte incentivada e outro em relação a apuração normal. Explica que o valor aqui discutido seria decorrente da falta de recolhimento em data regulamentar, da parcela não incentivada, que não seria suscetível a dilação de prazo, o que acarretou ao contribuinte a perda de benefícios de parcela incentivada na forma do Programa de Desenvolvimento Industrial e Interação Econômica do Estado da Bahia.

Salienta que todos os pagamentos foram devidamente realizados e com os acréscimos que correspondem aos encargos moratórios. Entende que não pode ser penalizado com a perda do

benefício no mês, em medida desproporcional que o equipara a contribuintes que não fizeram nenhum recolhimento. Repete o valor do crédito tributário exigido.

Explica que em 10/10/2016, o representante da empresa foi intimado do lançamento por Carta AR, e, por não haver concordância com a autuação, em que pesem as razões trazidas Auto de Infração, apresenta Impugnação, com a fundamentação a seguir expendida.

Informa que o Auto de Infração foi lavrado contra a empresa BRP Compostos Ltda., com referência a suas operações do ano de 2014. No entanto, em 16/03/2016, a BRP Compostos Ltda. foi incorporada pela ora Impugnante, BR Plásticos Indústria Ltda., conforme constam dos documentos que anexa, devidamente registrados na Junta Comercial do Estado do Rio Grande do Sul (3ª Alteração Contratual da BR Plásticos Ltda.) e na Junta Comercial do Estado da Bahia (18ª Alteração Contratual da BRP Compostos Ltda.). Assim, nos termos do art. 132 do Código Tributário Nacional, a BR Plásticos Indústria Ltda. é responsável pelo débito lançado e tem capacidade para apresentar a Impugnação.

Em sede de preliminar, argui a nulidade do presente Auto de Infração. Entende que os autuante deixaram de atentar para as especificidades que lhe são atinentes, na medida em que não lhe permite identificar as exatas infrações que ensejaram a sua lavratura.

Assevera que o lançamento fiscal 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. Apenas mencionou que a Impugnante não teria recolhido no dia 09 dos meses subsequentes, os valores lançados no LRAICMS 2014, apresentando simples planilha do suposto batimento dos valores pagos para abatimentos ao ICMS devidos nos meses autuados, para o cômputo do valor a recolher de R\$964.576,75 que é o valor principal do Auto de Infração.

Afirma 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, realizando indicação de enquadramento genérico.

Diz que, tanto pela descrição fática insuficiente para identificar o fato, quanto para identificar a fundamentação do Auto de Lançamento ora vergastado, verifica-se latente a afronta aos princípios e critérios do processo administrativo fiscal tais como, legalidade, motivação, ampla defesa, contraditório e segurança jurídica.

Frisa que o lançamento não observou ao disposto no art. 142 do Código Tributário Nacional, pois não há como se verificar a ocorrência do fato gerador. Diz restar flagrante a nulidade do Auto de Infração, uma vez que não lhe permite defender-se de forma concreta e específica dos elementos que o constituíram em total afronta ao Princípio da Motivação, que rege o processo administrativo fiscal.

Conclui que o presente auto de infração é nulo, em face de não ter cumprido os requisitos de validade supracitados e previstos no artigo 202 do Código Tributário Nacional, ocorrendo ofensa à ampla defesa e ao contraditório, já que a impediu de ter utilizado com proveito, dos mecanismos de defesa na busca do afastamento do pretense crédito tributário.

Verifica que o Auto de Infração deixou de fundamentar as razões para a exigência do crédito tributário objeto do presente processo, impondo a sua cobrança de forma arbitrária e sem a devida fundamentação motivacional; o que impede o direito à ampla defesa e à instauração do contraditório, afrontando aos princípios que regem a Carta Constitucional.

Assevera que os referidos princípios do contraditório e da ampla defesa se encontram previstos no inciso LV, do artigo 5º da Constituição Federal.

Prossegue afirmando que, caso não se entenda pelo cancelamento do auto de infração em face da nulidade apontada, o mesmo deve ser cancelado por cobrar ICMS acrescido de multa,

desbordando do que determina a legislação, para casos como o tratado no presente processo administrativo.

Afirma que embora a autuação se dê com base no fundamento de que teria deixado de recolher o ICMS no dia 09 do mês subsequente, trazendo a incidência do art. 18 do Decreto 8.205/02, que prevê a perda do direito ao benefício em relação à parcela incentivada naquele mês, em nenhum momento, se aponta a base legal para a exigência do ICMS da parcela não incentivada nesta data. Entende que o Auto de infração não cumpre os requisitos legais mínimos exigidos na legislação do Estado da Bahia, em especial aos Princípios do art. 2º e as exigências do art. 39 do Decreto 7.629/1999, que trata especificamente do Processo Administrativo Fiscal.

Cogita sobre a inexistência de infração material, pois esta somente ocorreria quando se determine lesão aos cofres públicos. No presente caso, diz que isto não ocorreu, uma vez que apurou e recolheu o ICMS devido nas operações, de modo que jamais houve débito em aberto a ser perseguido pelo Fisco, vez que os pagamentos foram espontaneamente realizados, muito antes da lavratura do auto de infração, desta forma, jamais houve perda do direito aos benefícios do Desenvolve.

Ressalta a ausência de qualquer indicação da norma que refira prazo para pagamento do ICMS, bem como, diz comprovar o recolhimento dos valores devidos com encargos de mora, antes de qualquer procedimento de fiscalização, o que impede a penalização com a retirada dos benefícios, eis que não gerou qualquer tipo de dano ao Erário.

Argumenta que a cobrança do imposto ora discutido ensejará tentativa de locupletamento do Estado, com exigência da integralidade do ICMS desconsiderando os benefícios do Desenvolve, quando a empresa preenche todos os seus requisitos e realizou o recolhimento integral do ICMS devido, conforme a sua regulamentação, antes de qualquer procedimento pela fiscalização.

No mérito, para aprofundar a defesa deste ponto, tece alguns comentários acerca do Programa Desenvolve, a forma de concessão de benefícios às empresas contribuintes.

Comenta que as empresas que se enquadram no Desenvolve obtêm o diferimento de ICMS para pagamento de até 90% em até 72 meses. Diz ser o seu caso. Anota que no caso em tela, a Autoridade Fiscal está exigindo o ICMS sem o cômputo do Desenvolve, isto porque o ICMS não incentivado teria sido recolhido a destempo.

Entende que tal medida vai contra o objetivo para o qual o Programa foi instituído. Comenta ser agravante, o fato de ter realizado o pagamento da integralidade do ICMS devido. Sustenta que foi objeto de fiscalização em todo o ano de 2014 e o ICMS incentivado sempre foi pago integral e tempestivamente.

Argumenta que em alguns meses (fevereiro, março, abril, junho e julho) realizou o pagamento do ICMS não incentivado, após o vencimento, todavia, sempre o fez de forma integral e com acréscimos moratórios, antes de qualquer ação por parte da fiscalização. Apresenta planilha com os pagamentos de ICMS do período autuado, cujos comprovantes estão em anexo. Acrescenta demonstrativo com as ocorrências e datas de recolhimento do ICMS não incentivado para comprovar que pagou com acréscimo moratório.

Assegura que o objetivo da norma foi cumprido e não há de se falar na imposição de penalidade material e desconsideração dos benefícios do Desenvolve. Assim, pelo pagamento com acréscimos moratórios e antes de qualquer ato da fiscalização, entende restar demonstrada a ausência de danos ao Erário e a desproporcionalidade da medida punitiva do art. 18 do Decreto 8.205/2002.

Neste sentido, cita voto proferido no Conselho de Fazenda Estadual, como no trecho que reproduz referente a julgamento do A.I. nº 148714.0041/12-1, na âmbito da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal. Assevera que havendo o pagamento pelo contribuinte com o acréscimo dos encargos de

mora, não haveria de ser cogitada a aplicação de penalidade de perda do benefício naquele mês, não trazendo a incidência da norma do art. 18 do Decreto nº 8.205/2002.

Frisa ser este o caso discutido neste auto de infração, pois não deixou de recolher o ICMS devido aos cofres públicos, e não houve ausência de lançamento contábil de valores e nem divergências apontadas pelo Auditor.

Apresenta entendimento de que o lançamento de ofício está em total desacordo com a sistemática de concessão do benefício do Desenvolve e com a aplicação de penalidades por infração a normas tributárias, pois no momento da fiscalização não havia débito em aberto a serem perseguidos, para imputar o cancelamento do benefício nos respectivos meses, motivo pelo qual, requer seja provida a presente impugnação e, por consequente, seja determinado o cancelamento integral do auto de lançamento, bem como, dos juros e da multa.

Diz ser a proporcionalidade uma cláusula imanente à ideia de direito, por conseguinte, é considerado como cláusula pétrea no nosso sistema jurídico brasileiro, face ao enquadramento do mesmo como um dos direitos fundamentais previsto no artigo 5.º da Constituição Federal de 1988. Sobre o tema cita Aristóteles, excerto do acórdão proferido pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, sob a relatoria do Ministro Celso de Mello, ensinamentos do jurista Carlos Roberto Siqueira Castro.

Comenta que a dificuldade que subsiste, consiste na aplicação destes princípios em um caso concreto. Para tanto, a doutrina e a jurisprudência fixam três subprincípios inerentes à proporcionalidade, como premissas a serem observadas: de que o ato seja adequado, necessário e proporcional. Reproduz dizeres de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, na perquirição da razoabilidade ou da proporcionalidade.

Argumenta que a convalidação da aplicação de tal penalidade não deve lograr, haja vista que são notórios os prejuízos que a exclusão irá causar para o próprio fisco, para si e para a própria sociedade.

Diz que o Programa de Incentivos foi criado para possibilitar o incremento do setor produtivo, possibilitando que os contribuintes investissem em suas atividades parcelas do ICMS que fica diferido e pode ser antecipado com descontos. Assim, pergunta se seria crível a aplicação de penalidade a empresa, com exigência do ICMS integral, com perda dos benefícios do Desenvolve, em razão de pagamento realizado fora do prazo legal, mas com o acréscimo dos encargos moratórios. Conclui que tal medida é desproporcional e desarrazoada e vai contra o objetivo do Desenvolve, pois retira a possibilidade de investimentos do contribuinte.

Anota que a lei n.º 9.784/99, no seu artigo 2.º, *caput*, bem como no seu parágrafo único, incisos VI e XIII, contém enunciados expressos quanto à aplicação dos princípios que regem a administração pública federal, que tem aplicação subsidiária na administração pública estadual. Assegura que esta autuação afronta a qualquer juízo de justiça é tão exacerbado, que aflora a indignação interna de qualquer pessoa, frente à injustiça cometida, sendo, destarte, descabido de qualquer razoabilidade/proporcionalidade e, portanto, deve ser cancelado o auto de infração impugnado.

Subsidiariamente, aduz que a defesa apresenta fundamentos para a redução do principal e da multa exigidos, por cautela, sempre confiando na procedência da tese principal que demonstra o efetivo recolhimento do ICMS devido, conforme estipulado pelo Desenvolve, bem como, pagamento dos encargos de mora, não havendo danos ao Erário. Discorre sobre o Programa DESENVOLVE.

Afirma que os Auditores calcularam o valor de ICMS sobre as operações totais da empresa e realizaram o abatimento das parcelas beneficiadas pelo Programa (tempestivamente recolhidas), bem como, daquelas de ICMS do conta corrente (código de receita 0806), que foram pagas extemporaneamente, todavia não realizaram o cômputo dos créditos totais da empresa, mantendo o estorno realizado em razão do Desenvolve. Assim, conclui que o princípio da não

cumulatividade resta violado. Sobre a não-cumulatividade, reproduz o inciso I do parágrafo 2º do art. 155 da Constituição Federal.

Argumenta que em que pese a exigência não merecer prosperar, é importante mencionar que tem direito ao crédito integral de ICMS das entradas registradas, devendo ser desconsiderado o externo exigido pelo Desenvolve. Entende que não pode ser exigido novamente o ICMS integral da saída, se o crédito pelas entradas não for considerado de forma integral, sob pena de verdadeiro enriquecimento ilícito do Estado, onde o mesmo Ente Político está exigindo o estorno de crédito para outorgar benefício que depois desconsidera, mas não repõe aquele crédito cuja renúncia foi imposta ao contribuinte.

Observa que o ICMS ora exigido foi pago com os acréscimos monetários e os encargos de mora e estes valores foram desconsiderados pela Fiscalização. Elabora quadro resumo descrevendo tais valores. Assim, diz que subsidiariamente, caso persista a infração e a exigência do ICMS, também por este motivo, deve ser realizado o recálculo do valor devido, eis que o valor exigido não estaria correto.

Argui confiscatoriedade da multa em apreço e requer que, ao menos, seja reduzida para patamares proporcionais à gravosidade da sua conduta. Sobre o tema cita o magistério do Prof. Hugo de Brito Machado. Reproduz acórdão de decisão do Supremo Tribunal Federal, que já teria decidido, em sede de ação declaratória de inconstitucionalidade, que a desproporção entre o tributo e sua consequência, a multa, evidencia seu caráter confiscatório, atentando contra o direito de propriedade do contribuinte. A respeito da matéria, reproduz ainda, os ensinamentos de Leandro Paulsen, no sentido de que, nesses casos, não há impedimento algum para que se reduza a patamares razoáveis. Cita Sacha Calmon.

Diante da configuração do confisco e o desrespeito à capacidade contributiva e ao direito de propriedade, requer que a multa aplicada no percentual de 60% seja reduzida a patamares razoáveis, tendo em vista que não há impedimento algum, no ordenamento jurídico, a que se reduza multa excessiva.

Requer seja acolhida sua impugnação para fins de que: (i) em sede de preliminar, seja declarado nulo o Auto de Infração, por ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa; (ii) no mérito, seja cancelado de forma integral o auto de infração, bem como, juros e multa impostos, em razão da ausência de danos ao erário e ser desproporcional e desarrazoada a penalidade imposta ao contribuinte; (iii) subsidiariamente, caso não sejam acolhidos os pedidos anteriores, seja cancelado parcialmente o auto de infração, bem como os juros e a multa, referente a meses de apuração, pois a autuação desconsiderou os créditos totais de entradas na empresa, que haviam sido parcialmente estornados, em razão da apuração com o benefício do Desenvolve; (iv) não sendo acolhidos tais pedidos, seja cancelado parcialmente o auto de infração, bem como, os juros e a multa, referentes a meses de apuração, pois está demonstrado que a autuação desconsiderou o pagamento dos encargos moratórios; (v) seja reduzida a patamares razoáveis, a multa aplicada no percentual de 60%, diante da nítida configuração do confisco e o desrespeito à capacidade contributiva e ao direito de propriedade.

Protesta pela possibilidade de juntar outros documentos que possam corroborar com a comprovação da legitimidade do acima alegado, durante o trâmite do presente processo administrativo, bem como, caso se entenda necessário, seja determinada diligência fiscal, tudo para comprovar os fatos acima descritos ou para contraditar as alegações que eventualmente sejam feitas.

Por fim, requer que todas 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, Porto Alegre / RS.

A equipe de autuantes presta a informação fiscal, fls. 128/129. Diz apresentar as contrarrazões aos

cinco itens do pedido (folhas 64 e 65) que compõem a defesa do Auto de Infração lavrado contra o contribuinte BRP Compostos Ltda., conforme segue.

Sobre a arguição de nulidade, diz que a infração que ensejou a referida lavratura desta autuação se encontra exposta na “descrições dos fatos”, (folha 01) onde é citado o Decreto Nº 8.205 de 03 de abril de 2002, nos termos do art. 18 combinado com a Resolução do Conselho Deliberativo do DESENVOLVE nº 179/2012 (folha 22). Informa que a Relação de DAE’s (folhas 24 e 25) demonstra e prova a ocorrência do descumprimento do prazo regulamentar para recolhimento do ICMS devido, pelo exercício da atividade comercial, da qual se encontram registradas as ocorrências do “fato gerador” das respectivas operações, em seus livros fiscais que serviram de embasamento para a emissão, por parte da autuada, das DMA’s anexas (folhas 26 a 30).

No mérito, sobre a arguição de desproporcionalidade e o desarrazoamento da penalidade prevista no artigo 18 do decreto 8205/02, a que se submete a autuada desde a Resolução 179/12, diz que certamente passou pela devida avaliação dos atuais sócios da mesma, ao decidirem tornarem-se responsáveis por ela em 2015 e em 2016 (folha 04).

Quanto aos pedidos subsidiários, itens 3, 4 e 5, afirma que a simples existência destes pedidos demonstra a insegurança quanto ao seu provimento, baseado nas suas argumentações, ao passo que declaram ausência de competência legal para apreciá-los.

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;

Analisando 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.

Analisando a alegação defensiva, verifico que a referida Decisão foi reformada, sendo provido o Recurso de Ofício, conforme CJF-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 produzido 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 vênia, 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 CJF, 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.

Analisando 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

Tributaria 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 a 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.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração **207090.3005/16-8**, lavrado contra **BRP COMPOSTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$964.576,75**, acrescido da multa de 60% prevista no inciso II, alínea “f”, do art.42 da lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de abril de 2017.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – RELATORA

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR