

A. I. N° - 120018.0116/16-7
AUTUADO - TRM RESINAS TERMOPLÁSTICAS INDÚSTRIA E COMÉRCIO LIMITADA.
AUTUANTE - AIDIL ISABEL DE SOUZA
ORIGEM - INFAC INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 20. 11. 2017

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0189-01/17

EMENTA: ICMS. BENEFÍCIO FISCAL. PROGRAMA DESENVOLVE. FALTA DE RECOLHIMENTO NO PRAZO REGULAMENTAR DA PARCELA DO IMPOSTO NÃO SUJEITA À DILAÇÃO DE PRAZO. PERDA DO DIREITO AO BENEFÍCIO NOS RESPECTIVOS MESES. NULIDADE. Autuante não adotou qualquer das alternativas existentes no RPAF para intimação do sujeito passivo acerca do início da ação fiscal ou da intimação para apresentação de livros e documentos. Lavratura do Auto de Infração sem comprovação da intimação nos termos do art. 108 do RPAF consiste em violação aos princípios da legalidade, da ampla defesa e do devido processo legal. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 31/03/2016, formaliza a exigência de ICMS no valor total de R\$1.391.326,93, por recolher a menos 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, ocorrido em abril/2015 e de junho a dezembro de 2015, acrescido de multa de 60%, prevista na alínea “f” do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

O autuado apresentou defesa das fls. 16 a 38, demonstrando, inicialmente, a sua tempestividade. Disse que atua no ramo de prestação de serviços de trituração, tingimento, texturização, “máster batch”, aditivos, “color match” e compostos de material termoplásticos em geral; indústria e comércio de materiais termoplásticos; importação e exportação dos materiais retro relacionados; indústria e comercio de peças e embalagens dos materiais retro relacionados.

O autuado afirmou que somente teve conhecimento deste procedimento fiscalizatório quando da lavratura do presente auto de infração. Assim, entende que não foi oportunizada a possibilidade de argumentação, explicação, juntada de documentos ou qualquer outro com objetivo de acompanhar ou contestar a atuação da autoridade fiscalizadora, restando claro, portanto, cerceamento do direito de defesa. Concluiu que, pela falta de observação dos arts. 28 e 29 do RPAF, o presente auto de infração deve ser declarado nulo.

Explicou que o mero inadimplemento do tributo não caracteriza conduta em desacordo com o ordenamento jurídico, principalmente pelo fato do Contribuinte não ter praticado qualquer crime de sonegação fiscal tal como previsto na Lei 8.137, de 27 de dezembro de 1990.

Disse que é empresa incentivada pelo Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – Desenvolve, por intermédio da Resolução nº 53 de 08 de outubro de 2004, retificada pela Resolução 170 de 18 de dezembro de 2012, ambas do Conselho Deliberativo do Desenvolve.

Discorreu acerca da instituição do Programa Desenvolve e seus efeitos diante da habilitação da empresa, ora Impugnante, ao seus benefícios. Salientou que apresentou regularmente seu projeto de viabilidade econômica ao Conselho Deliberativo do Programa Desenvolve que, após analisá-lo, aprovou e publicou resolução concessiva de Benefício, qual seja, 53 de 2004. Em 2012, o Conselho retificou a Resolução 53 de 2004, alterando a Classe de Benefício da empresa de Classe II para Classe I.

Disse que, de acordo com a Lei nº 7.980/2001, a única penalidade que pode ser imposta aos detentores dos benefícios é o cancelamento de sua habilitação, conforme disposto no art. 9º, não estabelecendo qualquer previsão de suspensão do benefício.

Concluiu que o presente auto de infração contrariou o ordenamento jurídico pátrio, ferindo os princípios constitucionais, dentre eles o da Legalidade, da hierarquia das Normas, da Ampla Defesa e o do Devido Processo Legal, bem como violou ainda o princípio da Segurança Jurídica e que macula o Auto em questão de Nulidade Insanável, devendo ser declarado improcedente.

Lembrou que o art. 97 do CTN define expressamente que compete somente à lei o estabelecimento de penalidades para as infrações tributárias. Em consonância ao disposto no artigo referido do CTN, os arts. 41 e 48 da Lei nº 7014 de 04 de dezembro de 1996, que trata do ICMS no Estado da BA, estabeleceu quais as penalidades que seriam aplicadas pelas infrações à legislação do ICMS.

Concluiu que nenhuma lei prevê a penalidade de suspensão de benefícios fiscais e que a suspensão do benefício prevista no art. 18 do Decreto nº 8.205/2002 não está amparada pelas leis que dispõe sobre a matéria.

O autuado acrescentou que os decretos só poderão produzir efeitos válidos quando e nos limites permitidos por lei. Sem previsão ou lacuna normativa da lei elaborada pelo Parlamento, o poder regulamentar não encontra fundamento para sua validade, devendo ser espancado da ordem jurídica, conforme orientação do Supremo Tribunal Federal: “decretos existem para assegurar a fiel execução das leis” (Pleno – Adin nº 1000.435-8/DF – Liminar - Rel. Min. Francisco Rezek).

Ressaltou que o inciso II, do art. 5º, da Constituição Federal estabeleceu que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Assim, o Princípio da Legalidade impede que o administrador imponha qualquer restrição ou obrigação senão em virtude de lei, considerando que esta reflete a expressão da vontade geral. Lembrou, ainda que o art. 99 do CTN, em estrita observância aos princípios retro delineados, dispôs que o conteúdo e alcance dos decretos restrinjam-se aos das leis em função das quais tenham sido criados.

O autuado argumentou, também, que, na medida em que se efetivou a autuação, impondo, de imediato, penalidade ao contribuinte sem sequer lhe resguardar o direito ao devido processo legal, bem como atropelando o direito de ampla defesa, foram violados os princípios erigidos na Constituição Federal como cláusulas pétreas.

Ressaltou que a CF, em seu art. 5º, incisos LIV e LV, resguarda a todos os cidadãos o direito de defesa, seja no âmbito administrativo, seja na seara judicial, não se podendo impingir gravames sem a garantia a ampla defesa, ao contraditório e ao devido processo legal.

Lembrou que o art. 19 do Regulamento do DESENVOLVE estabelece que o cancelamento do benefício se efetivará através de Resolução do Conselho Deliberativo do Programa, com fundamento em parecer da Secretaria Executiva, o que não ocorreu.

Acrescentou que, diante das ilegalidades já anunciadas, tem-se abalada a segurança jurídica também prevista constitucionalmente, valendo ressaltar que o Princípio da Segurança Jurídica possui conexão direta com os direitos fundamentais e ligação com determinados princípios que dão funcionalidade ao ordenamento jurídico brasileiro, tais como, o devido processo legal, o direito adquirido, entre outros.

Ressaltou que, se o CTN impõe que compete apenas à lei instituir penalidades e a empresa está sendo autuada em virtude de uma infração estabelecida por uma norma inferior - o regulamento instituído pelo decreto 8.205/02 - permitir a prevalência de um Auto com base neste normativo significa criar urna insegurança jurídica na relação Estado - contribuinte, violando mais uma das garantias individuais do cidadão, erigida sob a égide de princípio constitucional.

Ressaltou que, de acordo com os arts. 113 e 114 do RPAF, pode a Secretaria da Fazenda, mediante parecer da PGE, promover o cancelamento de crédito tributário em qualquer hipótese de vício insanável ou ilegalidade flagrante no lançamento mediante débito declarado ou notificação fiscal.

Disse que o percentual de multa aplicado é um nítido confisco, o que é vedado em nosso ordenamento jurídico. Explicou que o valor da multa não pode ser ínfimo a ponto de estimular a sonegação e nem tão elevado ao ponto de destruir a atividade produtiva. Lembrou que o Supremo Tribunal Federal já possui entendimento favorável à aplicação do Princípio do Não Confisco às multas tributárias.

Finalizou destacando que o Supremo Tribunal Federal tem o entendimento solidificado de que é aplicado o Princípio do Não-Confisco às multas tributárias, seja pela aplicação da regra constitucional geral, que consagra o direito de propriedade, seja pela aplicação da norma tributária que prevê a proibição de instituição de tributo – e seus acessórios, conforme entendimento daquela Corte – com efeitos confiscatórios.

O autuado reclamou que a taxa de juros praticada pelo Agente Fiscal quando da lavratura do auto de infração, não considerou qualquer percentual de redução sobre a TJLP, desconsiderando completamente o fator redutor fixado na Resolução nº 53 de 08 de outubro de 2004, do Conselho Deliberativo do Desenvolve, em seu art. 3º, emitida especificamente para o contribuinte em questão. Disse que todos os valores cobrados a título de atualização monetária ultrapassaram a taxa de juros máxima, qual seja 100% da TJLP. O valor total que deveria ser cobrado a título de acréscimo moratório compõe a importância de R\$ 98.204,81, ao passo que o mesmo cálculo, levando em conta 100% da TJLP, resultaria em cobrança de R\$ 83.028,14.

Diante todo o exposto, o autuado requer o integral cancelamento do Auto de Infração e Imposição de Multa de nº 120018.0116/16-7, haja vista a todas as nulidades apresentadas.

Requer, ainda, que as intimações e publicações referentes ao presente feito sejam feitas exclusivamente em nome dos advogados Vinicius Rogatto Miraglia, inscrito nos quadros da OAB/SP sob o nº 305.745 e José Fernando Marques Muniz Santos, inscrito nos quadros da OAB/BA sob o nº 26.043, sob pena de nulidade.

A autuante apresentou informação fiscal das fls. 52 a 54. Disse que dia 21/01/2016 enviou a intimação fiscal para o endereço eletrônico da autuada constante no cadastro da SEFAZ (fls. 55 a 57), além de manter contato telefônico com o responsável pela contabilidade. Posteriormente, também enviou o levantamento de notas fiscais de entradas supostamente não lançadas no sistema e recebeu um retorno da contabilidade demonstrando que as divergências eram de datas e notas canceladas.

A autuante explicou que “o benefício só poderá ser aproveitado se for respeitada a condição de pagamento no prazo regulamentar”. Ressaltou que não houve cancelamento do benefício, perdeu o benefício em relação à parcela incentivada nos meses em que não efetuou o pagamento da parcela não dilatada no prazo regulamentar, conforme estabelecido no art. 18 do Decreto nº 8.205/2002.

VOTO

O autuado alega cerceamento de defesa em razão de não ter sido oportunizada a possibilidade de argumentação visando contestar a atuação da autoridade fiscalizadora, pois somente tomou conhecimento deste procedimento fiscalizatório quando da lavratura do auto de infração.

A autuante disse que intimou o autuado por correio eletrônico e enviou cópia de documentos que estariam sendo fiscalizados para serem analisados por ele. Apresentou cópia da mensagem destinada ao endereço eletrônico “fiscal@paivaeassociados.com.br”, onde supostamente estaria a intimação fiscal, pois aparece a informação de anexo com o título de “Intimação Fiscal TR...” (fl. 56). Apresentou, também, cópia de mensagem enviada, também por correio eletrônico, com o levantamento de notas fiscais de entradas não lançadas no arquivo eletrônico de dados para que fosse feita a conferência e a comprovação dos lançamentos (fl. 58).

Não consta no rol de mensagens enviadas para o autuado, por meio do Domicílio Tributário Eletrônico (DT-e), durante os meses de janeiro a março de 2016, qualquer intimação fiscal ou comunicação de início de ação fiscal relativa ao procedimento fiscal que culminou com a lavratura do presente Auto de Infração, conforme documento às fls. 64 a 65.

De acordo com o art. 108 do RPAF, a intimação do sujeito passivo ou de pessoa interessada acerca de qualquer ato, fato ou exigência fiscal, quando não for prevista forma diversa pela legislação, deverá ser feita pessoalmente, via postal ou por meio eletrônico, independentemente da ordem.

Acrescenta, ainda, o § 2º do referido dispositivo regulamentar, que a comunicação por meio eletrônico somente será realizada para contribuinte credenciado pela SEFAZ para acessar o portal de serviços denominado Domicílio Tributário Eletrônico - DT-e, no endereço eletrônico www.sefaz.ba.gov.br.

A autuante não adotou qualquer das alternativas existentes no RPAF para intimação do sujeito passivo acerca do início da ação fiscal ou da intimação para apresentação de livros e documentos, termos necessários para instrução da ação fiscalizatória, conforme inciso II do art. 28 do RPAF.

O uso de outros meios para intimação do autuado não pode ser considerado válido para os efeitos legais e a ausência de comprovação da intimação nos termos do art. 108 do RPAF antes da lavratura do Auto de Infração consiste em violação aos princípios da legalidade, da ampla defesa e do devido processo legal.

Desse modo, considerando que os atos foram praticados com preterição do direito de defesa, voto pela NULIDADE do Auto de Infração, nos termos do inciso II do art. 18 do RPAF.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar NULO o Auto de Infração nº 120018.0116/16-7, lavrado contra **TRM RESINAS TERMOPLÁSTICAS INDÚSTRIA E COMÉRCIO LIMITADA**.

Essa Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos da alínea "a" do inciso I do art. 169 do RPAF/99.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de outubro de 2017

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ – RELATOR

MARCELO MATTEDI E SILVA – JULGADOR