

A.I. Nº - 271581.3002/16-1
AUTUADO - PLATINA DO NORDESTE INDÚSTRIA COMÉRCIO E SERVIÇOS LTDA.
AUTUANTE - RODOLFO LUIZ PEIXOTO DE MATTOS SANTOS
ORIGEM - INFAS INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 28.12.2017

4^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0246-04/17

EMENTA: ICMS. BENEFÍCIO FISCAL. PROGRAMA DESENVOLVE. FALTA DE RECOLHIMENTO DA PARCELA DILATADA DECLARADA NA DMA. Correto é o lançamento de ofício que exige parcela do ICMS dilatado, não recolhido no prazo regulamentar, nos termos do Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia - DESENVOLVE instituído pela Lei nº 7.980/01. Após vencido o prazo de dilação de 72 (setenta e dois) meses para pagamento do saldo devedor do ICMS o recolhimento não foi realizado em conformidade com a legislação pertinente, demandando à competente ação fiscal. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE.** Decisão unânime

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 06/09/2016, reclama o crédito tributário no valor de R\$8.503.676,08, em razão do contribuinte não ter recolhido o ICMS dilatado no prazo regulamentar, devidamente informado em declaração eletrônica estabelecida na legislação tributária, por contribuinte enquadrado no Programa DESENVOLVE, nos meses de novembro de 2014 a novembro de 2015. Multa de 50%.

Em complemento foi acrescentada a seguinte informação: "*Foi postergado o pagamento da parcela incentivada, havendo declaração de dedução na DMA, com o prazo de 72 meses, conforme determinado pelo Dec. 8.205/2002, e resolução Desenvolve discriminada na planilha "DESENVOLVE- Apuração do ICMS com Prazo Dilatado Não Recolhido", anexa a este Auto, e no vencimento do prazo houve não houve o recolhimento. Valores na Planilha atualizados conforme resolução citada. Nos meses em que o valor deduzido não corresponde ao valor de direito pelo Desenvolve, na planilha consta o cálculo do valor efetivamente postergado. Nos meses em que houve recolhimento antecipado parcial de parcela incentivada, foi calculado o saldo a recolher de acordo com o determinado no Regulamento do Programa Desenvolve. Dec. 8.205/2002, Art. 6º.*"

O autuado, através de advogado legalmente habilitado, apresenta defesa (fls.47 a 60), e após descrever a infração esclarece quem virtude das atividades econômicas desenvolvidas no estado (fabricação de produtos químicos orgânicos), foi habilitada aos benefícios do Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – Desenvolve, por meio da Resolução n.º 53/2006.

Diz que o programa concedia o benefício do lançamento e pagamento diferido do ICMS apurado nas importações e aquisições, naquele ou em outro Estado, do diferencial de alíquota dos bens destinados ao ativo fixo para o momento em que ocorresse sua desincorporação. Além desse benefício, o Programa previa a dilação de prazo de 72 meses para o pagamento do débito do saldo devedor de ICMS, em relação às operações próprias, condicionado aos investimentos no projeto.

Explica que a autuação se deu em decorrência de procedimento de fiscalização realizado entre janeiro de 2011 e julho de 2016, do qual não foi cientificada a empresa autuada. Entendeu a Fazenda Estadual que o contribuinte teria apurado o incentivo fiscal em desacordo com o que determinava a legislação, o que teria gerado o suposto pagamento a menos do tributo.

Após fala sobre a tempestividade da defesa, tendo em vista que o auto de infração em foi lavrado em 29/09/2016, portanto, a defesa foi apresentada dentro do prazo estabelecido na intimação, de 60 dias.

Prossegue arguindo a nulidade do lançamento, em razão da ausência do Termo de Início de Fiscalização, lembrando que o procedimento fiscal inicia-se de acordo com o estabelecido no art. 127 da Lei nº 3.956/81 (COTEB), cujo teor transcreve. Igualmente, o § 1º dispõe que *a autoridade administrativa que efetuar ou presidir tarefas de fiscalização lavrará, o termo de início de fiscalização, destinado a documentar o início do procedimento fiscal, com indicação do dia e hora da lavratura, devendo ser colhida a assinatura do intimado no instrumento ou em recibo, a menos que seja lavrado diretamente em livro próprio.*

Externa o entendimento de que o termo de início de fiscalização e o termo de encerramento de fiscalização serão lavrados ou consignados em livro próprio ou formulário esparso, devendo neste último caso, ser entregue cópia ao sujeito passivo, mediante recibo.

Ressalva que somente fica dispensada a lavratura do termo de início de fiscalização quando o auto de infração for lavrado em decorrência de descumprimento de obrigação acessória, irregularidade constatada no trânsito de mercadorias, inclusive relativa à prestação do serviço de transporte, o que não foi o caso.

Assevera que na presente situação não foi lavrado o Termo de Início de Ação fiscal, nem o contribuinte foi cientificado da ação fiscal, pois sequer recebeu a intimação para a apresentação de livros e documentos fiscais.

Esclarece que a intimação para a apresentação de livros e documentos fiscais marca o início da ação fiscal e permite ao contribuinte o exercício da ampla defesa e do contraditório, garantias estas que foram evidentemente violadas pelo vício de procedimento que acomete o presente auto de infração.

Aduz que resta evidente o prejuízo sofrido pelo contribuinte em decorrência da ação fiscal ocorrida à sua revelia, o que se constitui em mais uma razão para o reconhecimento da nulidade da autuação.

Diz que este entendimento é pacífico no CONSEF, citando e transcrevendo Ementas dos acórdãos nºs 0064-12/12 e 0202-02/11 sobre o tema, ressaltando que no trecho do voto do último julgado citado tratou-se de caso similar, sendo que o caso em tela é agravado pelo fato de sequer ter sido lavrado o Termo de Início de Ação Fiscal.

Conclui estar evidente a ocorrência de nulidade do auto de infração por vício de forma.

Argui ainda nulidade por inexistência de saneamento do procedimento fiscal, providência essa prevista no inciso I do artigo 131 do Decreto nº 7.629/99.

Explica que tal providência é essencial para o regular preparo do processo, sendo que o não atendimento ao saneamento de auto de infração enseja a nulidade da autuação ante o descumprimento do supracitado dispositivo.

Diz que a etapa de saneamento do processo mostra-se imprescindível para identificar o atendimento à legalidade dos procedimentos fiscais, em especial, se foram observadas as normas regulamentares; se o fato descrito no Auto de Infração constitui efetivamente infração a legislação tributária; se o cálculo foi feito corretamente; se a multa foi corretamente aplicada; se a intimação foi feita de forma regular; etc.

Assevera que o lançamento de crédito tributário é um ato vinculado, devendo a autoridade fiscalizadora agir nos termos estritos da legislação. A inobservância ao inciso I do artigo 131 constitui vício formal do procedimento administrativo fiscal, violando o devido processo legal e, consequentemente, acarretando o cerceamento de defesa.

Requer o reconhecimento de nulidade do auto de infração, diante da ocorrência de violação ao devido processo legal.

Prossegue argumentando que o auto de infração deixou de lado a necessária descrição clara e precisa dos fatos que teriam se inserido na hipótese de incidência descrita na norma. Em particular e em desacordo com o RPAF/BA, não apresentou descrição detalhada dos fatos apurados e a legislação aplicável do Programa DESENVOLVE. Ademais, não trouxe provas necessárias à demonstração dos fatos mencionados, a teor do comando contido no art. 41 do RPAF/BA, que transcreveu, assim como Ementa nº 0228-12/07, deste Conselho, onde externa o entendimento de que o auto de infração desacompanhado dos elementos indispensáveis à exata compreensão da conduta infracional é nulo.

Esclarece que no caso presente não há no demonstrativo de débito que acompanha o auto de infração referência alguma à documentação relativa à apuração dos valores sujeitos à incidência de redução, tampouco o embasamento legal de tal procedimento, portanto, a ausência de informação e dos documentos comprobatórios da infração torna inviável a defesa técnica. Além destas faltas, o auto de infração descumpriu o comando do citado artigo 41 do RPAF/BA no que se refere ao fundamento legal e à descrição da forma de calcular as multas e da aplicação da correção monetária.

Acrescenta que não há no auto de infração um tópico sequer dedicado à fundamentação legal ou à forma de calcular as multas e aplicação da correção monetária, circunstância que, somada às demais nulidades já apontadas, se traduz em inegável prejuízo à defesa do contribuinte.

Conclui que o auto de infração foi lavrado ao revés dos ditames da legislação administrativa, imputando conduta infracional ao contribuinte sem respaldo em provas e fundamentado em presunção equívoca, razão pela qual requer, em respeito aos princípios basilares de ampla defesa e da busca pela verdade material que norteiam o processo administrativo fiscal a anulação do auto de infração.

Em relação ao mérito aduz que a autuação não fez menção e também não acostou o demonstrativo da conta gráfica de apuração do ICMS, não sendo possível aferir se ao final da apuração do débito pela fiscalização, havia saldo de créditos de ICMS em conta gráfica em valor suficiente para fazer frente ao débito apurado ou, quando menos, para reduzi-lo.

Explica que a apuração da conta gráfica se afigura como medida imprescindível, uma vez que a existência de saldo credor no período da apuração implicaria necessariamente em redução do saldo devedor.

Quanto as DMA's juntadas ao processo administrativo entende que dizem respeito exclusivamente ao período compreendido entre 10/2008 e 10/2009 e não há qualquer informação acerca dos créditos eventualmente acumulados pela empresa em períodos posteriores. Nem se alegue que tal verificação ficaria a cargo do contribuinte, já que, conforme relatado em tópico anterior, inexistiu intimação deste sobre o início da ação fiscal ou sobre a necessidade de apresentar quaisquer documentos ou informações.

Entende que se a autuação ocorreu à revelia do contribuinte, a consequência lógica que se extrai é que o encargo da demonstração do saldo de conta gráfica recai inteiramente sobre o ente fiscalizador, sob pena de não se reconhecer a validade do débito apurado.

Finaliza requerendo, preliminarmente, o reconhecimento da nulidade do Auto de Infração, ante os vícios insanáveis evidenciados, ou, na eventualidade de subsistir a presente autuação, o que não acredita nem espera, solicita improcedência da pretensão fiscal, cancelando-se o Auto de Infração e arquivando-se o processo administrativo respectivo.

Por fim solicita que as intimações referentes ao presente processo sejam feitas nas pessoas dos procuradores que indicou, no endereço indicado no rodapé da página.

O autuante ao prestar a informação fiscal às fls. 64 a 65, diz que a autuadapede a nulidade do auto de infração alegando ausência de Termo de Início da ação fiscal, bem como de saneamento do Auto de Infração. Alega também omissão quanto à demonstração dos fatos geradores e do método de cálculo adotado.

Após, esclarece que o Auto de Infração foi lavrado em decorrência de Auditoria Sumária que visou apenas verificar o recolhimento da parcela dilatada pela autuada, por conta do benefício concedido pelo Programa DESENVOLVE, após vencido prazo de pagamento, no período constante da planilha à fl. 4, e em não tendo sido recolhido, fazer o lançamento dos Débitos Declarados pela mesma em suas DMAs, acostadas às fls. 5 a 17, não se tratando portanto de nenhuma ação fiscal junto ao contribuinte.

Quanto ao método de cálculo adotado, diz que se encontra explicitado no corpo do Auto na página 1, com atualização dos valores dilatados de acordo com o determinado na Resolução que concedeu o benefício, conforme demonstrado na planilha fl. 4, que é de pleno conhecimento da autuada. A fundamentação legal também se encontra inserida no corpo do Auto, bem como na planilha, e os valores postergados são os declarados pela empresa em suas DMAs, no campo DEDUÇÕES.

Esclarece ainda que as fórmulas de cálculo utilizadas na planilha estão devidamente explicitadas na própria planilha à fl. 4, portanto, não há motivos para alegar nulidade nem cerceamento de defesa, já que todo o procedimento de cálculo está bem explicitado.

Quanto à alegação de não verificação de saldo de créditos à compensar assevera que nas DMAs, declarações da própria autuada, não existe nenhum saldo credor, mas sim sempre devedor, e no prazo de vencimento a empresa já estava de portas fechadas. Enfim, os valores lançados são os declarados pela autuada, como tendo prazo de pagamento dilatado, por 72 meses, e ao término desse prazo não foram recolhidos.

Finaliza fazendo um resumo dos fatos conforme transrito:

“a autuada fez um acordo com o Estado da Bahia, obtendo benefício de ter 90% do ICMS com prazo de pagamento postergado por 72 meses, em troca de gerar empregos e participar do desenvolvimento da economia estadual. Ao final de alguns anos de usufruto do benefício, fechou as portas e se retirou do Estado sem contribuir nem com geração de empregos nem com o desenvolvimento, ao se retirar do mercado, deixando apenas débitos dos quais ainda quer se eximir.”

Na assentada de julgamento do dia 20 de setembro de 2016 esta Junta de Julgamento Fiscal observando que não foi localizado nos autos qualquer documento comprovando o início do procedimento fiscal, conforme previsto no art. 28 do RPAF/BA converteu o processo em diligência à Procuradoria Geral do Estado no sentido de emitir Parecer Jurídico no sentido de esclarecer se a situação posta se enquadra na hipótese motivadora de nulidade elencada no inciso II do art. 18 do RPAF/BA.

Às fls. 76 a 82 foi anexado o Parecer emitido pelo Procurador José Augusto Martins Junior onde reproduz e diz comungar integralmente com o parecer da Procuradora Assistente da PGE/PROFIS em que foi analisado amiúde idêntico questionamento.

VOTO

A acusação do presente Auto de Infração está assim posta:

“Deixou de recolher ICMS dilatado no prazo regulamentar, devidamente informado em declaração eletrônica estabelecida na legislação tributária, por contribuinte enquadrado no Programa DESENVOLVE.”

Consta ainda a informação que: "Foi postergado o pagamento da parcela incentivada, havendo declaração de dedução na DMA, com o prazo de 72 meses, conforme determinado pelo Dec. 8.205/2002, e resolução Desenvolve discriminada na planilha “DESENVOLVE- Apuração do ICMS com Prazo Dilatado Não Recolhido”, anexa a este Auto, e no vencimento do prazo houve não houve o recolhimento. Valores na Planilha atualizados conforme resolução citada. Nos meses em que o valor deduzido não corresponde ao valor de direito pelo Desenvolve, na planilha consta o cálculo do valor efetivamente postergado. Nos meses em que houve recolhimento antecipado parcial de parcela incentivada, foi calculado o saldo a recolher de acordo com o determinado no Regulamento do Programa Desenvolve. Dec. 8.205/2002, Art. 6º."

O sujeito passivo requer, preliminarmente, a nulidade do lançamento de ofício, em razão da ausência do Termo de Início de Fiscalização, ressaltando que o procedimento fiscal inicia-se de acordo com o estabelecido no art. 127 da Lei nº 3.956/81 (COTEB).

Argumenta que somente fica dispensada a lavratura do Termo de Início de fiscalização quando o auto de infração for lavrado em decorrência de descumprimento de obrigação acessória, irregularidade constatada no trânsito de mercadorias, o que não foi o caso.

O autuante por sua vez ao prestar a Informação Fiscal esclarece que: "o Auto de Infração foi lavrado em decorrência de Auditoria Sumária que visou apenas verificar o recolhimento da parcela dilatada pela autuada, por conta do benefício concedido pelo Programa DESENVOLVE, após vencido prazo de pagamento, no período constante da planilha à fl. 4, e em não tendo sido recolhido, fazer o lançamento dos Débitos Declarados pela mesma em suas DMAs, acostadas às fls.5 a 17, não se tratando portanto de nenhuma ação fiscal junto ao contribuinte."

Considerando que após análise das peças que compõem o presente Auto de Infração foi verificado que não foram anexados, quaisquer documentos comprovando o início do procedimento fiscal esta Junta de Julgamento converteu o processo em diligência à PGE/PROFIS no sentido de emitir Parecer Jurídico visando esclarecer se a situação posta se enquadra na hipótese motivadora de nulidade elencada no inciso II do art. 18 do RPAF/BA.

A PGE/PROFIS, por meio do Dr. José Augusto Martins Junior apresentou Parecer transcrevendo e concordando com o opinativo da Procuradora Assistente da PGE/PROFIS/NCA em processo que trata da mesma matéria, conforme trechos que a seguir reproduzo:

(...) Também não merece acolhimento a alegação do autuante de que a cientificação da empresa seria dispensável por se tratar de débito declarado. Senão vejamos.

Na forma da legislação tributária estadual (art. 129-A do COTEB e art. 54-A do RPAF), tem-se por definitivamente constituído o crédito tributário quando o sujeito passivo declara a obrigação tributária em seus documentos de informações econômico fiscais, mas deixa de recolher o valor devido no prazo regulamentar.

O débito assim confessado espontaneamente pelo sujeito passivo deve ser imediatamente registrado no SIGAT, sob a rubrica “Débito Declarado”, e inscrito em Dívida Ativa, ficando, portanto, dispensado o lançamento de ofício para a sua exigência, ou quaisquer outras formalidades adicionais, inclusive a intimação do contribuinte.

Sucede que, para se falar em débito declarado, é mister que se trate de valor efetivamente reconhecido pelo contribuinte, e não de valor apurado pela Administração Fazendária, mediante levantamento fiscais. Ora, a análise do levantamento de fl. 05 evidencia que o valor exigido no auto de infração não corresponde àquele informado pela autuada em suas DMAs, a título de parcela do imposto com vencimento postergado, segundo as regras do Programa Desenvolve.

(...)

De todo o exposto, somos pelo conhecimento e provimento do recurso voluntário para se reconhecer a nulidade do lançamento de ofício, em razão da ausência de termo de início

de fiscalização e de regular intimação do contribuinte para a apresentação de livros e documentos.”

À luz do quanto acima reproduzido, pode-se resumir que a PGE assim entendeu:

Tem-se por definitivamente constituído o crédito tributário quando o sujeito passivo declara a obrigação tributária em seus documentos de informações econômico fiscais, mas deixa de recolher o valor devido no prazo regulamentar. Nesta situação fica dispensado o lançamento de ofício para sua exigência , ou quaisquer outras formalidades adicionais, inclusive a intimação do contribuinte;

Quando o débito é apurado através de roteiros de auditoria se faz necessário o cumprimento das formalidades legais, inclusive a lavratura do Termo de início de fiscalização e regular intimação do contribuinte para a apresentação de livros e documentos.

No caso sob análise verifica-se na planilha à fl.04 que os valores objeto da exigência dizem respeito ao imposto declarado pelo contribuinte nas DMAs, referente à parcela incentivada vinculada ao Programa DESENVOLVE, cujos pagamentos foram postergados, conforme previsto no Decreto nº 8.205/2002, e no vencimento do prazo não procedeu ao recolhimento do imposto.

Nesta situação ficam dispensadas quaisquer formalidades adicionais, portanto, a ausência do Termo de Início de Fiscalização, não é fato ensejador de nulidade do Auto de Infração, pois se trata de imposto declarado pelo próprio contribuinte, fato portanto de seu pleno conhecimento.

Também não existe qualquer nulidade nos autos, em face à demonstração dos fatos geradores da apuração da base de cálculo do imposto e da multa aplicada. O lançamento decorre de débito apurado e declarado pelo próprio autuado, originado de benefício fiscal que implicou diliação do prazo para o pagamento. A fiscalização com base nesse mesmo valor informado pelo autuado elaborou demonstrativo atualizando o débito até a data prevista para pagamento, fl. 04, cuja cópia fora encaminhada ao contribuinte, conforme comprova o AR (aviso de recebimento), anexado à fl. 23, lhe permitindo exercer plenamente o seu direito de defesa.

Assim, ficam rejeitadas as nulidades suscitadas.

No mérito, o sujeito passivo argumentou que o Auto de Infração não merece prosperar, posto que não foi juntado o demonstrativo da conta gráfica da apuração do ICMS, não sendo possível aferir a existência de saldos credores, considerando que as DMA's coladas aos autos dizem respeito apenas ao período compreendido entre 10/2008 e 10/2009.

De acordo com os documentos anexados verifico que foram apensadas as DMAs do período compreendido entre 10/2008 a 10/2009 pois os valores postergados pelo contribuinte foram apurados por ele próprio naquelas datas, cujos vencimentos ocorreriam após 72 (setenta e dois) meses, e o pagamento que não ocorreu.

Assim, a fiscalização efetuou a devida atualização do débito, até o prazo previsto para pagamento, conforme se observa no demonstrativo de fl. 04. Por exemplo, no mês de outubro de 2008 o valor postergado de pagamento de R\$951.556,43, informado na DMA de fl.08, foi atualizado até a data prevista para pagamento, no caso 20/11/14, resultando no débito de R\$1.335.537,26, pendente de pagamento.

Portanto, os créditos, porventura existentes e registrados na escrita fiscal do autuado, não têm qualquer repercussão no pagamento da parcela dilatada, ao final do prazo estabelecido no parágrafo único, do art. 4º do Regulamento do DESENVOLVE, pois os mesmos já foram utilizados na apuração do débito declarado nas suas DMAs.

Dessa forma, restou comprovado que as parcelas dilatadas do ICMS declaradas em suas DMAs não adimplidas pelo contribuinte beneficiário do DESENVOLVE, nos prazos estabelecido, correta é a imposição do lançamento de ofício.

Ante ao exposto voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão unânime, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 271581.3002/16-1, lavrado contra **PLATINA DO NORDESTE INDÚSTRIA, COMÉRCIO E SERVICOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$8.503.676,09** acrescido da multa de 50%, previstas no art. 42, I, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala da Sessões do CONSEF, 18 de dezembro de 2017

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – RELATORA

MÔNICA MARIA ROTERS - JULGADORA