

A. I. Nº - 120018.0116/16-7
AUTUADO - TRM RESINAS TERMOPLÁSTICAS INDÚSTRIA E COMÉRCIO LIMITADA
AUTUANTE - AIDIL ISABEL DE SOUZA
ORIGEM - INFIAZ INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 26/12/2018

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0202-01/18

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO NO PRAZO REGULAMENTAR DA PARCELA DO IMPOSTO NÃO SUJEITA À DILAÇÃO DE PRAZO DO PROGRAMA DESENVOLVE. PERDA DO DIREITO AO BENEFÍCIO NOS RESPECTIVOS MESES. Autuado não recolheu no prazo estabelecido na legislação a parcela do imposto não sujeita a dilação de prazo do programa DESENVOLVE, estando os respectivos débitos já ajuizados. Perda do direito ao benefício nos respectivos meses, nos termos do art. 18 do Regulamento do DESENVOLVE. Rejeitada a preliminar suscitada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. 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 à 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 nº 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 dispõem 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 restringem-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 nº 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 víncio 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 importânci 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.

A 1ª Câmara de Julgamento Fiscal deu provimento ao recurso de ofício decorrente de julgamento proferido pela 1ª Junta de Julgamento Fiscal que decidiu pela nulidade deste auto de infração em razão da ausência da lavratura do termo de início de fiscalização. Em síntese apertada, a decisão da segunda instância se baseou no fato de que, com o advento das novas tecnologias, o fisco já tem à sua disposição toda a movimentação do contribuinte e que a falta de intimação prejudica mais o fisco do que o autuado, pois permite que o autuado fique livre da imposição de multa, caso ocorra o pagamento antes da ciência da lavratura do lançamento de ofício referente ao crédito tributário a ser reclamado.

O autuado apresentou pedido de reconsideração à 1ª Câmara de Julgamento Fiscal da decisão que deu provimento ao recurso de ofício decorrente da nulidade decretada em 1ª instância (fls. 103 a

113). Entretanto, o pedido de reconsideração é apenas admissível quando a Câmara tenha, em julgamento de recurso de ofício, reformado, no mérito, a de primeira instância em processo administrativo fiscal, nos termos da alínea “d” do inciso I do art. 169 do RPAF.

VOTO

O presente auto de infração, consiste na exigência de ICMS decorrente de recolhimento a menor do imposto, devido à perda do benefício de dilação da parcela do imposto dilatada nos termos do Programa DESENVOLVE, em razão do não pagamento no prazo regulamentar da parcela não dilatada.

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.

Conforme entendimento manifestado pela 1ª Câmara de Julgamento Fiscal no presente processo, o procedimento fiscal pode ser iniciado com a lavratura do auto de infração, conforme disposto no inciso II, do art. 26 do RPAF. O direito à ampla defesa somente pode ser exercido depois do lançamento e com a devida intimação. Desse modo, é incontestável que o autuado teve o prazo de sessenta dias para apresentar defesa, conforme intimação às fls. 13 e 14, e exerceu o seu direito com a apresentação tempestiva (fls. 16 a 38), sendo considerada para efeito deste julgamento. Assim, rejeito o pedido de nulidade deste auto de infração, em razão da falta de lavratura do termo de início de fiscalização, que o impediu de tomar conhecimento do início do procedimento fiscalizatório. Ao autuado foi garantido o direito à ampla defesa, ao contraditório e ao devido processo legal.

Apesar de não se constituir em problema o envio das intimações referentes a este processo diretamente para o advogado estabelecido pelo autuado, o não atendimento deste pedido não implica em nulidade do ato quando a sua formalização ocorrer nos termos do art. 108 do RPAF.

Afasto toda discussão acerca da constitucionalidade na formalização desta exigência fiscal, da multa e dos acréscimos moratórios aplicados no presente auto de infração. De acordo com o inciso I, do artigo 167 do RPAF, não é competência deste órgão julgador a declaração de constitucionalidade da legislação tributária estadual, nem a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior.

A previsão da exigência de recolhimento da parcela do ICMS não sujeita à dilação de prazo, como condição para fruição do benefício em relação à parcela incentivada naquele mês, está expressa desde agosto de 2005, no art. 18 do Regulamento do DESENVOLVE, aprovado pelo Decreto nº 8.205/2002. A multa aplicada está prevista no art. 42 da Lei nº 7.014/96, e os acréscimos moratórios incidentes estão de acordo com o estabelecido no § 2º, do art. 102, da Lei nº 3.956/1981.

A perda do benefício no mês em que não tenha recolhido a parcela do ICMS não sujeita à dilação, no prazo estabelecido no art. 18 do Regulamento do DESENVOLVE, não implica em cancelamento do benefício, como argumentou o autuado. O benefício continua em vigor e a sua fruição continuará sempre dependendo da observação de todos os requisitos estabelecidos na legislação.

A regra contida no art. 18 do Regulamento do DESENVOLVE, estabelecia, à época dos fatos geradores, que a empresa habilitada que não recolhesse ao Tesouro do Estado, na data regulamentar, a parcela do ICMS não sujeita à dilação de prazo, perderia o direito ao benefício em relação à parcela incentivada naquele mês.

Os valores constantes na coluna “valor c” do demonstrativo à fl. 05, referentes aos valores de ICMS a recolher não sujeitos à dilação de prazo do Programa DESENVOLVE, informados pelo autuado na DMA dos respectivos períodos de apuração, não foram recolhidos e são objetos dos Processos Administrativos Fiscais nºs 8500005282158, 8500003505150 e 8500005431161, estando já todos ajuizados, conforme informações extraídas do sistema de Informações do Contribuinte

(INC) da SEFAZ.

Desse modo, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 120018.0116/16-7, lavrado contra **TRM RESINAS TERMOPLÁSTICAS INDÚSTRIA E COMÉRCIO LIMITADA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.391.326,93**, acrescido de multa de 60%, prevista no art. 42 II, “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de novembro de 2018.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ – RELATOR

VLADIMIR MIRANDA MORGADO – JULGADOR