

A.I. Nº - 2715810002/17-9
AUTUADO - MM – INDÚSTRIA DE EMBALAGENS LTDA. - ME
AUTUANTE - RODOLFO LUIZ PEIXOTO DE MATTOS SANTOS
ORIGEM - INFAZ – INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO- INTERNET 28.12.2018

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0217-02/18

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. Afastada a preliminar de nulidade. Negado o pedido de cancelamento da multa. Infração caracterizada. Autuada não elidiu a infração. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 08/03/2017, exige crédito tributário no valor histórico de R\$144.640,47, acrescido da multa de 50%, pela constatação da infração a seguir descrita:

INFRAÇÃO 01 – 02.13.01 – Deixou de recolher ICMS dilatado no prazo regulamentar, devidamente informado em declaração eletrônica estabelecida na legislação tributária, por contribuinte enquadrado do Programa DESENVOLVE.

Complementa a descrição com o relato: *“Foi postergado o pagamento da parcela incentivada, havendo declaração de dedução na DMA, com prazo de 72 meses, conforme determinado pelo Decreto nº 8.205/2002, e Resolução do Desenvolve discriminada em planilha “DESENVOLVE – Apuração do ICMS com Prazo Dilatado não Recolhido”, anexa a este auto, e no vencimento do prazo não houve 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 da parcela incentivada, foi calculado o saldo a recolher de acordo com o determinado no Regulamento do Programa Desenvolve, Decreto nº 8.205/2006, artigo 6º.”*

Período: novembro, dezembro de 2016 e janeiro de 2017.

Enquadramento legal: Artigos 32, 37 e 38 da Lei nº 7.014/96 c/c artigos 3º e 4º do Decreto nº 8.205/2002.

Multa aplicada no percentual de 50%, tipificada no art. 42, inciso I da Lei nº 7.014/96.

O autuado tempestivamente impugna o lançamento, conforme documentos às fls. 18 a 30, apresentando os argumentos conforme relato a seguir.

Inicialmente reproduz a acusação e diz que demonstrará equívocos da fiscalização que causaram a cobrança indevida pelo cometimento da infração apontada na autuação.

Discorre sobre o princípio da verdade material que se encontra albergado no art. 2º, do Regimento Interno deste CONSEF, aprovado pelo Decreto nº 7.592/99, bem como no art. 2º RPAF/99. Princípio este, que busca descobrir se realmente ocorreu, ou não, o fato gerador do tributo, permitindo ao julgador determinar diligências ou perícias, conforme o caso, a fim de conhecer os verdadeiros fatos envolvidos no processo.

Ressalta que o princípio da verdade material tem como regra básica, o aspecto de que o ônus da prova deve ser atribuído ao fisco. A ele cabe provar a ocorrência do fato gerador ou da infração que se quer imputar ao sujeito passivo. Somente deve haver inversão do ônus da prova e transferi-lo ao contribuinte, na hipótese de haver disposição expressas de norma legal neste sentido.

Refere-se ao princípio da inquisitorialidade que entende ser aplicável ao ramo do Direito Tributário, o qual preconiza que o fato gerador deve ser apurado de ofício, devendo a autoridade julgadora administrativa presidir a determinação do modo e da extensão dessa apuração, não estando adstrita apenas, as alegações e provas produzidas pelas partes. Portanto, as autoridades devem, sempre, atentar-se para as normas que regulamentam o processo administrativo fiscal, no tocante a ir em busca de novas provas, determinando, a pedido do sujeito passivo ou de ofício, a realização de perícias ou diligências necessárias. Assim, espera que os fatos e argumentos externados na defesa sejam apreciados pelos membros deste órgão julgador.

Argui preliminarmente nulidade do lançamento pela existência de diversos vícios insanáveis no processo, nos termos do RPAF/99, haja vista que de acordo com no seu art. 18, inciso I, um auto de infração que apresente eventuais incorreções ou omissões, ou que esteja viciado pela não observância de exigências meramente formais, contidas na legislação, não deve, de logo, ser julgado nulo, podendo ser objeto de revisão fiscal, a fim de que seja saneado. Dessa forma, requer a realização de revisão fiscal (diligência ou perícia fiscal).

Explica que no caso concreto, não se observa apenas eventuais omissões ou incorreções, e não sendo as exigências apenas de caráter meramente formal, entende não caber qualquer tipo de revisão fiscal, pois é o caso de nulidade do lançamento.

Assegura que após a leitura completa da impugnação, ficará claro que o auto de infração, possui omissões e incorreções de natureza grave, não apenas eventuais, e as exigências não observadas pelo autuante não são meramente formais.

Diz ter ocorrido cerceamento do direito de defesa, pelo fato da acusação não ter sido comprovada por meio de documentação, portanto, não pode prosperar, pois sequer o contribuinte foi notificado pelo preposto fiscal, acerca do início do processo administrativo fiscal em conformidade com RPAF/99, pois o autuante não o lavrou uma vez que se trata de um contribuinte ativo de forma regular no cadastro de contribuintes do Estado da Bahia, em plena atividade operacional sem qualquer irregularidade, sendo surpreendida pelo conhecimento e recebimento do auto de infração na residência do seu sócio.

Declara que o autuante não notificou a autuada sobre o início de fiscalização, que poderia ter feito através de visita ao estabelecimento, poderia ainda o autuante ter notificado o seu sócio na etapa inicial do procedimento de fiscalização, entretanto optou por penalizar a autuada em cobrar diferença do ICMS, com aplicação de multas.

Relata que o preposto fiscal enviou, através dos correios, ao sócio da autuada, o referido auto de infração que compreende uma síntese resumida, não permitindo a mesma saber como o autuante chegou aos valores apresentados na autuação, logo não teve como se defender pois, não foi apresentado planilhas auxiliares, deixando a compreensão de que o autuante chegou aos valores por convicção própria, sem observar as formalidades previstas na legislação em vigor.

Assevera que para uma acusação ser levada adiante, é imprescindível não só que seja descrita de forma clara, precisa e sucinta, mas que, acima de tudo, sejam trazidas à luz as provas necessárias à demonstração dos fatos arguidos pelo autuante, que dariam suporte fático à mesma.

Frisa que o autuante não atendeu ao que determina o art. 28, §4º, inc. II, do RPAF/99, e nem ao que dispõe o art. 46 do mesmo regulamento, já que os fatos por ele arguidos precisariam estar acobertados por provas matérias trazidas aos autos, o que não aconteceu.

Ressalta que diante desta omissão, ficou impedido de, no mérito, exercer o contraditório e a ampla defesa, já que o mesmo não tem conhecimento pleno dos fatos arguidos pelo autuante, no que diz respeito a situação cadastral dos destinatários das mercadorias. Portanto, entende que conforme o art. 18, incisos II, e IV, alínea “a”, do RPAF/99, não há outro caminho, senão o de julgar nula a autuação.

Em nova arguição de cerceamento do direito de defesa, pelo fato de não ter sido apontada com clareza nem precisão a suposta irregularidade fiscal, recorre ao que prevê o art. 39, III, do RPAF/99, que reproduz e assegura que *“o auto de infração para ser aceito como documento regular de cobrança de obrigação tributária precisa obedecer a diversos requisitos previstos na legislação.”*

Reforça que um dos requisitos essenciais do lançamento de ofício é a descrição clara, precisa e sucinta do que a autoridade fiscal entender como fato gerador do tributo. Portanto, deve estar indicado na peça de acusação, de forma transparente e precisa o fato gerador, o que daria respaldo para se levar a efeito a exigência tributária, no caso concreto a descrição da ocorrência em nada se aproxima de uma descrição clara, precisa e sucinta dos fatos, contrariando o disposto no art. 39, III, do RPAF/99. Para sustentar o argumento, cita e reproduz excertos da doutrina que trata da questão, no caso de fato gerador descrito de forma equivocada, obscura ou incompreensível, referindo-se ao jurista Alberto Xavier, reproduzindo trecho do livro Teoria Geral do Ato do Procedimento e do Processo Tributário, Ed. Forense, 2º edição, pg. 161/162.

Conclui que há razão suficiente para se decretar a nulidade do auto de infração, no tocante a infração 01.

Destaca que o CONSEF, nas suas decisões, tem deixado claro que não é aceitável que uma acusação obscura que não retrate com clareza qual o seu verdadeiro teor, reproduzindo ementas dos Acórdãos: JFJ nº 0520/99 – PAF nº 07096860/95; 5ª JFJ, JFJ nº 0787/99; PAF nº 206892.0016/99-5; 4ª JFJ.

Ao abordar o mérito, assegura que ficou demonstrado que há motivo para decretação da nulidade da infração, entretanto a disposição contida no art. 155, parágrafo único, do RPAF/99, que determina o julgamento pela improcedência do auto de infração, mesmo merecendo o ato de lançamento ser objeto de nulidade.

Salienta que a fiscalização se equivocou ao exigir o imposto apontado no auto de infração, cujo processo administrativo teve início ao mesmo tempo que foi lavrado o auto de infração em 15/05/2017, onde não consta assinatura do contribuinte.

Sublinha que os casos onde a infração teve sua constituição realizada em outro momento pelo fisco, foi objeto de discussão de julgadores cuja decisão recorrida foi a nulidade, proferida através de acórdão, reproduzido, onde os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do CONSEF, por unanimidade, decidiram não prover o recurso de ofício interposto e homologar a decisão recorrida que julgou NULO o Auto de Infração nº 210425.0017/14-8, lavrado contra Cerealista Recôncavo Ltda.

Observa que o decurso temporal de início do processo administrativo deverá ser diferente da lavratura do auto de infração, mas que por vontade própria ou sua convicção, o autuante resolveu penalizar o contribuinte com procedimento adverso da legislação em vigor.

Ressalta a abusividade da aplicação da multa de 50%, pois, entende que tal percentual foge das margens de multas aplicadas no país, prejudicando a continuidade das atividades dos comerciantes e empresários. Como consequência, sintetiza que tendo como base a multa de 50% do valor de uma infração que gira em torno de R\$144.640,47, repercute na multa de R\$72.320,38,

relevante dentro do valor devido para o pagamento do tributo, tornando-se um obstáculo para o cumprimento integral da obrigação tributária.

Cita jurisprudência que tem se posicionado de outra forma, transcrevendo ementa do julgamento do TRF-1 – AC: 68384 MG 2000.01.00.068384-1, Data de Julgamento: 10/07/2012, 5ª TURMA SUPLEMENTAR, Data de Publicação: e-DJF1 p.922 de 20/07/2012.

Requer que está seja retirada de forma integral a multa aplicada, visto que, sua aplicação foge ao percentual estabelecido pelos principais órgãos de fiscalização, como a Receita Federal e impede de forma direta o pagamento do tributo devido, objeto principal desta infração.

Por fim, pugna, sem prejuízo de outros pedidos já feitos, que seja reconhecida a nulidade e a improcedência da infração ora defendida. Em referência a infração que esta JJF visualiza situação de nulidade, pede que, não obstante o reconhecimento desta, seja decidida a improcedência das mesmas, pelos diversos motivos ora trazidos à luz, e face ao disposto no art. 155, parágrafo único, do RPAF/99.

Requer ainda, o direito de provar tudo quanto aqui foi alegado, por todos os meios admitidos em direito, inclusive por meio das diligências/perícias fiscais e de posterior juntada de novos documentos.

O autuante, por se encontrar aposentado, foi designado pela INFAZ, um Auditor Fiscal estranho ao feito que prestou a informação fiscal às fls. 53 e 53-v, apresentando as argumentações a seguir.

Registra inicialmente que ratifica em todos os seus termos a autuação, pelos fatos que demonstrará.

Informa que a empresa é beneficiária do Programa DESENVOLVE, dessa forma postergou o pagamento do ICMS, conforme permissão do programa. Verificando os pagamentos dos valores de ICMS postergado, não foi encontrado os respectivos recolhimentos, sendo lavrado o presente auto de infração.

Reforça a constatação pela verificação de todos os recolhimentos efetuados pela autuada no período de 2010 a 2018, onde observou a inexistência de recolhimentos relativos ao ICMS – DESENVOLVE da parcela postergada.

Pontua que a autuada argui nulidade do lançamento sem, contudo, apresentar motivação, citando apenas o art. 18 do RPAF/99, impedindo assim de serem apresentados argumentos pelo autuante sobre o argumento defensivo. Portanto, diz que o pedido de nulidade deve ser desconsiderado.

Reafirma que se encontram apensos aos autos – fls. 01 a 03, todos os elementos esclarecedores requeridos pelo art. 39 do RPAF/99, descaracterizando o argumento da defesa, ao alegar cerceamento do direito de defesa.

Requer que o auto de infração seja julgado procedente, tendo em vista a fragilidade dos argumentos apresentados nas arguições de nulidade e cerceamento do direito de defesa, assim como a comprovação dos recolhimentos dos valores alcançados pela autuação.

É o relatório.

VOTO

A presente autuação versa sobre a falta de recolhimento do ICMS – DESENVOLVE, da parcela dilatada, no prazo regulamentar informado na Declaração de Apuração Mensal do ICMS – DMA, declaração eletrônica estabelecida na legislação tributária, exigida de todos os contribuintes, inclusive aqueles beneficiados pelo Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – DESENVOLVE.

Constato que o autuado é habilitado a usufruir dos benefícios fiscais do Programa DESENVOLVE, pela Resolução do Conselho Deliberativo do DESENVOLVE nº 100/2010, de 15/06/2010, que lhe permitiu postergar o pagamento da parcela incentivada, vinculada ao Programa, em 72 (setenta e dois) meses, conforme previsto no Decreto nº 8.205/2002, e na citada resolução, fato que não

contesta, não comprovando nos autos o recolhimento do imposto da parcela dilatada, no vencimento do prazo, cujos saldos devedores apurados, foram regularmente informados nas Declarações de Apuração do ICMS – DMAs. Portanto, a exação fiscal está com fulcro em prova concreta e incontestada pela autuada, que não apresentou nenhuma prova ou evidência de ter efetuado os recolhimentos.

Preliminarmente, cabe registrar que foram observados todos os requisitos exigidos para lavratura do auto de infração, previstos no artigo 39 do RPAF/99. O lançamento tributário contém todos os elementos previstos nos incisos do citado dispositivo regulamentar, está acompanhado de planilhas impressas das quais o sujeito passivo recebeu cópia e dos demonstrativos dos levantamentos fiscais, que foram entregues, não presencialmente na sede do estabelecimento, mas, conforme demonstram os documentos, às fls. 11, 12, 14 e 15, através dos Correios no endereço do sócio, em razão da tentativa frustrada de entrega da intimação no endereço do estabelecimento.

Importante frisar que foram entregues juntamente com a intimação, fl. 14: cópia do Auto de Infração, Demonstrativo de Débito, Planilha DESENVOLVE – Apuração do ICMS com Prazo Dilatado não Recolhido, DMA – Apuração e Informações Complementares, referentes a outubro a dezembro de 2010. Dessa forma, não encontra razão o argumento defensivo de desconhecer os fatos e as acusações contidas na autuação, causando cerceamento de direito de defesa.

Ademais, os dispositivos infringidos e a capitulação legal da multa estão corretamente indicados, fundamentando a exigência fiscal e auxiliando o entendimento da infração apurada. Não detecto nos autos qualquer violação aos princípios da legalidade, do devido processo legal ou a quaisquer outros de direito constitucional, administrativo ou tributário, em especial os do processo administrativo fiscal. Foi garantido ao autuado o exercício da ampla defesa e do contraditório, o que está visivelmente caracterizada nos diversos aspectos abordados na defesa apresentada.

Verifico na planilha à fl. 04 e DMAs às fls. 05 a 07, que os valores objeto da exação, referem-se ao ICMS 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 resolução do Conselho Deliberativo que o habilitou. O autuante constata que no vencimento do prazo a empresa beneficiada não procedeu ao recolhimento do imposto, como deveria.

Quanto a arguição da defesa questionando a inexistência de prévia intimação ou lavratura de Termo de Início de Fiscalização, ressalto se tratar no presente caso de formalidade dispensável. Entendimento análogo foi externado no voto proferido pela Relatora Maria Auxiliadora Gomes Ruiz, e acolhido por unanimidade pelos membros da junta, no julgamento do PAF nº 271581.3002/16-1, pela 4ª Junta de Julgamento Fiscal – Acórdão JJF nº 0246-04/17, em resposta a argumento idêntico apresentado pelo autuado sobre matéria.

“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.”

Quanto a referência ao julgamento realizado pela 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do CONSEF, que por unanimidade decidiu não prover o Recurso de Ofício interposto e homologar a Decisão recorrida que julgou nulo o Auto de Infração nº 210425.0017/14-8, lavrado contra Cerealista Recôncavo Ltda., cabe registrar que tal julgamento não serve de paradigma para o caso em discussão, haja vista que o lançamento julgado nulo, teve por motivação outras razões, diferentes das tratadas no presente caso. A razão que anulou o lançamento foi a constituição do crédito tributário por agente incompetente.

Destarte, não acolho as preliminares de nulidade suscitadas pela defesa.

Ultrapassadas as questões preliminares, no mérito, o ponto crucial da lide se concentra na acusação fiscal da falta de recolhimento da parcela dilatada do ICMS, conforme estabelecida na legislação por contribuinte beneficiado pelo Programa DESENVOLVE.

O autuante elaborou demonstrativo fl. 04, acostou cópias das DMAs do período fiscalizado e da Resolução nº 100/2010, fl. 08, dando sustentação e exigência fiscal que totalizou R\$144.640,47. Conforme já mencionado, trata-se de falta de recolhimento a menos do ICMS com prazo de pagamento dilatado em 2010, devendo ser realizado seu recolhimento transcorrido o prazo de 72 meses em conformidade com a Resolução nº 100/2010 do Conselho Deliberativo do DESENVOLVE, que habilitou o contribuinte, aos benefícios do Programa.

A Lei nº 7.980/2001, instituidora do benefício fiscal no art. 5º, II e parágrafo único, determina que o valor do ICMS incentivado será registrado separadamente na escrita fiscal do contribuinte beneficiado e recolhido nos prazos previstos na autorização. Sobre o valor da parcela incentivada do ICMS incidirão juros limitados a até a Taxa Referencial de Juros a Longo Prazo - TJLP ou outra que a venha substituir.

Em se tratando de concessão de benefício fiscal, a dilação de prazo, como norma de exceção, no plano da incidência do tributo, deve ter os dispositivos legais interpretados de forma literal, devendo o aplicador da norma restringir-se ao que se encontra previamente prognosticado na norma.

Conforme disposto na Tabela I, anexa ao Regulamento do DESENVOLVE o pagamento antecipado da parcela dilatada, implica na concessão do desconto no valor devido, conforme considerou o autuante ao elaborar o demonstrativo à fl. 04. Constatada que as parcelas do imposto não foram adimplidas, nos prazos antecipados, é acertada a imposição do lançamento de ofício alcançando os valores não recolhidos, corrigido pela TJLP com a indicação da data do vencimento para fins da data de cálculo dos acréscimos legais.

Quanto a arguição defensiva da abusividade da multa de 50%, por considera-la excessiva, lembro que a multa sugerida, está tipificada art. 42, inciso I da Lei nº 7.014/96, sendo que o contribuinte extinguindo a exigência fiscal nos prazos fixados pelo COTEB, tem direito à sua redução nos percentuais previstos. A alegação de que se trata de multa confiscatória escapa à apreciação deste órgão julgador, haja vista que se trata de penalidade legal, em consonância com o art. 167, inciso I do RPAF/99.

Com relação ao pedido de cancelamento da penalidade aplicada à infração, não pode ser acatado, pois a mesma tem previsão na Lei nº 7.014/96, no art. 42, e este órgão julgador não tem competência para apreciar tal pedido ou redução de multa decorrente de obrigação principal, competência esta, exclusiva da Câmara Superior deste CONSEF, consoante o art. 25 do Regimento Interno do Conselho de Fazenda Estadual, aprovado pelo Decreto nº 7.592/99.

Pelo exposto, voto pela PROCEDENCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **2715810002/17-9**, lavrado contra **MM – INDÚSTRIA DE EMBALAGENS LTDA.** - ME devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$144.640,47**, acrescido da multa de 50%, prevista no art. 42, inciso I da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de dezembro de 2018.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS – RELATOR

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA - JULGADOR