

A. I. N° - 206888.0018/17-8
AUTUADO - MINERAÇÃO CARAÍBA S/A.
AUTUANTE - JOSÉ OLIVEIRA DE ARAÚJO
ORIGEM - IFEP NORTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 10/07/2019

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0068-01/19

EMENTA: ICMS. NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. Acatada a preliminar de nulidade. A imputação diz respeito à *falta de recolhimento, na data regulamentar, da parcela do ICMS não sujeita à dilação de prazo, de acordo com o previsto no artigo 18 do Decreto nº 8.205, de 03/04/2002*, ao passo que a matéria fática diz respeito a erro na determinação da parcela incentivada do Programa DESENVOLVE. Por implicar mudança do fulcro da imputação, é impossível dar prosseguimento à lide, em atendimento aos princípios constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 23/02/2017, formaliza a exigência de ICMS no valor histórico total de R\$1.049.022,54, acrescido da multa de 60%, em decorrência do cometimento da seguinte infração à legislação do ICMS, imputada ao autuado: *Falta de recolhimento, na data regulamentar, da parcela do ICMS não sujeita à dilação do prazo, de acordo com o previsto no Art. 18 do Decreto nº 8.205, de 03/04/2002*. Período de ocorrência: janeiro a dezembro de 2014, janeiro a julho, setembro, novembro e dezembro de 2015.

O autuado, por intermédio de advogados legalmente constituídos, apresentou defesa (fls.16 a 29). Reporta-se sobre a tempestividade da peça defensiva. Discorre sobre os fatos que ensejaram a autuação. Em caráter preliminar, argui a nulidade do lançamento por precariedade da autuação e não cumprimento dos requisitos que regem o lançamento tributário.

Afirma que a autuação vai de encontro ao art. 142 do Código Tributário Nacional que rege o lançamento tributário, que confere competência à Fiscalização para o exercício desta importante função e, ao mesmo tempo, estabelece os parâmetros e limites necessários para que a realização da atividade do lançamento se opere dentro da legalidade e com observância ao princípio da segurança jurídica. Reproduz o referido artigo do CTN.

Diz que há a necessidade, pelos próprios princípios que regem a Administração, notadamente os princípios da motivação e da legalidade, da verificação da ocorrência do fato gerador, com a efetiva análise da verdade material dos fatos, a fim de se averiguar o cumprimento das obrigações tributárias pelo contribuinte. Acrescenta que isto quer dizer que o ato de lançamento não pode ser simplesmente realizado com base em uma incompleta averiguação dos fatos e documentos dos quais se extrai a matéria tributável, mas sim em verdadeira investigação, na qual todos os critérios da hipótese de incidência sejam apurados, com a devida investigação e posterior descrição completa do fato gerador supostamente ocorrido. Neste sentido, invoca e reproduz o art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Frisa que existe a obrigatoriedade da descrição clara e precisa dos fatos que nada mais é do que a estrita observância aos princípios da tipicidade e da legalidade, os quais como regra aduzem que a tributação não pode recair sobre qualquer fato, mas só sobre aqueles eleitos pela lei.

Alega que no lançamento em tela resta evidente que não foi cumprido o mandamento legal, na medida em que a Fiscalização não demonstrou o perfeito enquadramento dos fatos concretos às

normas de incidência do ICMS, aduzindo, apenas, uma suposta ocorrência de fatos geradores não tributados, presumindo, sem comprovação e apuração dos fatos se as suas alegações de fato procedem. Ou seja, verifica-se claramente que a Fiscalização lançou o tributo sem sequer se preocupar em investigar se foi ou não cumprida a legislação tributária relativa ao ICMS ou se as infrações efetivamente ocorreram, ou se os valores apontados efetivamente correspondem às infrações imputadas!

Assevera que o autuante apresentou valores e fatos sem qualquer comprovação e detalhamentos, sem a apresentação de planilhas demonstrativas das datas das infrações, dos valores específicos de cada suposta infração. Ou seja, não houve correta apuração dos fatos para que houvesse a lavratura do Auto de Infração.

Diz que precisamente o autuante apenas se limitou a juntar uma tabela que em nada comprova a prática de ilícitudes. Ressalta que, além disso, referida tabela contém erros de informação que não condizem com a verdade material dos fatos.

Afirma que o autuante não apurou os fatos conforme determina a Norma Tributária acima destacada, deixando totalmente de lado a necessidade de se chegar à verdade material dos fatos, princípio salutar do processo administrativo. Alega que não foi verificada com exatidão a data do cometimento das supostas infrações, a descrição exata dos fatos tributáveis, a efetiva ocorrência de fatos geradores, pelo que pode ser observada uma falta efetiva de averiguação na imputação de infrações!

Diz que desse modo, a autuação merece subsunção à norma disposta no art. 18, IV, “a”, do RPAF, que determina ser nulo o Auto de Infração em que seja impossível determinar com segurança a infração cometida, haja vista todos os equívocos nos fatos anteriormente demonstrados, isto é, por não atender aos requisitos mínimos necessários para ser lavrado, deve ser considerado nulo.

Consigna que resta claro que a Fiscalização presumiu, sem base legal e em inobservância à legislação, que a apuração da parcela do ICMS não sujeita à dilação do prazo não foi calculada de acordo com a previsão legal, sem, contudo, indicar precisamente qual equívoco teria ocorrido.

Salienta que não obstante a demonstrada falha na apuração dos fatos a Fiscalização olvidou-se em realizar a subsunção às normas vigentes à época dos supostos fatos geradores, fazendo incidir alíquotas não vigentes à época dos fatos. Menciona, como exemplo, os meses de janeiro de 2014 e janeiro de 2015, o que, segundo alega, implica na constatação da aplicação retroativa da alteração do RICMS/BA de 2012, pela Lei nº 13.461, de 10/12/15, que só entrou em vigor em 10/03/2016.

Afirma que nessa linha, o lançamento indevido em questão viola diretamente o art. 105 do Código Tributário Nacional ao inobservar a vedação de irretroatividade das leis, bem como a impossibilidade de impor exigências com base em normas não vigentes à época do fato gerador.

Diz que caberia ao autuante promover a devida fundamentação e aplicação legal a cada momento apurado na exação, o que não ocorreu, ensejando o reconhecimento da nulidade das infrações lançadas por vício insanável em suas fundamentações.

Conclusivamente, sustenta que o Auto de Infração merece ser julgado nulo, por descumprimento de requisitos essenciais ao lançamento, nos moldes demonstrados.

No mérito, consigna que, por cautela, caso sejam superados todos os óbices acima apontados, passa a demonstrar as razões pelas quais merece ser reconhecida a improcedência do lançamento em lide.

Reporta-se sobre a alegação de comprovação de regularidade do lançamento da parcela incentivada pelo Programa DESENVOLVE.

Observa que a Fiscalização sugere por meio do lançamento em lide que a empresa teria omitido recolhimentos de ICMS, por força de suposto erro na determinação das parcelas sujeitas à dilação de prazo, em decorrência do benefício fiscal do Programa DESENVOLVE.

Sustenta que existe absoluta incompatibilidade do lançamento com a realidade fática e escritural da empresa.

Assinala que conforme já reconhecido pela Fiscalização, a empresa foi habilitada no Programa DESENVOLVE, gozando, desde então, dos benefícios do referido programa.

Salienta que é possível extrair dos Livros de Apuração (Doc. 04) da empresa que os lançamentos das parcelas incentivadas encontram-se sob a rubrica *saídas*, constando ainda o código CFOP 5101 (saída de concentrado), além do respectivo débito decorrente desta operação. Diz que cumprindo, inclusive, o quanto determinado pela legislação de regência de forma ainda mais restritiva, posto que as normas indicam sempre que a dilação do prazo de pagamento será do saldo devedor mensal do ICMS normal!

Afirma que os valores apontados na autuação não detêm qualquer fundamento, ou equivalência com os valores apontados nos registros contábeis da empresa, razão pela qual sua reforma é imperiosa.

Consigna que os livros de apuração e planilhas colacionadas demonstram a disparidade dos valores, comprovando a imprecisão dos valores apontados pelo autuante em todos os meses objeto da autuação.

Ressalta que a divergência de informações é tão absurda que nem mesmo há qualquer justificativa ou comprovação em relação às informações utilizadas para apuração dos supostos valores devidos em razão da nova apuração do benefício pelo Programa DESENVOLVE razão pela qual, segundo diz, fica igualmente demonstrada a insubsistência da exação neste ponto.

Diz que é possível concluir que não houve qualquer omissão por parte da empresa quando da determinação das parcelas incentivadas ou lançamento do ICMS devido e igualmente recolhido, razão pela qual requer seja a impugnação julgada improcedente [sic].

Prosseguindo, reporta-se sobre a alegação de necessidade de redução da multa, em razão do caráter confiscatório do percentual fixado.

Observa que a aludida multa foi arbitrada para cada uma das supostas infrações, com base no art. 42, inciso II, alínea “f”, da Lei Estadual nº 7.014/96, sendo exigida no patamar de 60%.

Consigna que se não bastasse o lançamento das infrações com erro de fundamentação e decorrente da clara inobservância fática quanto da fiscalização, requer seja afastada a exigência da multa punitiva arbitrada em patamar inequivocamente excessivo.

Diz que a função da multa de natureza punitiva é exclusivamente inibitória, ou seja, imposta com o intuito de fazer com que o Contribuinte não deixe de cumprir eventual obrigação tributária. Registra que fica claro o papel da multa nas palavras do Min. Gilmar Mendes, conforme excertos de decisão que reproduz.

Alega que no presente caso, a multa foi arbitrada sem qualquer observância à sua finalidade precípua ou à limitação constitucional do art. 150, inciso IV, cujo interesse é garantir ao Contribuinte punição pautada nos parâmetros de razoabilidade e proporcionalidade. Registra que sobre o tema, o Supremo Tribunal Federal, em casos recentes, já firmou posicionamento, conforme textos que transcreve. Acrescenta que no mesmo sentido entende a Procuradoria Geral da República, conforme se extrai do opinativo do MPF apresentado no Recurso Extraordinário nº 633214-PR, interposto pela União em defesa da multa punitiva aplicada no patamar de 75%, cuja reprodução apresenta.

Conclusivamente, diz que resta evidente a necessidade de ser rechaçada a multa de 60% a fim de que, em caso de manutenção das infrações, esta penalidade seja reduzida para percentual não superior a 20%, por meio do nítido e constitucional fundamento de atendimento à vedação ao confisco.

Continuando, reporta-se sobre a realização de diligência. Aduz que na busca da verdade material, a Fiscalização, assim como os membros que compõe os órgãos administrativos de julgamento, tem que exaurir os meios de provas postos ao seu alcance, sopesando as informações colhidas e contrapondo-as aos fatos que se busca validar.

Diz que, dessa forma, e com base nas incongruências apresentadas, as acusações feitas pela

Fiscalização não são suficientes para autorizar a manutenção do lançamento tendo em vista a inocorrência da aludida violação, consoante demonstrado de forma clara e objetiva pelas razões da defesa.

Conclusivamente, consigna que, em caso de não se decidir de plano pela nulidade ou improcedência do Auto de Infração, conforme demonstrado acima, pugna pela realização de diligência, no intuito de que seja comprovada a correção da apuração realizada pela empresa, tendo em vista a manifesta incorreção dos dados que lastreiam a autuação.

Finaliza a peça defensiva requerendo a nulidade do Auto de Infração ou, no mérito, a sua improcedência. Protesta pela juntada posterior de provas, assim como pela produção de todos os meios de provas permitidos em direito, inclusive pela realização de perícia e diligência fiscal, na forma do art. 123 e art. 45 do RPAF/BA. Requer, ainda, que as intimações sejam feitas sempre em nome do seu patrono, Diego Marcel Costa Bomfim, inscrito na OAB/BA sob o nº 30.081-A, com endereço profissional na Rua Agnelo de Brito, nº 90, Edifício Garibaldi Memorial, 5º andar, Federação – CEP 40.210-245, Salvador/BA.

O autuante prestou Informação Fiscal (fls.172 a 180). Consigna que lavrou o Auto de Infração exigindo ICMS apurado na fiscalização sobre utilização indevida de créditos fiscais, no valor original de R\$1.049.022,54.

Diz que a *infração encontra-se narrada na folha 2 do presente processo*.

Apresenta um demonstrativo no qual consta as seguintes colunas: *MÊS/ANO; Saldo Dev desenvolve; (-) Difal; (-) IncentivSai; BC clas Incent I 90%; Incent Lanç; Incent Içanç a Maior*.

Salienta que além do referido demonstrativo, as demais informações estão gravadas na mídia eletrônica acostada à fl. 10, cuja cópia foi entregue ao autuado quando da ciência do Auto de Infração, sendo tal procedimento efetuado via postal em 13/03/2017, conforme documento assinado acostado à fl. 24, pelo preposto da empresa senhor Vinícius Carvalho.

Contesta as alegações defensivas atinentes à nulidade do lançamento. Diz que a descrição da infração encontra-se fundamentada na legislação. Observa que não há nulidade sem prejuízo. Invoca e reproduz o artigo 18 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, para afirmar que as alegações defensivas não surtirão qualquer efeito, especialmente em face do § 2º do citado RPAF. Diz que o Auto de Infração foi lavrado por autoridade competente, ou seja, Auditor Fiscal, em pleno exercícios de suas funções fiscalizadoras e em cumprimento de ordem de serviço específica emitida exclusivamente para esse fim.

Assinala que para comprovar a ausência de pagamentos que o impugnante alega ter efetuado, apresenta relação dos pagamentos do exercício de 2016, onde não se constata qualquer pagamento referente ao Programa DESENVOLVE no exercício de 2016.

Ressalta que as planilhas em questão não afirmam que em relação aos exercícios de 2014 e 2015 não houve pagamentos, mas sim que os valores recolhidos foram efetuados em valores inferiores aos efetivamente devidos.

Diz que em face dos comprovantes dos pagamentos efetuados pelo autuado, em relação ao exercício de 2016, fica comprovada a omissão do contribuinte, que de fato não recolheu o ICMS a que estava obrigado a pagar, referente às parcelas não dilatáveis do Programa DESENVOLVE, estando desse modo correta a lavratura do Auto de Infração e prejudicada a defesa apresentada pelo autuado.

Finaliza a Informação Fiscal mantendo integralmente o Auto de Infração.

A 1ª Junta de Julgamento Fiscal converteu o feito em diligência à IFEP NORTE (fl.185), para que intimasse o autuado, entregando-lhe no ato, mediante recibo específico, cópia de todos os elementos elaborados pelo autuante que compõem o presente processo - planilha, demonstrativo, Informação Fiscal, etc., inclusive mediante mídia eletrônica - e do termo de diligência. Na oportunidade, deveria ser informado ao autuado da reabertura do prazo de defesa de 60 (sessenta)

dias, a contar da ciência do recebimento da intimação.

O autuado, cientificado da diligência, apresentou Defesa (fls. 197 a 219).

Reporta-se sobre a tempestividade da peça defensiva. Diz que nos termos indicados no despacho de reabertura do prazo para apresentação de impugnação (Doc. 02) foi fixado, com fundamento nos artigos 123 do RPAF e 132, II do COTEB, o prazo de 60 (sessenta) dias, contados da data de intimação. Acrescenta que tendo sido intimado em 12/12/2017 (terça-feira), o prazo para defesa encerraria no 10/02/2018 (sábado), contudo, considerando que na referida data não há expediente no órgão administrativo, o prazo resta prorrogado para o dia 12/02/2018 (segunda-feira).

Discorre sobre os fatos que ensejaram a autuação. Consigna que sendo devidamente intimado, em que pese o respeitável trabalho desenvolvido pela Fiscalização quando do lançamento, há de se reconhecer a total improcedência da autuação, haja vista que esta não contém documentos hábeis a demonstrar o suposto erro cometido pela empresa, até porque possui documentos que demonstram, claramente, a inexistência da referida infração.

Preliminarmente, argui a nulidade do lançamento por precariedade da autuação e não cumprimento dos requisitos que regem o lançamento tributário.

De início, diz que não pode se furtar de apontar a manutenção do víncio do lançamento tributário, em que pese o acesso à mídia eletrônica que acompanha a autuação, decorrente da precariedade da acusação fiscal que não atende aos requisitos mínimos de validade e tampouco observa a verdade material dos fatos ou aplica corretamente a norma impositiva no tempo.

Afirma que a autuação vai de encontro ao art. 142 do Código Tributário Nacional que rege o lançamento tributário, que confere competência à Fiscalização para o exercício desta importante função e, ao mesmo tempo, estabelece os parâmetros e limites necessários para que a realização da atividade do lançamento se opere dentro da legalidade e com observância ao princípio da segurança jurídica. Reproduz o referido artigo do CTN.

Diz que há a necessidade, pelos próprios princípios que regem a Administração, notadamente os princípios da motivação e da legalidade, da verificação da ocorrência do fato gerador, com a efetiva análise da verdade material dos fatos, a fim de se averiguar o cumprimento das obrigações tributárias pelo contribuinte. Acrescenta que isto quer dizer que o ato de lançamento não pode ser simplesmente realizado com base em uma incompleta averiguação dos fatos e documentos dos quais se extrai a matéria tributável, mas sim em verdadeira investigação, na qual todos os critérios da hipótese de incidência sejam apurados, com a devida investigação e posterior descrição completa do fato gerador supostamente ocorrido. Neste sentido, invoca e reproduz o art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Frisa que existe a obrigatoriedade da descrição clara e precisa dos fatos que nada mais é do que a estrita observância aos princípios da tipicidade e da legalidade, os quais como regra aduzem que a tributação não pode recair sobre qualquer fato, mas só sobre aqueles eleitos pela lei.

Alega que no lançamento em tela resta evidente que não foi cumprido o mandamento legal na medida em que a Fiscalização não demonstrou o perfeito enquadramento dos fatos concretos às normas de incidência do ICMS, aduzindo, apenas, uma suposta ocorrência de fatos geradores não tributados, presumindo, sem comprovação e apuração dos fatos se as suas alegações de fato procedem. Ou seja, verifica-se claramente que a Fiscalização lançou o tributo sem sequer se preocupar em investigar se foi ou não cumprida a legislação tributária relativa ao ICMS ou se as infrações efetivamente ocorreram, ou se os valores apontados efetivamente correspondem às infrações imputadas!

Assevera que o autuante apresentou valores e fatos sem qualquer comprovação e detalhamentos, sem a apresentação de planilhas demonstrativas das datas das infrações, dos valores específicos de cada suposta infração. Ou seja, não houve correta apuração dos fatos para que houvesse a lavratura do Auto de Infração.

Diz que precisamente o autuante apenas se limitou a juntar uma planilha com as informações prestadas pela própria empresa quanto da fiscalização, com a descrição das operações e seis respectivos valores e códigos. Afirma que os cálculos apresentados em nada comprovam a prática de ilícitudes. Ressalta que, além disso, referida tabela contém erros de informação que não condizem com a verdade material dos fatos.

Afirma que o autuante não apurou os fatos conforme determina a Norma Tributária acima destacada, deixando totalmente de lado a necessidade de se chegar à verdade material dos fatos, princípio salutar do processo administrativo. Alega que não foi verificada com exatidão a data do cometimento das supostas infrações, a descrição exata dos fatos tributáveis, a efetiva ocorrência de fatos geradores, pelo que pode ser observada uma falta efetiva de averiguação na imputação de infrações.

Salienta que na Informação Fiscal o autuante alega que não haveria nulidade do Auto de Infração, porque este fora lavrado por autoridade competente em pleno exercício de sua função, e conclui afirmando, neste sentido, que não se pode falar em nulidade quando não há prejuízo.

Observa que o autuante afirma que para provar a ausência dos pagamentos por parte da empresa, anexou a Informação Fiscal planilha de pagamentos do exercício de 2016, onde não se constata qualquer pagamento relativo ao DESENOLVE no referido exercício. Ressalta o impugnante que no entanto, o Auto de Infração trata tão somente de suposta inclusão indevida de parcela não incentivada na apuração dos valores sujeitos a dilação de prazo pelo DESENOLVE nos exercícios de 2014 e 2015.

Diz que tal afirmação apenas corrobora a patente nulidade da autuação, uma vez que a inclusão, por meio de Informação Fiscal, de objeto totalmente alheio ao Auto de Infração, prova que não houve verificação detalhada dos fatos ocorridos para lastrear o lançamento, omitindo-se o autuante no que tange ao princípio da busca da verdade material.

Aduz que desse modo, a autuação merece subsunção à norma disposta no art. 18, IV, “a”, do RPAF, que determina ser nulo o Auto de Infração em que seja impossível determinar com segurança a infração cometida, haja vista todos os equívocos nos fatos anteriormente demonstrados, isto é, por não atender aos requisitos mínimos necessários para ser lavrado, deve ser considerado nulo.

Assevera que não lhe pode ser exigido sem qualquer respaldo na legislação pátria, quer seja por exigir tributo que jamais poderia ser exigido, caso de suspensão de ICMS devidamente comprovada, quer seja porque não praticou as infrações imputadas.

Consigna que resta claro que a Fiscalização presumiu, sem base legal e em inobservância à legislação, que a apuração da parcela do ICMS não sujeita à dilação do prazo não foi calculada de acordo com a previsão legal, sem, contudo, indicar precisamente qual equívoco teria ocorrido.

Salienta que não obstante a demonstrada falha na apuração dos fatos a Fiscalização olvidou-se em realizar a subsunção às normas vigentes à época dos supostos fatos geradores, fazendo incidir alíquotas não vigentes à época dos fatos. Menciona, como exemplo, os meses de janeiro de 2014 e janeiro de 2015, o que, segundo alega, implica na constatação da aplicação retroativa da alteração do RICMS/BA de 2012, pela Lei nº 13.461, de 10/12/15, que só entrou em vigor em 10/03/2016.

Afirma que nessa linha, o lançamento indevido em questão viola diretamente o art. 105 do Código Tributário Nacional ao inobservar a vedação de irretroatividade das leis, bem como a impossibilidade de impor exigências com base em normas não vigentes à época do fato gerador.

Sustenta que caberia ao autuante promover a devida fundamentação e aplicação legal a cada momento apurado na exação, o que não ocorreu, ensejando o reconhecimento da nulidade das infrações lançadas por vício insanável em suas fundamentações.

Conclusivamente, assevera que o Auto de Infração merece ser julgado nulo, por descumprimento de requisitos essenciais ao lançamento, nos moldes demonstrados.

No mérito, consigna que, por cautela, caso sejam superados todos os óbices acima apontados,

passa a demonstrar as razões pelas quais merece ser reconhecida a improcedência do lançamento em lide.

Reporta-se sobre a alegação de comprovação de regularidade do lançamento da parcela incentivada pelo Programa DESENVOLVE.

Observa que a Fiscalização sugere por meio do lançamento em lide que a empresa teria omitido recolhimentos de ICMS, por força de suposto erro na determinação das parcelas sujeitas à dilação de prazo, em decorrência do benefício fiscal do Programa DESENVOLVE.

Sustenta que existe absoluta incompatibilidade do lançamento com a realidade fática e escritural da empresa.

Assinala que conforme já reconhecido pela Fiscalização, a empresa foi habilitada no Programa DESENVOLVE, gozando, desde então, dos benefícios do referido programa.

Salienta que é possível extrair dos Livros de Apuração (Doc. 03) da empresa que os lançamentos das parcelas incentivadas encontram-se sob a rubrica *saídas*, constando, ainda, o código CFOP 5101 - *saída de concentrado-*, além do respectivo débito decorrente desta operação, cumprindo, inclusive, o quanto determinado pela legislação de regência.

Afirma que os valores apontados na autuação não detêm qualquer fundamento, ou equivalência com os valores apontados nos registros contábeis da empresa, razão pela qual sua reforma é imperiosa.

Aduz que por meio de simples análise das informações prestadas pela empresa no momento da fiscalização, é possível notar que esta realizou o cálculo da parcela com dilação de prazo considerando o que dispõe a Instrução Normativa nº 27/2009. Ou seja, apurando a parcela a ser dilatada apenas em relação às operações incentivadas.

Observa que em conformidade com a referida Instrução Normativa, o saldo devedor mensal do ICMS a recolher passível de incentivo pelo DESENVOLVE será apurado com a dedução dos débitos fiscais não vinculados ao projeto aprovado do saldo devedor mensal do ICMS a recolher, acrescentando ainda créditos fiscais não vinculados ao projeto.

Diz que se verifica, em exame da planilha apresentada pelo autuante, de forma clara, que não foi observada a fórmula consignada pela legislação vigente para apuração do saldo devedor sujeito à dilação de prazo pelo DESENVOLVE, uma vez que este não incluiu no cálculo a soma referente ao estorno de débito em cada mês, o que, segundo diz, evidencia mais uma incorreção da Fiscalização.

Afirma que desse modo, conclui-se que o incentivo supostamente lançado a mais, consiste, em verdade, em uma redução indevida da base de cálculo para apuração da parcela com dilação de prazo, visto que a Fiscalização omitiu-se em computar o crédito referente a estornos de débitos não vinculados ao projeto industrial aprovado, previsto no item “2.2.23” da Instrução Normativa nº 27/2009.

Sustenta que nesta senda, não deve persistir o argumento fiscal de que o contribuinte incluiu na base de cálculo da parcela incentivada débitos não passíveis de dilação. Diz que neste sentido, incorre em mais um erro a planilha apresentada pelo autuante, ao deduzir as saídas não incentivadas que sequer foram incluídas na apuração realizada pela empresa, resultando em redução indevida da base de cálculo da parcela incentivada.

Assevera que dessa forma, resta evidente que a diferença apontada na planilha apresentada na autuação resulta tão somente do erro de cálculo do próprio autuante que não considerou a soma do valor referente a “Estorno de Débitos”, conforme rege a legislação.

Salienta que ao proceder ao cálculo conforme dispõe a referida instrução normativa, é possível concluir que a empresa, em verdade, realizou pagamento a mais do que o devido, como se verifica, por exemplo, nos meses janeiro, fevereiro, junho, setembro e outubro do exercício de 2014.

Acrescenta que a planilha apresentada pelo autuante contém ainda diversos erros de cálculo, além de valores em divergência ao quanto demonstrado no livro de apuração da empresa, de maneira a provar cabalmente a insubsistência do presente Auto de Infração.

Assinala que desse modo, demonstra a disparidade entre os valores, comprovando a imprecisão dos montantes apontados pelo autuante em todo período fiscalizado, com base nos Livros de Apuração e planilhas colacionadas aos autos.

Alega que a divergência de informações é tão acentuada que nem mesmo há qualquer justificativa ou comprovação, mesmo depois da Informação Fiscal, em relação aos parâmetros utilizados para os supostos valores devidos em razão da apuração do benefício pelo DESENVOLVE, razão pela qual fica igualmente demonstrada a insubsistência da exação neste ponto.

Consigna que é possível concluir que não houve qualquer omissão ou erro na apuração por parte da empresa quando da determinação das parcelas incentivadas para lançamento do ICMS devido e recolhido, pelo que requer seja a impugnação (sic) julgada totalmente improcedente.

Prosseguindo, reporta-se sobre a alegação de necessidade de redução da multa, em razão do caráter confiscatório do percentual fixado.

Consigna que na remota hipótese de serem afastados os argumentos defensivos apresentados, quer seja de nulidade, quer seja de mérito, o que admite apenas pelo princípio da eventualidade, deve-se observar a necessidade de redução do percentual fixado a título de multa.

Diz que a aludida multa foi arbitrada para cada uma das supostas infrações, com base no art. 42, inciso II, alínea "f", da Lei Estadual nº 7.014/96, sendo exigida no patamar de 60%.

Consigna que se não bastasse o lançamento das infrações com erro de fundamentação e decorrente da clara inobservância fática quando da fiscalização, requer seja afastada a exigência da multa punitiva arbitrada em patamar inequivocamente excessivo.

Diz que a função da multa de natureza punitiva é exclusivamente inibitória, ou seja, imposta com o intuito de fazer com que o Contribuinte não deixe de cumprir eventual obrigação tributária. Registra que fica claro o papel da multa nas palavras do Min. Gilmar Mendes, conforme excertos de decisão que reproduz.

Alega que no presente caso, a multa foi arbitrada sem qualquer observância à sua finalidade precípua ou à limitação constitucional do art. 150, inciso IV, cujo interesse é garantir ao Contribuinte punição pautada nos parâmetros de razoabilidade e proporcionalidade. Registra que sobre o tema, o Supremo Tribunal Federal, em casos recentes, já firmou posicionamento, conforme textos que transcreve. Acrescenta que no mesmo sentido entende a Procuradoria Geral da República, conforme se extrai do opinativo do MPF apresentado no Recurso Extraordinário nº 633214-PR, interposto pela União em defesa da multa punitiva aplicada no patamar de 75%, cuja reprodução apresenta.

Conclusivamente, diz que resta evidente a necessidade de ser rechaçada a multa de 60% a fim de que, em caso de manutenção das infrações, esta penalidade seja reduzida para percentual não superior a 20%, por meio do nítido e constitucional fundamento de atendimento à vedação ao confisco.

Continuando, reporta-se sobre a realização de diligência. Aduz que na busca da verdade material, a Fiscalização, assim como os membros que compõe os órgãos administrativos de julgamento, tem que exaurir os meios de provas postos ao seu alcance, sopesando as informações colhidas e contrapondo-as aos fatos que se busca validar.

Diz que, dessa forma, e com base nas incongruências apresentadas, as acusações feitas pela Fiscalização não são suficientes para autorizar a manutenção do lançamento tendo em vista a inocorrência da aludida violação, consoante demonstrado de forma clara e objetiva pelas razões da defesa.

Conclusivamente, consigna que em caso de não se decidir de plano pela nulidade ou

improcedência do Auto de Infração, com base em tudo que foi demonstrado acima, pugna que seja determinada a realização de diligência, no intuito de que seja comprovada a correção da apuração realizada pela empresa, com base na legislação em vigor, especialmente na Instrução Normativa que trata da matéria, tendo em vista a manifesta incorreção dos dados que lastreiam a autuação.

Finaliza a peça defensiva requerendo a nulidade do Auto de Infração ou, no mérito, a sua improcedência. Protesta pela juntada posterior de provas, assim como pela produção de todos os meios de provas permitidos em direito, inclusive pela realização de perícia e diligência fiscal, na forma do art. 123 e art. 45 do RPAF/BA. Requer, ainda, que as intimações sejam feitas sempre em nome do seu patrono, Diego Marcel Costa Bomfim, inscrito na OAB/BA sob o nº 30.081-A, com endereço profissional na Rua Agnelo de Brito, nº 90, Edifício Garibaldi Memorial, 5º andar, Federação – CEP 40.210-245, Salvador/BA.

A 1ª Junta de Julgamento Fiscal converteu o feito em diligência à IFEP/NORTE (fl.229), a fim de que fosse dada ciência ao autuante da Defesa apresentada pelo autuado e que fosse prestada a Informação Fiscal abrangendo todos os aspectos aduzidos na peça defensiva.

O Auditor Fiscal estranho ao feito designado para prestar a Informação Fiscal, em face da aposentadoria do autuante, se pronunciou (fls. 238 a 243).

Observa que o Auto de Infração em lide exige ICMS no valor histórico de R\$1.049.022,54, referente às parcelas incentivadas pelo Programa DESENVOLVE, em decorrência de o autuado não ter efetuado o pagamento da parcela não incentivada;

Apresenta a descrição da conduta infracional imputada ao autuado conforme consta no Auto de Infração. Ou seja: *Falta de recolhimento, na data regulamentar, da parcela do ICMS não sujeita à dilação de prazo, de acordo com o previsto no artigo 18 do Decreto nº 8.205, de 03/04/2002.*

Reproduz o art. 18 do Decreto nº 8.205, de 03/04/2002.

Salienta que ainda consta no Auto de Infração o enquadramento da conduta infracional do contribuinte, nos seguintes termos:

Enquadramento Legal: Art. 38 da Lei 7.014/96 c/c art. 18 do Decreto nº 8205, de 03/04/2002.

Multa aplicada: Art. 42, inciso II, alínea “f” da Lei nº 7.014/96.

Consigna que considerando que o autuante já se pronunciou sobre a Defesa inicial apresentada pelo autuado, produzindo a Informação Fiscal de fls. 172 a 180, resta-lhe se pronunciar sobre os argumentos defensivos aduzidos na Defesa de fls. 197 a 214.

Afirma que o autuado não traz qualquer inovação na peça defensiva apresentada, repetindo os mesmos argumentos aduzidos na Defesa inicial de fls. 16 a 29, a despeito da diligência determinada à fl.185, ter como objetivo a entrega ao contribuinte de todos os elementos que compunham o PAF. Acrescenta que a diligência foi cumprida, inclusive, com relação às devidamente rechaçada pelo autuante.

Ressalta que apesar de o autuado ter juntado a Defesa demonstrativos, planilhas, comprovantes de pagamentos (fls.217 a 225), extraídos dos autos, repete na peça defensiva que: ... a *Fiscalização não demonstrou o perfeito enquadramento dos fatos concretos às normas de incidência do ICMS, aduzindo, apenas, uma suposta ocorrência de fatos geradores não tributados, presumindo, sem comprovação e apuração dos fatos se as suas alegações de fato procedem, bem como por ter a Fiscalização apresentado valores e fatos sem qualquer comprovação e detalhamentos, sem a apresentação de planilhas demonstrativas das datas das infrações, dos valores específicos de cada suposta infração.*

Salienta que o autuado alega que têm documentos hábeis a demonstrar a clara inexistência da infração, contudo sem colacionar estes documentos ao PAF.

Afirma que o Auto de Infração não contém qualquer mácula que enseje a sua nulidade, e, no mérito, está sustentado na legislação vigente, especialmente, no artigo. 18 do Decreto nº 8205/2002,

que Regulamenta o Programa DESENVOLVE e, também, no artigo 38 da Lei nº 7.014/96.

Acrescenta que o Auto de Infração preenche todos os requisitos previstos no artigo 39 do Decreto nº 7629/1999 [RPAF], de modo que, não contém qualquer vício formal, ficando rechaçadas as alegações defensivas.

Consigna que o autuado ao tratar do mérito propriamente dito, alega que: *A fiscalização sugere por meio do lançamento ora combatido que a Impugnante teria omitido recolhimento do ICMS, por força de suposto erro na determinação das parcelas sujeitas à dilação de prazo, em decorrência do benefício fiscal denominado "DESENVOLVE."*.

Assevera que essa alegação defensiva é fruto da própria imaginação do autuado, na tentativa de se eximir de pagar o tributo devido, além de levar o julgador a erro. Chama a atenção dos julgadores no sentido de que a infração se encontra descrita de forma simples e direta, não deixando qualquer dúvida quanto à ilicitude cometida pelo autuado. Ou seja: *Falta de recolhimento, na data regulamentar, da parcela do ICMS não sujeita à dilação de prazo, de acordo com o previsto no artigo 18 do Decreto nº 8.205, de 03/04/2002*.

Ressalta que conforme pode ser lido acima, e o quanto consta do artigo 18 do Decreto 8205/02, não há qualquer menção a erro na apuração do imposto.

Reitera que diversamente do alegado pelo autuado, a única acusação fiscal feita neste PAF, se refere exclusivamente à *Falta de recolhimento, na data regulamentar, da parcela do ICMS não sujeita à dilação de prazo, de acordo com o previsto no artigo 18 do Decreto nº 8.205, de 03/04/2002*.

Ressalta que a adesão ao Programa DESENVOLVE ocorre por opção do contribuinte, de modo que, não é razoável acreditar, que este desconheça as regras pela forma de tributação que ele mesmo optou há mais de 10 anos.

Finaliza a Informação Fiscal ratificando o teor da Informação Fiscal prestada pelo autuante de fls. 172 a 180, em todos os seus termos, opinando pela Procedência do Auto de Infração.

VOTO

O Auto de Infração em exame, versa sobre conduta infracional à legislação tributária do ICMS imputada ao autuado, cuja descrição se apresenta nos seguintes termos: *Falta de recolhimento, na data regulamentar, da parcela do ICMS não sujeita à dilação de prazo, de acordo com o previsto no Art. 18 do Decreto nº 8.205, de 03/04/2002*.

Inicialmente, cabe apreciar a nulidade do lançamento arguida pelo impugnante.

Por certo que merece acolhimento a pretensão defensiva.

Efetivamente, não há segurança para se dar prosseguimento à lide, mesmo com as diligências realizadas.

Verifica-se, nas palavras do próprio Auditor Fiscal estranho ao feito que prestou a Informação Fiscal, após a segunda Defesa apresentada pelo autuado, a dificuldade de compreensão sobre o verdadeiro motivo da autuação.

Ao rechaçar as alegações defensivas, o ilustre Auditor Fiscal afirma que o Auto de Infração está sustentado na legislação vigente, especialmente, no artigo. 18 do Decreto nº 8205/2002, que Regulamenta o Programa DESENVOLVE e, também, no artigo 38 da Lei nº 7.014/96.

Contesta a alegação defensiva de que: *A fiscalização sugere por meio do lançamento ora combatido que a Impugnante teria omitido recolhimento do ICMS, por força de suposto erro na determinação das parcelas sujeitas à dilação de prazo, em decorrência do benefício fiscal denominado "DESENVOLVE."*.

Afirma que essa alegação defensiva é fruto da própria imaginação do autuado, na tentativa de se eximir de pagar o tributo devido, além de levar o julgador a erro. Chama a atenção dos

julgadores, no sentido de que a infração se encontra descrita de forma simples e direta, não deixando qualquer dúvida quanto à ilicitude cometida pelo autuado. Ou seja: *Falta de recolhimento, na data regulamentar, da parcela do ICMS não sujeita à dilação de prazo, de acordo com o previsto no artigo 18 do Decreto nº 8.205, de 03/04/2002.*

Ressalta que conforme pode ser lido acima, e o quanto consta do artigo 18 do Decreto 8205/02, não há qualquer menção a erro na apuração do imposto.

Reitera que diversamente do alegado pelo autuado, a única acusação fiscal feita neste PAF, se refere exclusivamente à *Falta de recolhimento, na data regulamentar, da parcela do ICMS não sujeita à dilação de prazo, de acordo com o previsto no artigo 18 do Decreto nº 8.205, de 03/04/2002.*

De fato, essa é a acusação fiscal. Assiste razão ao preposto fiscal.

Ocorre que os elementos que compõem o presente processo, inclusive as palavras do próprio autuante e do autuado, apontam em sentido contrário, ou seja, não se trata simplesmente de *Falta de recolhimento, na data regulamentar, da parcela do ICMS não sujeita à dilação de prazo, de acordo com o previsto no artigo 18 do Decreto nº 8.205, de 03/04/2002*, conforme a acusação fiscal, mas sim, de erro na determinação da parcela incentivada, conforme dito pelo autuante na Informação Fiscal e pelo impugnante na peça defensiva.

Diante disso, considerando que a descrição do fato e sua capitulação legal não são condizentes com o fato real nem com o direito aplicável, já que a imputação diz respeito à *falta de recolhimento, na data regulamentar, da parcela do ICMS não sujeita à dilação de prazo, de acordo com o previsto no artigo 18 do Decreto nº 8.205, de 03/04/2002*, ao passo que a matéria fática diz respeito a erro na determinação da parcela incentivada do Programa DESENVOLVE, conclui-se que a autuação foi feita de modo equivocado. Por implicar mudança do fulcro da imputação, é impossível dar prosseguimento à lide, em atendimento aos princípios constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa, sendo, desse modo, nulo o Auto de Infração.

Nos termos do artigo 21 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, recomendo à autoridade competente, que analise a possibilidade de repetição dos atos, a salvo de falhas.

Voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar NULO o Auto de Infração nº 206888.0018/17-8, lavrado contra MINERAÇÃO CARAÍBA S/A. Recomenda-se à autoridade competente, que analise a possibilidade de repetição dos atos, a salvo de falhas.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, I, “a” do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 18.558/18, com efeitos a partir de 18/08/18.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de maio de 2019.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

OLEGARIO MIGUEZ GONZALEZ – JULGADOR

LUÍS ROBERTO SOUSA GOUVEA – JULGADOR