

A. I. N° - 148714.0005/18-4
AUTUADO - VOGA QUÍMICA LTDA.
AUTUANTE - MARIA DA CONCEIÇÃO REIS MACIEL
ORIGEM - INFRAZ INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 02/10/2019

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0157-04/19

EMENTA: ICMS. 1. PROGRAMA DESENVOLVE. ERRO NA DETERMINAÇÃO DO VALOR DA PARCELA INCENTIVADA. PERDA DO BENEFÍCIO EM RELAÇÃO À PARCELA INCENTIVADA. **a)** ANO 2015. **b)** ANO 2016. O artigo 18 do Decreto nº 8.205/02 que regulamenta o Programa Desenvolve, não deixa dúvida de que a empresa habilitada que não recolher ao Tesouro do Estado, na data regulamentar, a parcela do ICMS não sujeita à dilação de prazo, perderá o direito ao benefício em relação à parcela incentivada naquele mês. Por sua vez, o artigo 38 da Lei nº 7.014/96, que trata do ICMS no Estado da Bahia, é taxativo ao dispor que, quando o reconhecimento do benefício do imposto depender de condição, não sendo esta satisfeita, o imposto será considerado devido no momento em que ocorreu a operação ou prestação. Itens insubsistente. Afastada a arguição de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 10/12/2018, objetiva exigir débito no valor de R\$807.812,99, inerente aos anos de 2015 e 2016, conforme demonstrativos/documentos de fls. 7 a 24 dos autos, atribuindo ao sujeito passivo o cometimento das seguintes irregularidades concernentes à legislação do ICMS:

INFRAÇÃO 1 – 03.08.03: Recolheu a menor ICMS no valor de R\$309.628,94, em razão da falta de recolhimento, na data regulamentar da parcela não sujeita a dilação de prazo, perdendo o direito ao benefício em relação à parcela incentivada prevista pelo Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – DESENVOLVE, conforme demonstrativo de fl. 7 dos autos, nos meses de maio, junho e julho do ano de 2015, com enquadramento nos artigos 37 e 38 da Lei nº 7.014/96 c/c artigos 2º e 3º do Decreto nº 8.205/02, mais multa de 60%, tipificada no art. 42, inc. II, “f” da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 2 – 03.08.03: Recolheu a menor ICMS no valor de R\$498.184,05, em razão da falta de recolhimento, na data regulamentar da parcela não sujeita a dilação de prazo, perdendo o direito ao benefício em relação à parcela incentivada prevista pelo Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – DESENVOLVE, conforme demonstrativo de fl. 8 dos autos, nos meses de janeiro, março e junho do ano de 2016, com enquadramento nos artigos 37 e 38 da Lei nº 7.014/96 c/c artigos 2º e 3º do Decreto nº 8.205/02, mais multa de 60%, tipificada no art. 42, inc. II, “f” da Lei nº 7.014/96.

O autuado, através do seu patrono devidamente constituído, apresenta suas razões de defesa às fls. 30 a 38, onde, em relação aos termos da Infração 1, afirma que é completamente insubsistente na forma seguir:

- **NULIDADE DA AUTUACÃO**

Diz que, conforme restará comprovado, a presente autuação não merece ser acolhida, devendo ser declarada nula ante a existência de diversas irregularidades no levantamento do fiscal

autuante, que ocasionam o cerceamento do direito de defesa do contribuinte e, consequentemente a nulidade da ação fiscal como um todo, de acordo com a previsão do art. 18, inciso IV do RAPAF/97, que destaca.

Aduz que, no caso dos autos, não houve quaisquer demonstrativos integrantes do auto de infração a atestar a concretização dos fatos geradores da obrigação tributária. Registra que este Órgão de julgamento já teve oportunidade de rechaçar auto de infração eivado de nulidade nesse particular, conforme se extrai do julgado, Acordão JJF N° 0026/01-16, que descreve a ementa.

Sobre tal ementa, vê-se o seguinte destaque: “*Não consta nos autos como foi apurado o valor lançado: não foi apresentado qualquer demonstrativo, quer em papel, quer em disco de armazenamento de dados, em desatenção ao mandamento do §3º do art. 8º do RPAF. Lançamento nulo por falta de certeza e liquidez*”.

Neste contexto, diz que fica claro que inexistindo certeza ou liquidez do crédito reclamado pelo fisco, ofende-se o contraditório e a ampla defesa do contribuinte, o que enseja a nulidade de todo o procedimento fiscal, conforme resta sedimentado na jurisprudência deste Conselho, como diz se verificar em outra decisão, que, também, destaca a ementa.

Diz que, sem ter concedido à autuada a faculdade de atuar sua defesa, por denegar-lhe o acesso ao documento em que se teria consubstanciado o seu comportamento tributário, o procedimento fiscal acabou lhe denegando também a plena participação contraditória e, por via de consequência, retirando qualquer legitimidade à decisão que confirmou o auto.

Após traçar outras considerações que diz dificultar o devido processo do contraditório, além de destacar entendimento de estudiosos do direito, de que procedimentos administrativos fiscais que se embase somente sobre alegações ou indícios, mas não em fatos que ensejam ao crivo do contraditório do contribuinte, pondera que alternativa não resta a esta Junta de Julgamento, diante da fragilidade e inconsistência da autuação, senão a decretação da nulidade de todo o Auto de Infração.

- **A INEXISTÊNCIA DE INFRAÇÃO. RECOLHIMENTO DA PARCELA NÃO SUJEITA A DILAÇÃO DE PRAZO. DENÚNCIA ESPONTÂNEA FULMINA A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DE MULTA:**

Registra que a fiscalização apurou recolhimento a menor do ICMS referente à parcela não sujeita a dilação de prazo para pagamento, e, consequentemente, aplicou o disposto no art. 18 do Decreto n° 8.205/2002, cancelando-se o benefício fiscal para tais competências e fazendo incidir multa de 60% (sessenta por cento) prevista na alínea “f” do inciso II do art. 42 da Lei n° 7.014/96.

Diz, então, que não houve quaisquer prejuízos aos cofres do Estado da Bahia na medida em que o pagamento foi efetivamente realizado pelo contribuinte, conforme atestado pela fiscalização. Destaca que a fiscalização afirma que houve pagamento do imposto além da data regulamentar, atestando, portanto, a existência de pagamento na mesma competência.

Neste sentido, diz que a existência de pagamento externa a existência de boa-fé do contribuinte e inexistência de prejuízo ao Fisco. Salienta que o espírito da lei que concede benefício fiscal ao particular é justamente possibilitar que o mesmo permaneça no mercado competitivo, gerando riqueza e emprego na região.

No entanto, diz que a fiscalização desconsiderou o instituto da denúncia espontânea utilizado pelo contribuinte autuado. Destaca que a denúncia espontânea de infração à legislação tributária direciona-se ao descumprimento de obrigações principais e acessórias, nos exatos termos do art. 138 do CTN, que destaca.

Consigna que a denúncia espontânea, portanto, na forma como se encontra disposta no art. 138 do CTN, constitui-se em instrumento de exclusão da responsabilidade em função do cometimento de alguma espécie de ilícito tributário administrativo, inserido no campo do Direito Tributário cumprindo ao denunciante proceder à retificação de sua escrita contábil e, se for o caso, pagar o

débito tributário correspondente, tudo isso antes de iniciada quaisquer fiscalizações por parte da Autoridade Fazendária.

Destaca que não deixou de recolher o tributo nas competências acima mencionadas, ou seja, não houve prejuízo algum para o Fisco Estadual o procedimento adotado pelo contribuinte, vez que nas competências apuradas na fiscalização, houve pagamento regular do tributo.

Neste contexto, diz que o procedimento adotado pelo contribuinte é dispensado do pagamento de multa punitiva, conforme literalidade do disposto no art. 138 do CTN, bem como diante da vasta doutrina que diz ter carreado a presente defesa.

• **CONCLUSÃO E PEDIDOS:**

Em vista do quando acima exposto, diz que é a presente defesa para requerer seja determinada a imediata nulidade do auto de infração ora impugnado, em razão da inexistência de quaisquer demonstrativos integrantes do auto de infração a atestar a concretização dos fatos geradores da obrigação tributária, tornando o auto de infração eivado de nulidade insanável, na forma do § 3º do art. 8º do RPAF, bem como diante da farta jurisprudência desse Órgão de Julgamento, em especial a acertada decisão proferida pela 1ª Junta de Julgamento Fiscal através do Acórdão JJF Nº 0026/01-16.

Por cautela, diz que, caso esse Órgão de Julgamento entenda que não é caso de nulidade do auto de infração, o que não se espera, requer, na forma do no art. 138 do CTN, bem como diante da vasta doutrina carreada a presente defesa, requer a exclusão da multa punitiva imposta pela fiscalização, vez que o mesmo agiu de boa-fé e procedeu ao pagamento do tributo espontaneamente, antes de o Fisco iniciar quaisquer atos tendentes à fiscalização da empresa.

A autuante presta Informação Fiscal à fl. 48 dos autos, traçando as seguintes considerações:

Após destacar de forma resumida a infração 1 do Auto de Infração, em epígrafe, lavrado contra a Voga Química Ltda., Inscrição Estadual nº 077.500.095 NO e CNPJ 009.632.195/0001-67 diz esclarecer que contribuinte não pagou o ICMS referente aos meses de maio, junho e julho de 2015.

Aduz que, tendo optado, portanto, pelo benefício fiscal do Programa Desenvolve, o sujeito passivo não efetuou o pagamento, perdendo, assim, o direito ao Benefício Fiscal referente aos meses delineados na infração

Observa que através do Processo de nº 8500005304151 (vide Demonstrativo de Débito à fl. 7a) foram cobrados valores lançados na DMA a título de parcela não incentivada. No entanto, de acordo com o Decreto nº 8205/2002 que criou o programa, a falta de pagamento ou atraso no pagamento implica em perda do Benefício Fiscal.

Consigna que a planilha anexa à folha 7 demonstra os valores lançados no Auto de Infração. Os valores constam do Livro de Apuração anexados às folhas 10 a 14. Foram verificadas pela autuante e encontram-se corretos. Portanto, as alegações do contribuinte são ineficazes para elidir a ação fiscal.

VOTO

Preliminarmente, o sujeito passivo argui nulidade do Auto de Infração, em tela, que diz respeito à constituição de débito do ICMS, através o lançamento de 2 (duas) infrações de mesmo objeto, diferenciando uma da outra pelas datas de ocorrências. A infração 1 se relaciona a fatos ocorridos no ano de 2015 e a infração 2 se relaciona a fatos ocorridos no ano de 2016.

A arguição de nulidade, sob a perspectiva de que não houve quaisquer demonstrativos integrantes do auto de infração que possa atestar a concretização dos fatos geradores da obrigação tributária, relaciona apenas, especificamente, a infração 1. Por sua vez, quanto a infração 2, de forma tácita, ou seja, não declarado especificamente pelo defendant, mas percebido pelas entrelinhas, também, argui nulidade o defendant, vez que ao final de suas considerações aduz a decretação da nulidade de todo o Auto de Infração.

Pois bem! Seja em relação à infração 1 , ou seja em relação a infração 2 do Auto de Infração, em tela, razão não se pode dar ao sujeito passivo, dado que a autuação se relaciona a perda do benefício fiscal do Programa Desenvolve em relação a parcela incentivada por falta de recolhimento do ICMS normal declarado na DMA e o ICMS recolhido, amparado em demonstrativos extraído do Sistema de Informações do Contribuintes (INC), constituídos a partir de informações do próprio defendant transmitidas a Secretaria da Fazenda, seja em relação a infração 1, os demonstrativos de fls. 7a e 7b, associados aos demonstrativos de registros de apuração do ICMS de fls. 9 a 14 dos autos; ou seja em relação a infração 2, os demonstrativos de registro de apuração do ICMS de fls. 15 a 20 dos autos, extraídos, também do Sistema INC, constituídos a partir de informações do próprio defendant transmitidas a Secretaria da Fazenda.

Afastada, portanto, a arguição de nulidade do Auto de Infração, em tela.

No mérito, trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir débito do ICMS decorrente de obrigação principal, no montante de R\$807.812,99, relativo a duas irregularidades, conforme descrito na inicial dos autos, sendo todas as duas impugnadas de forma conjunta. Tanto a infração 1, quanto a infração 2, relaciona a exigência do ICMS recolhido a menor nos valores de R\$309.628,94 e R\$498.184,05, respectivamente, por perda do direito ao benefício em relação à parcela incentivada prevista pelo Programa Desenvolve, dado a falta de recolhimento da parcela não incentivada do ICMS, diferenciando uma da outra infração pela data de ocorrência dos fatos geradores, a infração 1 nos meses de maio, junho e julho de 2015; a infração 2 nos meses de janeiro, março e junho de 2016, com enquadramentos nos artigos 37 e 38 da Lei nº 7.014/96, c/c os artigos 4º e 18 do Decreto nº 8.205/02, mais multa de 60% tipificada no art. 42, inc. II, “f” da Lei nº 7.014/96.

Os artigos 4º e 18 do Regulamento do Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – DESENVOLVE, aprovado do Decreto nº 8.205/02, datado de 03/04/2002, com vigência na sua publicação, assim se apresenta a sua redação à época dos fatos geradores:

***“Art. 4º O recolhimento do ICMS pelo beneficiário do DESENVOLVE obedecerá às normas vigentes na legislação do imposto.”* (Grifos acrescidos)**

“Art. 18. A empresa habilitada que não recolher ao Tesouro do Estado, na data regulamentar, a parcela do ICMS não sujeita à dilação de prazo, perderá o direito ao benefício em relação à parcela incentivada naquele mês.”

Como tal, a autuante, identificando que o sujeito passivo, em relação ao ano de 2015, nos meses de maio, junho e julho; e, em relação ao ano de 2016, nos meses de janeiro, março e junho, o sujeito passivo, habilitado ao benefício do Programa Desenvolve, não houvera recolhido a parcela do imposto não incentivado na data regulamentar, assertivamente, considerou que o defendant perdera o direito ao benefício de recolher parte do ICMS devido aos citados meses, com dilação do prazo de até 72 (setenta e dois) meses para o pagamento de até 90% (noventa por cento) do saldo devedor mensal do ICMS (art. 3º), conforme sua classe de graduação estabelecida na Tabela I, anexa ao citado Regulamento do Programa, relativo às operações próprias, gerado em razão dos investimentos constantes dos projetos aprovados pelo Conselho Deliberativo do Desenvolve.

Vê-se, da redação do art. 38 da Lei nº 7.014/96, que trata do ICMS no Estado da Bahia, quando o reconhecimento do benefício do imposto depender de condição, não sendo esta satisfeita, o imposto será considerado devido no momento em que ocorreu a operação ou prestação. Assim demonstram os papeis de trabalho acostados aos autos às fls. 7/14, em relação à infração 1; e às fls. 15/20, em relação a infração 2.

Sobre tais documentações, não há contestação da defendant. Sua consideração de defesa, isso em relação a infração 1, diz respeito ao fato de que houvera ocorrido a denúncia espontânea, por débito declarado através da DMA, antes da lavratura de Notificação Fiscal nº 850000.5304/15-1, de oficio pela Fazenda Pública, para inscrição em Dívida Ativa, o que à luz do seu entendimento

ensejaria a aplicação do art. 138 do CTN, com a exclusão da multa punitiva imposta pela legislação quanto a infração cometida.

Pois bem! Em relação à infração 1, que a defesa alega ter havido pagamento de imposto devido antes da lavratura do Auto de Infração, em tela, e que por isso enseja a aplicação do art. 138 do CTN, apresenta-me equivocada tal entendimento. Na realidade, a autuante, ao desenvolver o papel de trabalho de fl. 7, que fundamenta a acusação da infração 1, identificando que não fora efetuado qualquer pagamento do ICMS devido nos meses de maio, junho e julho, **desconstituiu a dilação das parcelas do imposto dilatado** constantes do “*Resumo da Apuração do Imposto*”, objeto do campo “*crédito do imposto*” na forma dos documentos de fls. 10, 12 e 14 dos autos.

A título de exemplo, no mês de maio de 2015, na forma do “*Resumo da Apuração do Imposto*” de fl. 10, ao desconstituir o crédito do desenvolve da parcela dilatada de R\$113.180,26, dado a falta de recolhimento do imposto R\$28.295,07 (fl. 10) no prazo regulamentar (art. 18), a Fiscal Autuante apurou no demonstrativo de débito da infração 1 de fl. 7 o valor de R\$141.475,33, que se relaciona ao valor do “*Débito do Imposto do Mês*” de R\$ 208.289,39 (fl.10) menos o valor do “*Crédito do Imposto do Mês*” de R\$66.814,06 (fl. 10). Esse mesmo tratamento foi efetuado nos 2(dois) outros meses da infração 1, ou seja, nos meses de junho e julho de 2015.

Todavia, ao levantar o débito de ICMS Normal apurado para os três meses da infração 1, por perda do benefício do Desenvolve, a Fiscal Autuante, identificou que havia lançamento de ofício pela Fazenda Pública, através do Processo nº 850000.5304/15-1, para inscrição em Dívida Ativa, por débito de ICMS normal declarado por DMA e não recolhido, relativo aos mesmos meses da autuação, conforme os documentos extraídos do Sistema da SEFAZ às fls. 7a e 7b dos autos, em que, **de forma assertiva efetuou a dedução**, na forma do demonstrativo de fl. 7, utilizando a nomenclatura “*Cobrado em Auto*”, para então encontrar os saldos remanescente de ICMS Normal a recolher nos valores de R\$114.603,39, R\$82.260,43 e R\$112.765,12 em relação aos meses de maio, junho e julho de 2015, respectivamente.

Quanto a infração 2, da mesma forma da metodologia adotada na infração 1, a Fiscal Autuante apurou no demonstrativo de débito de fl. 8 os valores de R\$184.112,24, R\$ 183.397,47 e 130.104,34, para os meses de janeiro, março e junho de 2016, que se relacionam aos valores dos “*Débitos do Imposto*” desses meses da autuação apontados no “*Resumo de Apuração do Imposto*” de fls. 16, 18 e 20, subtraídos dos valores dos “*Créditos do Imposto*” dos citados meses, dado a falta de pagamento do ICMS normal a recolher apontado nos próprios resumos de apuração do imposto e declarado, também, por DMA à SEFAZ, desconstituindo, portanto, de forma assertiva, na sua totalidade, os valores das parcelas do imposto dilatado constantes dos citados resumos, objeto do campo “*Crédito do Imposto*”.

Neste sentido, em relação à infração 2, não observo nos autos qualquer registro da defesa arguindo pagamento do ICMS normal devido para as datas de ocorrência objeto da autuação. Da mesma foram, em relação à infração 1, também, não observo qualquer arguição de pagamento do deficiente relativo ao ICMS normal devido para as datas de ocorrência da autuação, com isso afastar as autuações por perda do benefício fiscal do Programa Desenvolve.

Neste contexto, o artigo 18 do Decreto nº 8.205/02 que regulamenta o Programa Desenvolve, não deixa dúvida de que a empresa habilitada que não recolher ao Tesouro do Estado, na data regulamentar, a parcela do ICMS não sujeita à dilação de prazo, perderá o direito ao benefício em relação à parcela incentivada naquele mês. Por sua vez, o artigo 38 da Lei nº 7.014/96, que trata do ICMS no Estado da Bahia, é taxativo ao dispor que, quando o reconhecimento do benefício do imposto depender de condição, não sendo esta satisfeita, o imposto será considerado devido no momento em que ocorreu a operação ou prestação.

Em sendo assim, entendo que a Fiscal Autuante cumpriu o seu dever funcional em obediência à legislação vigente no Estado da Bahia, ao desconstituir o direito ao benefício fiscal do Programa Desenvolve, relativos aos meses em que a empresa deixou de recolher o ICMS normal no prazo regulamentar. Infrações 1 e 2 subsistentes.

Relativamente à arguição do defendant, em relação à infração 1, de que ocorreu a denúncia espontânea, por débito declarado através da DMA, antes da lavratura do Auto de Infração por Notificação Fiscal nº 850000.5304/15-1, de ofício pela Fazenda Pública, para inscrição em Dívida Ativa, o que à luz do seu entendimento ensejaria a aplicação do art. 138 do CTN, com a exclusão da multa punitiva imposta pela legislação quanto a infração cometida, saliento que a este foro administrativo não cabe discutir a constitucionalidade da legislação posta, conforme assim preconiza o art. 167, I e II do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629 de 09/07/99.

Sobre a multa aplicada, propriamente dita, esta tem previsão legal e deve ser mantida, pois em conformidade com o art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96 é a devida para a infração cometida.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **148714.0005/18-4**, lavrado contra **VOGA QUÍMICA LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$807.812,99**, acrescido da multa de 60% prevista no art. 42, inciso II, alínea “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de setembro de 2019.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

JOÃO VICENTE COSTA NETO – RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ- JULGADORA