

PROCESSO	- A. I. N° 299326.0005/18-3
RECORRENTE	- MIX DO BRASIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ALIMENTOS EIRELI.
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0064-04/19
ORIGEM	- INFRAZ INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO	- INTERNET: 22/01/2021

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0268-12/20-VD

EMENTA: ICMS. RECOLHIMENTO A MENOS. PROGRAMA DESENVOLVE. PERDA DO BENEFÍCIO EM RELAÇÃO À PARCELA INCENTIVADA. Restou comprovado que o sujeito passivo não recolheu a parcela não sujeita à dilação de prazo, o que implica em perda do direito ao benefício em relação à parcela incentivada. Rejeitada as nulidades suscitadas. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte, com base no art. 169, I, “b” do RPAF/BA, contra a Decisão da 4ª JJF que julgou Procedente o Auto de Infração lavrado em 29/06/2016 para exigir ICMS no valor de R\$366.173,44, acrescido da multa de 60%, em decorrência do *recolhimento a menor do imposto 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*.

Na decisão proferida (fls. 51 a 56) a 4ª JJF ressaltou que na verdade não se trata de recolhimento a menos e sim de falta de recolhimento da parcela não incentivada do ICMS, resultando em perda do benefício em relação à parcela incentivada do Programa DESENVOLVE.

Rejeitou a nulidade suscitada com relação a alegação de que houve falta de identificação dos valores exigidos, identificados através das DMAs e não confrontados com a EFD, a exemplo dos meses janeiro, fevereiro e abril de 2018, cujos valores consignados na DMA não podem ser comparados com a EFD que foi entregue sem informações, “zerada”, fundamentando que a fiscalização identificou arquivos com vários registros em branco e autorizou o contribuinte a refazer e retransmitir os novos arquivos referentes ao SPED, com as devidas retificações, o que ocorreu em 25/05/2018, e 05/06/2018, cujos valores exigidos encontram-se em consonância com os dados inseridos nos arquivos retificados, conforme cópias dos relatórios inseridos nos arquivos das EFDs, retificados pelo contribuinte, fls. 43 a 45, e cópias das DMAs, fls. 12 a 13.

Também rejeitou a nulidade sob alegação de que não foi intimado para retificar a EFD, tendo em vista o previsto no art. 247, §4º do RICMS/BA, que prevê intimação para correção de inconsistência, e como esclarecido anteriormente, trata-se de débito apurado e declarado pelo próprio autuado, originado de benefício fiscal que implicou dilação do prazo para o pagamento.

No mérito, fundamentou que:

O Defendente alega que somente através da Lei Estadual nº 13.816, que acrescentou o art. 9º à Lei nº 7.980/2001, que instituiu o DESENVOLVE, trouxe ao ordenamento jurídico penalidade para o contribuinte habilitado no programa que recolhesse o ICMS normal após o último dia útil do vencimento.

Da análise dos documentos que embasaram o presente lançamento, verifico que a fiscalização constatou que o contribuinte não recolheu a parcela não sujeita a dilação de prazo, após pesquisa efetuada no sistema de Informações do Contribuinte – INC, desta SEFAZ, conforme se observa na Relação de DAEs - Ano 2018, fls. 08 e 09, perdendo o benefício da parcela incentivada nos meses de janeiro, fevereiro e abril de 2018, com respaldo no disposto no art. 18 do Dec. nº 8.205/02.

O mencionado dispositivo que regulamenta o Desenvolve, estabelecia, à época dos fatos geradores 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”.

Somente em 22/05/2018, o citado artigo foi alterado através do Decreto nº 18.406, de 22 de maio de 2018 passando a ter a seguinte redação:

"Art. 18. A empresa habilitada que não recolher ao Tesouro do Estado, até o último dia útil do mês do vencimento, a parcela do ICMS não sujeita à dilação de prazo, perderá o direito ao benefício em relação à parcela incentivada naquele mês.”.

Sobre tal alteração, observo a existência de parecer emitido pela PGE/PROFIS, em resposta à solicitação desta Junta de julgamento Fiscal, no Processo de nº 232857.0009/17-0, em que foi solicitada a emissão de Parecer Jurídico, visando esclarecer se a alteração na legislação poderia retroagir a fatos geradores pretéritos, por se tratar de ato não definitivamente julgado, nos termos do art. 102, II do CTN.

Nesta ótica, transcrevo trecho do aludido Parecer, emitido pelo Sr. Procurador José Augusto Martins Junior, se posicionando contrariamente à tese defensiva do contribuinte, conforme trecho que a seguir reproduzo:

"Prefacialmente, com a devida licença, temos como indevida a classificação da perda do benefício como penalidade. Em verdade, o não pagamento dentro do prazo legal configura-se tão somente um descumprimento de um dos requisitos dum benefício condicional, engendrando-se perda do incentivo fiscal.

"Não há que se falar em hipótese alguma de penalidade e, por conseguinte, de possível retroação com amparo no art. 106 do CTN e transcreve jurisprudências se posicionando neste sentido.”

Registre-se que no caso presente, não há provas de que a parcela não sujeita a dilação, tenha sido adimplida, mesmo que em atraso, conforme se verifica na relação de DAEs – Ano 2018, emitido pelo sistema INC - Informações do Contribuinte, desta secretaria, anexado às fls. 8/9. Em razão desta constatação, o preposto fiscal concluiu que o contribuinte perdeu o direito ao benefício em relação à parcela incentivada, prevista pelo Programa DESENVOLVE.

Em consequência, se tratando de benefício condicionado de haver o pagamento da parcela do imposto não sujeita à dilação de prazo, o beneficiário perdeu o direito do gozo do benefício da parcela prevista pelo DESENVOLVE, no respectivo mês.

Quanto ao pedido de cancelamento ou redução da multa imposta, deixo de acatá-lo, visto que esta instância de julgamento não possui competência para decidir sobre pedido de redução ou cancelamento de penalidade por descumprimento de obrigação principal, de acordo com os artigos 158, do RPAF/BA.

Do exposto, voto pela Procedência do Auto de Infração.

No recurso voluntário interposto (fls. 67 a 69) o recorrente argumenta que na Decisão da Primeira Instância não foi analisado com profundidade todas alegações de nulidades contidas no processo.

Questiona o montante cobrado em razão das divergências de valores entre a DMA, livros escriturados e EFD, e mesmo com a juntada dos documentos, foi acatada a informação fiscal, sem apurar a veracidade do valor cobrado, mesmo que no oitavo parágrafo do voto, tenha sido reconhecido a existência de divergências, mas declinou da realização de diligencia por órgão técnico, em busca da verdade material.

No mérito, ressalta que foi invocado Parecer Jurídico da PGE/PROFIS, referente a auto de infração diverso, matéria não idêntica e desconhecida que o autuado não pode se manifestar, maculando o processo, cerceando o direito de defesa pela parte mais afetada, o contribuinte.

Requer decretação da nulidade do julgamento de primeira instância e retornando para análise das provas com reabertura do prazo de defesa e que possa se manifestar sobre todas informações.

Argumenta que sem discutir as questões levantadas, foi apelado para a inexistência de prova de adimplência da parcela reclamada no presente lançamento como se estivesse tratando de valores líquidos e corretos, sem analisar as divergências das informações utilizadas pela fiscalização.

Também que não foi apreciado a alegação de sujeição a penalidade mais branda prevista na Lei nº 7.014/96, quanto ao recolhimento do tributo não pago na data regulamentar tão-somente com o acréscimo devido pelo tempo de leniência.

Reafirma que o lançamento carece de certeza e liquidez, dado a falta de clareza dos valores corretamente apurados, determinando a sua nulidade.

Requer a acolhimento do Recurso Voluntário, para que seja decretada a nulidade da decisão exarada pela 4ª JJF e retorno a Primeira Instância, devolvendo o amplo direito de defesa.

Como argumento suplementar, caso remanesça algum valor a pagar, que a multa seja reduzida por apelo a equidade que foi negado na decisão ora recorrida.

VOTO

O lançamento acusa falta de recolhimento da parcela não incentivada do ICMS, resultando em perda do benefício em relação à parcela incentivada do Programa DESENVOLVE.

No recurso voluntário interposto, o recorrente suscitou a nulidade da decisão sob o argumento de que a primeira instância não analisou as alegações de nulidades e invocou fundamentação em parecer Jurídico da PGE/PROFIS que desconhece e entende que cerceou o seu direito de defesa.

Constatou que na defesa inicial o autuado alegou que os valores cobrados identificados nas DMAs (JAN, FEV e ABR/2018) se fazia necessário verificar a escrituração fiscal, tendo em vista que:

Os valores do imposto a recolher, não recolhido tempestivamente, objeto de lançamento de ofício pelo fisco, com base na informação prestada nas DMAs podem não ser os reais para os respectivos períodos de apuração.

Indicou divergências à fl. 24 e argumentou que deveria ter sido intimado para retificar a EFD.

Na decisão proferida pela 4ª JJF (fls. 54 a 56) foi relatado as inconsistências apontadas pelo defensor no referente ao lançamento feito com base nas DMAs dos meses de janeiro, fevereiro e abril de 2018, que não podiam ser comparados com a EFD, pois “*a mesma foi entregue sem informações, “zerada”*”.

E acolheu o esclarecimento prestado pelo autuante de que “*foi autorizado ao contribuinte refazer e retransmitir os novos arquivos referentes ao SPED, com as devidas retificações, o que ocorreu em 25/05/2018, e 05/06/2018*”, cujos valores exigidos estavam em consonância com os dados inseridos nos arquivos retificados.

Pelo exposto, com relação a alegação de que o lançamento foi feito com base nas DMAs e poderiam não estar em conformidade com a EFD, constato que a decisão ora recorrida apreciou os argumentos defensivos e fundamentou a sua decisão que remete para a questão de mérito.

Com relação a nulidade suscitada por ter invocado Parecer Jurídico da PGE/PROFIS que alegou desconhecer e que entende não se relacionar com a matéria objeto da autuação, observo que na defesa apresentada (fl. 22) o sujeito passivo alegou ser beneficiário do DESENVOLVE e o art. 9º da Lei nº 7.980/2002 previa situações que implicava em cancelamento da autorização de uso do incentivo do Programa, que foi alterado pela Lei nº 13.816 de 22/12/2017, que acrescentou o art. 9º-A à Lei nº 7.980/2005 prevendo que o não recolhimento “até o último dia útil do mês do vencimento” da parcela do ICMS sujeita a dilação do prazo, perderá o direito do benefício a parcela incentivada naquele mês.

Neste contexto, alegou que “a penalidade só foi inserida no ordenamento jurídico” a partir do mês de dezembro/2017 e revelava-se “*profundamente desproporcional e irrazoada*”.

Constatou que na decisão foi fundamentado que face ao não recolhimento da parcela não sujeita a dilação de prazo, foi exigido o ICMS relativo a parcela incentivada com respaldo no disposto no art. 18 do Decreto nº 8.205/02, e o a PGE/PROFIS manifestou-se que a aplicação da alteração promovida na legislação modifica critérios objetivos na instituição do tributo e não mudança de instituição de penalidade, mais ou menos gravosa.

Assim sendo, ao contrário do que foi alegado a citação do mencionado Parecer serviu de reforço argumentativo de que a não havia respaldo ao argumento de que a perda do benefício tem alguma coisa com a penalidade, que foi a apreciação sobre a alegação de que a penalidade revelou-se “*profundamente desproporcional e irrazoada*”. Portanto, se correlaciona com a matéria objeto da autuação e trata-se de um opinativo, cuja situação de direito apreciada é o amparo da Lei do DESENVOLVE, não implicando em cerceamento do direito de defesa.

Por fim, também apreciou a alegação de que a intimação para retificar a EFD prevista no art. 247, §4º do RICMS/BA, se aplica quando for apurado inconsistência, e no caso se trata se de débito apurado e declarado pelo próprio autuado. Portanto, foi apreciada a alegação defensiva, inexistindo a nulidade suscitada.

Com relação a nulidade suscitada sob o argumento de que não foi apreciado a sujeição a uma penalidade mais branda “prevista na Lei nº 7.014/96” constato que foi fundamentado que não poderia se acatado por falta de “*competência para decidir sobre pedido de redução ou cancelamento de penalidade por descumprimento de obrigação principal, de acordo com os artigos 158 do RPAF/BA*” (vigente na época da ocorrência dos fatos). Assim sendo, considero que ao contrário do que foi alegado, o não atendimento da pretensão defensiva foi fundamentado.

Ressalto que o recorrente não adentrou a questões de mérito, cujos argumentos foram apreciados na decisão ora recorrida, em síntese:

1. Os valores exigidos nos meses de janeiro (R\$169.286,02); fevereiro (R\$101.937,36) e abril/2018 (R\$94.950,06) foram declarados nas DMAs apresentadas pelo estabelecimento autuado, conforme cópias de fls. 11, 12 e 13;
2. Conforme esclarecido na informação fiscal (fl. 39), tendo sido autorizado a retransmissão dos arquivos do SPED de fls. 26, 27 e 28 (com valores divergentes das DMAs), foi indicado nos arquivos do SPED retransmitido valores de R\$169.286,02 (fl. 43); R\$101.937,36 (fl. 44) e R\$141.534,83 (fl. 45) relativo aos meses de janeiro, fevereiro e abril de 2018.

Constata-se que os valores exigidos relativos aos meses de janeiro e fevereiro de 2018, coincidem com os valores constantes das DMAs e do arquivo SPED. Entretanto, o valor exigido relativo ao mês de abril/2018 de R\$94.950,06 que foi lançado com base no declarado pelo autuado na DMA é inferior ao valor de R\$141.534,83 que consta no arquivo SPED que foi retransmitido (fl. 45).

Pelo exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, recomendando que a autoridade administrativa determine a renovação do procedimento fiscal para averiguar se resta diferença exigido relativa ao mês de abril/2018, em relação ao valor lançado.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração nº 299326.0005/18-3, lavrado contra **MIX DO BRASIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ALIMENTOS EIRELLI**, devendo ser intimado o recorrente a efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$366.173,44, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais. Recomenda-se que a autoridade administrativa determine a renovação do procedimento fiscal para averiguar se resta diferença exigido relativa ao mês de abril/2018, em relação ao valor lançado.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 06 de outubro de 2020.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE - REPR. DA PGE/PROFIS