

PROCESSO - A. I. Nº 284119.0002/19-0
RECORRENTE - JFM INDÚSTRIA E COMERCIO LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PUBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0027-02/20
ORIGEM - INFAZ CENTRO NORTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 13/04/2021

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0056-12/21-VD

EMENTA: ICMS. RECOLHIMENTO A MENOS. BENEFÍCIO FISCAL. FUNDO ESTADUAL DE COMBATE À POBREZA. O lançamento foi efetuado em virtude do recolhimento a menos do ICMS, sem a inclusão do benefício em favor do Fundo Estadual de Erradicação da Pobreza. Em suas razões de mérito, o Recorrente não contesta a materialidade do fato gerador, apenas questionando sob diversos ângulos, a inconstitucionalidade do Decreto nº 16.970. O Regulamento do Processo Administrativo Fiscal também é claro quanto à falta de competência deste Conselho, quanto aos argumentos propostos no Recurso. Negada a preliminar de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário, interposto em relação à Decisão de piso que julgou Procedente o Auto de Infração em lide, lavrado em 25/03/2016, que lançou ICMS no valor total de R\$221.138,94, além de multa de 60%, pela constatação da seguinte infração:

Infração 01. 03.02.18. Recolhimento a menor do ICMS em razão do uso indevido de benefício ou incentivo fiscal ou financeiro decorrente do não recolhimento do valor correspondente a 10% (dez por cento) do respectivo incentivo ou benefício em favor do Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza fatos verificados nos meses de setembro a dezembro de 2016, janeiro a dezembro de 2017.

O Recorrente apresentou impugnação inicial às fls. 21/39 e o autuante prestou informação fiscal às fls. 53/59, quando então, a Junta decidiu pela Procedência, com os fundamentos no voto abaixo:

VOTO

O lançamento constitui-se em uma infração arrolada pela fiscalização, objeto de impugnação por parte da empresa autuada, qual seja, o recolhimento a menor de ICMS por uso indevido de benefício ou incentivo fiscal ou financeiro, decorrente do não recolhimento do valor correspondente a 10% (dez por cento) do respectivo incentivo ou benefício em favor do Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza.

Verifico que o sujeito passivo foi intimado acerca do início da ação fiscal através de meio eletrônico (fl. 06), em 25/01/2019, cientificado no mesmo dia, através da mensagem de número 111815 do seu domicílio eletrônico (DT-e).

Posteriormente, foi emitida através do DT-e, em 04/02/2019, outra intimação, com número 112149, cientificada em 05/02/2019, com o fito de esclarecer ao Fisco os produtos de produção própria enquadrados na condição de “sabões e detergentes” (fl. 07).

A memória de cálculo da autuação se encontra às fls. 08 e 09.

À fl. 15 se encontra encartada mídia contendo diversos arquivos, tais como arquivos SPED 2015 a 2017, livros de Apuração de ICMS, planilhas do Programa Desenvolve, DAES 2015 a 2017, Resolução 024/2013, Intimações, planilhas relativas ao Fundo de Pobreza, entradas por CFOP e saídas do período.

O autuante, quando do lançamento, descreveu com precisão as infrações cometidas, apontando as condutas praticadas pelo contribuinte, e tidas como contrárias à norma legal, os artigos infringidos, a previsão da multa sugerida, os prazos para interposição de defesa, ou usufruto do benefício de redução dos percentuais de multa,

além de indicar o sujeito passivo, tudo em conformidade com a disposição contida nos artigos 142 do CTN e 39 do RPAF/99, descabendo, pois, qualquer arguição no sentido de nulidade sob o aspecto formal.

Tanto é assim que a empresa autuada compareceu ao processo, exercendo de forma irrestrita o seu direito de ampla defesa, prova disso é que abordou aspectos da infração trazendo fatos e argumentos que ao seu entender elidiriam a mesma, e exercendo sem qualquer restrição o contraditório.

Ainda assim, existem questões preliminares a serem analisadas, o que passo a fazer neste momento.

A primeira delas seria a nulidade do lançamento, tendo em vista o fato de ter sido a ciência do Auto de Infração dirigida a endereço que não o de seu estabelecimento, na pessoa de um dos seus sócios, procedimento que não encontraria lastro regulamentar do Processo Administrativo Fiscal.

A este respeito, esclareço que o Auto de Infração e seus devidos anexos foram devidamente encaminhados para conhecimento da empresa autuada, através de Aviso de Recebimento (AR) dos Correios, por meio do código de rastreio JU180776938BR, entretanto, aquela empresa postal não fez a entrega, retornando ao remetente, como se verifica através do documento fls. 18/19.

Por esta razão, a empresa foi devidamente notificada através de seus sócios, o que não significa, contrariamente ao entendimento da defesa, a responsabilidade pessoal do mesmo pela prática da empresa, apenas o fato de que, não sendo possível o encaminhamento das peças correspondentes ao Auto de Infração, o fez na pessoa do sócio.

E isso não se configura em qualquer irregularidade, diante do fato de que há de se respeitar, não somente o disposto no artigo 121 do CTN, como, de igual modo, o contido no artigo 1.052 e seguintes do Código Civil. Logo, nesta fase processual os sócios não foram chamados ao processo na condição de responsáveis tributários, apenas e tão somente para tomar conhecimento da existência de lançamento tributário contra a empresa, para que esta pudesse se defender convenientemente, o que aconteceu, até pelo fato de neste momento estarmos apreciando as suas razões trazidas na impugnação apresentada, sem qualquer prejuízo, quanto ao exercício da ampla defesa e do contraditório, princípios basilares do Processo Administrativo Fiscal, o que traz, como consequência, a rejeição do argumento posto.

Também não se trata aqui de aplicação da Súmula 435 do STJ que assim rege: “Presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente”, uma vez que, como dito anteriormente, não se está em fase de execução fiscal, e sim, de julgamento administrativo da lide, o que faz desnecessária, pois, a devolução ou reabertura do prazo de defesa, tal como postulado.

O segundo argumento diz respeito a arguição de nulidade, pelo entendimento de faltarem as informações indispensáveis ao conhecimento da integralidade da cobrança imposta, nada sendo informando acerca dos acréscimos moratórios cobrados.

Impende se afirmar que a ninguém é dado alegar o desconhecimento da lei, e a previsão legal para a cobrança dos acréscimos moratórios se encontra na Lei nº 3.956/81, que vem a ser o Código Tributário do Estado da Bahia, em seu artigo 102, inciso II, e parágrafos:

“Art. 102. Os débitos tributários recolhidos fora dos prazos regulamentares ficarão sujeitos aos seguintes acréscimos moratórios:

(...)

II - se reclamados através de Auto de Infração, 1% (um por cento) por cada mês ou fração seguinte, a partir de 30 (trinta) dias de atraso.

§ 1º Os acréscimos moratórios serão calculados sobre o valor do tributo atualizado monetariamente na data do recolhimento.

§ 2º Os acréscimos moratórios, incidentes a partir de 1º de janeiro de 2001, serão calculados segundo os seguintes critérios:

(...)

II - sobre os débitos reclamados em lançamento de ofício, a partir de 30 (trinta) dias de atraso, incidirão acréscimos equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia (SELIC) para títulos federais, acumulada mensalmente até o último dia do mês anterior ao do pagamento, e 1% (um por cento) relativo ao mês em que o pagamento estiver sendo efetuado”.

Logo, descabe o argumento defensivo, uma vez que a previsão legal será obedecida quando e se houver pagamento do débito, não se podendo acatar a assertiva posta.

Da mesma maneira não faltam ao lançamento as informações indispensáveis para conhecimento da integralidade do débito, não se constituindo em qualquer dificuldade o conhecimento da legalidade do lançamento, sequer o seu objeto.

E a prova disso é o fato de ter o sujeito passivo apresentado todas as razões e motivações contrários ao lançamento, ora apreciadas, exaurindo os seus argumentos, o que também vai contra a tese de cerceamento de defesa do contribuinte.

Por fim, uma pequena observação: ao final de sua informação fiscal, na qual manteve todos os termos da autuação, e em relação a isso o RPAF/99, norma procedimental indica a remessa para instrução e posterior julgamento, o autuante, como observado anteriormente, recomendou à Coordenação Administrativa da Infaz Feira de Santana, que encaminhasse cópia da mesma para a empresa autuada, como também ao escritório do seu advogado, concedendo-lhe prazo de 15 (quinze) dias (por analogia ao artigo 364, §2º do novo CPC) para que o mesmo, pudesse apresentar “alegações finais”.

A condução do processo não cabe ao autuante, ou a qualquer outra pessoa. Ela é privativa do julgador, a quem cabe determinar a realização dos atos tidos e entendidos como necessários, seguindo a previsão da própria norma regulamentar. E isso está muito claro no corpo do RPAF/99, o qual apenas prevê a remessa para ciência da empresa autuada, na hipótese do § 7º do artigo 127 do mencionado diploma regulamentar:

“§ 7º Se na informação fiscal forem aduzidos fatos novos ou se forem anexados aos autos novos demonstrativos ou levantamentos, o órgão preparador deverá dar ciência ao sujeito passivo, observado o disposto no § 1º do art. 18.”

E mais: ainda que fossem elaborados novos demonstrativos pelo autuante, em sede de informação fiscal, não seria necessário o encaminhamento do feito para manifestação do contribuinte, a valer a regra do § 8º do mesmo artigo 127 do RPAF/99:

“§ 8º É dispensada a ciência do sujeito passivo na hipótese de refazimento de demonstrativo ou levantamento efetuado em função de argumentos e provas apresentadas pela autuada”.

Da mesma maneira, ainda que no artigo 180 do RPAF/99 haja a previsão de aplicação subsidiária ao processo administrativo fiscal das normas do Código de Processo Civil, inexistente no foro administrativo a figura das “alegações finais”. E diante do caráter complementar da aplicação do CPC, sequer caberia ao julgador tal determinação, muito menos ao autuante, ou quem quer que seja.

Igualmente, o único prazo de quinze dias previsto no RPAF/99, se refere ao disposto no artigo 99-C, ao tratar de parcelamento de débito, e a confirmação da instituição bancária para dar autorização do débito parcelado, o que não vem a ser o caso, motivo pelo qual ao assim agir, retardou o autuante a tramitação do processo, em desacordo com o princípio da celeridade processual.

Assim, frente às razões expostas, não acolho as arguições de nulidade.

No mérito, da análise dos elementos constantes nos autos, verifico se tratar o lançamento de exigência do recolhimento do valor correspondente a 10% (dez por cento) do incentivo ou benefício em favor do Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza, por ter sido efetuado a menor do ICMS por contribuinte beneficiado pela Lei 7.980 de 12 de dezembro de 2001 que instituiu o Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia (Desenvolve), conforme Resolução 024/2013 que deixou de atender as condições estabelecidas na Lei 13.564/16, a qual dispõe acerca da condição para concessão e manutenção de benefícios e incentivos fiscais ou financeiros relacionados ao ICMS, a comprovação de depósito em favor do Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza, o qual foi instituído pela Lei 7.988, de 21 de dezembro de 2001, do valor correspondente a 10% (dez por cento) do respectivo incentivo ou benefício. Isto se aplica inclusive, em relação aos benefícios e incentivos fiscais ou financeiros cuja fruição esteja em curso.

O Decreto 16.970 de 19 de agosto de 2016 ao regulamentar a Lei nº 13.564, assim determina em seu artigo 1º:

“Art. 1º A condição estabelecida na Lei nº 13.564, de 20 de junho de 2016, para fruição de benefício e incentivo fiscal ou financeiro somente será exigida dos contribuintes beneficiários dos programas a seguir indicados:

I - Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia - DESENVOLVE, instituído pela Lei nº 7.980, de 12 de dezembro de 2001.”

Já o artigo 2º, assim estipula:

“Art. 2º Para os beneficiários do DESENVOLVE, o cálculo do percentual 10% (dez por cento) do valor do benefício usufruído a ser depositado em favor do Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza, instituído pela Lei nº 7.988, de 21 de dezembro de 2001, será efetuado com base no valor do desconto do ICMS obtido na data da liquidação antecipada da parcela do imposto cujo prazo tenha sido dilatado.”

A autuação decorre, pois, em função de o contribuinte autuado ter efetuado o pagamento antecipado do ICMS, com o desconto determinado pela Resolução em vigor, por antecipação, sem, contudo, efetivar o recolhimento do percentual relativo ao fundo de combate à pobreza (FECOP).

Em atenção ao disposto na Lei 13.564/2016, no seu artigo 2º, o descumprimento do recolhimento do valor correspondente a 10% do respectivo incentivo ou benefício, em favor do FECOP, resulta na perda automática, no mês de fruição dos respectivos benefícios e incentivos fiscais ou financeiros.

E tal Lei, e o consequente Decreto acima enumerados, decorrem da celebração do Convênio ICMS 42/2016, o qual autorizou os estados e o Distrito Federal a criar condição para a fruição de incentivos e benefícios no âmbito do ICMS ou reduzir o seu montante.

Observe que a tese defensiva se pauta em arguições de inconstitucionalidade, não somente da legislação estadual, como do próprio Convênio, e a respeito, lembro das disposições contidas no artigo 167 do RPAF/99, em seus incisos I e III, segundo os quais:

“Art. 167. Não se incluem na competência dos órgãos julgadores:

I - a declaração de inconstitucionalidade;

(...)

III - a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior.”

Assim, diante do impedimento existente, me abstenho de qualquer consideração a respeito, por não ser este foro administrativo o competente para a resolução de tal questão.

Quanto ao argumento exposto pelo contribuinte de que, “o Programa Desenvolve é uma isenção contraprestacional ou onerosa, concedida em caráter individual e por prazo certo, não podendo ser revogada dentro do seu prazo de vigência”, esclareço que, em verdade, a concessão do benefício fiscal contido no programa Desenvolve é individual, personalíssima, possui prazo de vigência, entretanto, o mesmo incorre em equívoco na assertiva quanto a impossibilidade de ser revogado.

Isso diante do fato de que, na forma da sua Lei instituidora e o respectivo Regulamento, existe a possibilidade de revogação do benefício, a se verificar a redação do artigo 19 do Decreto 8.205/2002:

“Art. 19 - Implicará cancelamento da autorização para uso dos incentivos do Programa:

I - a ocorrência de infração que se caracterize como crime contra a ordem tributária.

II - inobservância de qualquer das exigências para a habilitação do estabelecimento ao Programa, durante o período de sua fruição.

§ 1º - O cancelamento da autorização, nos termos deste artigo implicará no vencimento integral e imediato de todas as parcelas vincendas do imposto incentivado pelo Programa, com os acréscimos legais;

§ 2º - O cancelamento a que se reporta este artigo dar-se-á por Resolução do Conselho Deliberativo com fundamento em parecer da Secretaria Executiva.”

Observe que a disposição contida no Convênio ICMS 42/2016, na sua Cláusula primeira, § 1º, ser no seguinte sentido:

“§ 1º O descumprimento, pelo beneficiário, do disposto nos incisos I e II do caput por 3 (três) meses, consecutivos ou não, resultará na perda definitiva do respectivo incentivo ou benefício.”

Ressalto que o benefício do Programa concedido ao contribuinte autuado não foi revogado, apenas, em atenção ao dispositivo normativo, o benefício nos meses em que se constou a inadimplência do contribuinte o benefício teria sido suspenso, o que não notícia nos autos.

De outra banda, não se pode falar acerca de ilegalidade da legislação, vez que, o Convênio celebrado entre os Estados e o Distrito Federal possui o respaldo legal previsto no artigo 100 do CTN:

“Art. 100. São normas complementares das leis, dos tratados e das convenções internacionais e dos decretos:

(...)

IV - os convênios que entre si celebrem a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.”

Da determinação prevista no Convênio ICMS 42/2016, decorreram a Lei nº 13.564 e o Decreto 16.970, os quais sustentam e respaldam o lançamento, possuindo, pois, a necessária base legal, sendo que a discussão acerca da constitucionalidade de qualquer dos mencionados instrumentos legais e normativos não se encontra afeita a esta instância administrativa, conforme já pontuado anteriormente.

Desta maneira, a resolução da lide se encontra, neste momento na busca da verdade material, ou seja, se houve ou não o recolhimento da parcela devida a título de Fundo de Combate à Pobreza, o que, diante das colocações postas na peça defensiva, comprova que, efetivamente, tal obrigação não foi satisfeita.

Ao assim agir, o contribuinte não conseguiu se opor de forma objetiva à acusação fiscal, motivo pelo qual o lançamento se apresenta como inteiramente procedente.

Quanto a colocação defensiva de ter direito a restituição em dinheiro ou compensação com outros débitos estaduais, devidamente atualizados pela SELIC na data do pagamento/compensação, em relação a aplicação da legislação posta, recomendo que a empresa faça tal pleito junto ao órgão de sua circunscrição.

O contribuinte, apresentou o Recurso Voluntário, nos termos a seguir em resumo.

Que o benefício concedido pelo programa DESENVOLVE é ato jurídico perfeito e as previsões da Lei nº 13.564/2016 e pelo diploma que a regulamenta são inconstitucionais e ilegais e devem ser afastadas e desta forma não pode prevalecer o lançamento.

Que a correspondência com o auto de infração, foi entregue na residência de um dos sócios da Recorrente. Que os atos de intimação feitas no endereço residencial do sócio da empresa, não dispondo da regulamentação do RPAF e a validade do ato de intimação nesta circunstância, descumpriu o processo legal, com prejuízo ao necessário conhecimento pleno imediato do auto e prejudicando o direito de defesa.

Que o programa DESENVOLVE é considerado isenção contraprestacional ou onerosa nos termos do art. 178 do CTN e uma vez que o pleiteante deve efetivamente executar o projeto aprovado, sendo esta a condição *sine qua non* para a concessão e fruição do benefício.

Diz que a Lei nº 13.564/2016 e o Decreto nº 16.970/2016 violam o art. 167, IV da CF na medida em que determinam a destinação dos depósitos do Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza.

Que os valores cobrados correspondem a um percentual do ICMS que deixou de ser recolhido em virtude dos benefícios (10%). Que o art. 82 do ADCT estabelece no parágrafo 1º que o fundo estadual de combate à pobreza poderá ser criado com até dois pontos percentuais na alíquota do ICMS sobre os produtos e serviços supérfluos e que o montante de 10% viola o Convênio ICMS 42/2016. Pede pela inconstitucionalidade da lei.

Alega também que foi violado o princípio da anterioridade, expresso no art. 150, III, “b” da CF, assim como o art. 104, III do CTN. Que no caso, houve aumento de carga tributária, visto que o contribuinte poderá usufruir apenas de 90% do benefício que lhes foi outorgado.

Pede pela nulidade do lançamento, pela intimação no endereço equivocado, devendo ser repetida a intimação no endereço pertinente, conforme o devido processo legal. Ultrapassada a preliminar, no mérito a reforma da decisão recorrida, tendo em vista a insubsistência dos valores lançados, diante da completa ilegalidade e inconstitucionalidade, tendo em vista a impossibilidade de revogação do benefício de isenção aderido pela impugnante e que dos princípios da impossibilidade de vinculação da receita proveniente de impostos e da anterioridade.

VOTO

O Recorrente pede pela nulidade do lançamento, por ser intimado no endereço residencial de um dos sócios. Conforme relatado no voto recorrido, houve tentativa de se intimar no endereço da empresa, conforme comprovação às fls. 18/19, em Feira de Santana. Assim, restou a alternativa de se intimar no endereço de um dos sócios.

O Regulamento do Processo Administrativo Fiscal não deixa dúvidas quanto à legalidade da intimação:

Art. 109. Considera-se efetivada a intimação:

I - quando pessoal, na data da aposição da ciência do sujeito passivo ou do interessado, seu representante ou preposto, no instrumento ou expediente;

O lançamento foi efetuado em virtude do recolhimento a menos do ICMS, sem a inclusão do benefício em favor do Fundo Estadual de Erradicação da Pobreza. Em suas razões de mérito, o Recorrente não contesta a materialidade do fato gerador, apenas questionando sob diversos ângulos, a inconstitucionalidade do Decreto nº 16.970, transcrito parcialmente abaixo:

O Decreto 16.970 de 19 de agosto de 2016 ao regulamentar a Lei nº 13.564, assim determina em seu artigo 1º:

“Art. 1º A condição estabelecida na Lei nº 13.564, de 20 de junho de 2016, para fruição de benefício e incentivo fiscal ou financeiro somente será exigida dos contribuintes beneficiários dos programas a seguir indicados:

I - Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia - DESENVOLVE, instituído pela Lei nº 7.980, de 12 de dezembro de 2001.”

Já o artigo 2º, assim estipula:

“Art. 2º Para os beneficiários do DESENVOLVE, o cálculo do percentual 10% (dez por cento) do valor do benefício usufruído a ser depositado em favor do Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza, instituído pela Lei nº 7.988, de 21 de dezembro de 2001, será efetuado com base no valor do desconto do ICMS obtido na data da liquidação antecipada da parcela do imposto cujo prazo tenha sido dilatado.”

O Regulamento do Processo Administrativo Fiscal também é claro quanto à falta de competência deste Conselho, quanto aos argumentos propostos no Recurso Voluntário.

Art. 167. Não se incluem na competência dos órgãos julgadores:

I - a declaração de inconstitucionalidade;

É certo que o lançamento foi efetuado com base na legislação vigente neste Estado, razão pela qual, mantenho o lançamento recorrido. Assim, posto NEGOU PROVIMENTO ao Recurso Voluntário. Auto de infração PROCEDENTE.

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 **284119.0002/19-0**, lavrado contra **JFM INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$221.138,94**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 23 de fevereiro de 2021.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

ILDEMAR JOSÉ LANDIN – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE - REPR. DA PGE/PROFIS