

A. I. Nº - 206973.0026/19-0
AUTUADO - VOGA QUÍMICA LTDA.
AUTUANTE - IVANA MARIA MELO BARBOSA
ORIGEM - INFAC INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET 17/05/2021

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0066-02/21-VD

EMENTA: ICMS. RECOLHIMENTO A MENOS. PROGRAMA DESENVOLVE. ICMS NÃO DILATADO. O recolhimento a menos. O recolhimento a menos da parcela não dilatada, decorrente do Programa Desenvolve, implica na exigência da parcela não recolhida, e perda proporcional do benefício. Infração subsistente. Dados da imposição colhidos em documentos de informação fiscal do contribuinte. Infração subsistente. Afastada a arguição de nulidade. Indeferido o pedido de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração objeto deste relatório foi lavrado em 19/12/2019 e refere-se à cobrança de ICMS no valor de **R\$2.952.927,16**, bem como aplicação de multa no percentual de 100%, pela constatação da seguinte infração:

Infração 01 - 03.08.05 – Recolhimento a menos do ICMS em razão de uso indevido de incentivo fiscal – diliação de prazo para pagamento de ICMS - relativo às operações próprias, em desacordo com a legislação do DESENVOLVE, modificando as características essenciais da obrigação tributária principal, de modo a reduzir o montante do imposto devido, evitando, assim o seu pagamento. Referente ao período de janeiro de 2017 a abril de 2019.

Constata-se, que tempestivamente, a Autuada apresentou impugnação ao lançamento através dos documentos constantes às fls. 20 a 46, quando apresentou o arrazoado de defesa relatado a seguir: A defesa inicia a peça defensiva discorrendo sobre a tempestividade, descreve os fatos e reproduz a acusação fiscal.

Passando ao tópico “*DO DIREITO*” e “*PROGRAMA DE DESENVOLVIMENTO INDUSTRIAL E DE INTEGRAÇÃO ECONÔMICA DO ESTADO DA BAHIA – DESENVOLVE*”, disse que conforme Resolução nº 100/2008 a Impugnante está habilitada aos benefícios do DESENVOLVE.

Afirmou que na descrição fática do auto o auditor imputa infração, sem descrever em detalhes, qual norma foi descumprida, tampouco qual obrigação tributária teve suas características modificadas com o objetivo de burlar ou reduzir o imposto devido, e que a autoridade administrativa não se desincumbiu do ônus de fundamentar como apurou os fatos, aplicou multa de 100%, conforme o art. 42, inciso IV, alínea “j”, da Lei nº 7.014/1996, para ação ou omissão fraudulenta.

Questionou: “*Qual ação fraudulenta foi cometida?*” e “*Quais ações ou omissões estão em desacordo com a legislação do DESENVOLVE??*

Destacou que a Autuante enquadrou a infração no art. 1º do Decreto nº 8.205/2002, através do qual não é possível identificar qual conduta praticada pelo autuado está em desacordo com a legislação do DESENVOLVE, visto que o artigo em comento trata dos objetivos do programa de incentivo:

Art. 1º O 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, tem por objetivos de longo prazo complementar e diversificar a matriz industrial e agroindustrial do Estado, mediante diretrizes que tenham como foco:

Passando ao tópico “*DA NULIDADE DO LANÇAMENTO*” **disse que desconhece como a** Autuante elaborou os denominados “Demonstrativos”, relativos, respectivamente, aos exercícios de 2017 a 2019, pois afirma que ambos foram devidamente escriturados e devidamente tributados.

De modo que afirmou não poder a Autuada aferir a exatidão dos procedimentos adotados pelo Fiscal e sequer conhece a origem dos valores e quais são as supostas divergências que lastreiam a vergastada autuação.

Ademais, pontuou que a Autuante não aponta nos autos de maneira clara e precisa, a origem dos erros e valores que lastreiam as referidas divergências constantes nos demonstrativos concernentes à Infração em comento.

Acrescentou que na descrição dos fatos imputados o Fiscal informou o descumprimento das normas e requisitos do Programa de incentivo fiscal – DESENVOLVE, porém não especificou de forma clara qual norma foi descumpriida, tampouco qual obrigação tributária teve suas características modificadas com o objetivo de burlar ou reduzir do imposto devido.

Em vista do exposto afirmou que, *diante da dificuldade de avaliação da corretude dos Levantamentos realizados pelo Fiscal e consubstanciados no demonstrativo do presente Auto de Infração, a Impugnante fica impossibilitada de analisar se há elementos suficientes aptos a determinar, com segurança, a infração descrita, o que só leva a crê que houve inadequação do tipo.* Evocou em seguida o art. 142 do CTN que reproduziu.

Destacou que o referido dispositivo acima do CTN, exige que o ato de lançamento deve revestir-se dos fundamentos legais, para fins de verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo o caso, propor a penalidade cabível, citou ainda o art. 18 do RPAF e o inciso LV do art. 5º da CF.

Art. 5º - (...)

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Arrematou que para viabilizar o direito de defesa da Impugnante, em observância às regras que norteiam o processo administrativo fiscal, a autoridade administrativa não pode se furtar de indicar, de forma clara e certeira, os motivos que deram suporte ao lançamento perpetrado; tendo assim o verdadeiro ônus de descrever minuciosamente os fatos que formaram o seu convencimento e os documentos que respaldam o seu posicionamento.

Ressaltou afigurar-se imperiosa a declaração de NULIDADE do lançamento objeto da infração em foco, por desrespeito ao art. 142 do CTN e ainda ao art. 18, IV, “a”, do RPAF, na medida em que, da análise do demonstrativo do Auto de Infração não há a descrição detalhada das operações consideradas, não sendo possível se definir com segurança se a Impugnante realizou a infração apontada ou se está adequado o procedimento adotado, restando assim vilipendiados os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Adentrando ao mérito a partir do tópico “*NECESSIDADE DE CONVERSÃO EM DILIGÊNCIA-CERCEAMENTO DE DEFESA*” reiterou que verificando a referida infração percebe que não restou claro como o ilustre fiscal chegou aos valores requeridos, não evidenciando a metodologia utilizada, se restringindo tão somente a afirmar que a infração foi cometida e indicar os valores mas não demonstrando como de fato encontrou os valores constantes nas infrações ora discutidas.

E neste sentido, entendeu que se faz imperioso que este Órgão Julgador, determine a conversão do presente feito em diligência, nos termos do art. 7º, §2º do Decreto 7.629/99, para que as autoridades fiscais procedam a uma análise mais apurada do auto em discussão.

Reafirmou que o presente Auto de Infração resultou, de uma auditoria, que não consta de quais livros, documentos fiscais analisados, realizada a glosa dos créditos os quais, por si só, não são suficientes para comprovar infração cogitada.

Disse ainda que para demonstrar cabalmente a infração, a Fiscalização deveria ter realizado diligência ao estabelecimento da Impugnante, ou – no mínimo – a intimação para prestar esclarecimentos, com a finalidade de averiguar corretamente o pagamento do tributo cobrado.

Neste sentido, reafirmou que se faz imperiosa a conversão do feito em diligência para que seja realizada uma perícia muito mais detalhada sobre a natureza dos materiais empregados em seu processo produtivo, que do contrário implicará em evidente cerceamento de defesa, visto que a impugnante está sendo autuada por valores que não restaram claros e devidamente fundamentados, o que prejudica sua defesa e consequente exercício do contraditório, violando os termos do inciso LV do art. 5º da CF/88.

Passando ao tópico “*DO CANCELAMENTO DA MULTA IMPOSTAS À IMPUGNANTE COMO FORMA DE REALIZAR OS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE*”, questionou a multa aplicada, que fora tipificada no art. 42, incisos IX e XI, da Lei nº 7.014/96, correspondente a 100% (cem por cento) do valor comercial do serviço prestado pela Impugnante.

Asseverou que a aplicação da sanção tributária deve sempre guardar um vínculo com o objetivo da sua imposição, posicionando-se de forma proporcional entre o quantum da multa e o valor do tributo, bem como se atrelando ao grau de culpabilidade do agente, e colacionou doutrina e reproduziu o § 7º, do art. 42, da Lei n.º 7.014/96, juntamente com o art. 158 do Decreto n.º 7.629/99, que instituiu o RPAF, os quais entendem permite ao órgão julgador o poder de dosar a penalidade aplicável ao contribuinte infrator em função do grau da sua culpabilidade e dos prejuízos causados ao Erário. Vejamos:

Art. 42.

(...)

§ 7 As multas por descumprimento de obrigações acessórias poderão ser reduzidas ou canceladas pelo órgão julgador administrativo, desde que fique comprovado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e não impliquem falta de recolhimento do imposto. (grifamos).

Afirma que não houve conduta de maneira dolosa, fraudulenta ou dissimulada, mesmo porque caberia ao Fisco comprovar, de forma incontestável, a ocorrência de dolo, fraude ou simulação no caso em apreço.

Afirmou que, o que houve no caso sob análise foi simplesmente o não cumprimento de uma obrigação acessória atinente ao ICMS, por uma questão meramente operacional. Colacionou julgado administrativo.

Rematou que diante da total ausência de dolo, fraude ou simulação quando da prática do ato omissivo e em razão da não ocorrência de prejuízo ao Erário, cumpre aos membros desta r. Junta observar os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, que se afiguram em preceitos básicos inerentes ao Processo Administrativo.

Alternativamente, pugna a Impugnante para que, ao menos, seja reduzida a MULTA imposta pela fiscalização, a qual, afirmou afigurar-se desproporcional e iníqua, ao tempo que reproduziu julgados.

Em seguida discorreu sobre o tópico “*DO CARÁTER CONFISCATÓRIO DA MULTA DE 100%*”, dizendo que, o débito cobrado se constitui, para além dos montantes referentes às supostas irregularidades no lançamento/ recolhimento do ICMS, como também a suposta e utilização indevida do crédito fiscal, ocasionando multas absurdas no importe de 100% sobre o valor supostamente devido na infração 01.

Afirmou que a Constituição Federal vedou a utilização de tributo com efeito confiscatório (art. 150, inciso IV), impondo aos entes tributantes a impossibilidade de invasão ilícita no patrimônio do contribuinte, absorvendo-o pela carga tributária a ponto de comprometê-lo injustamente ou até mesmo de privar-lhe o gozo de determinados direitos. Reproduziu doutrina.

Disse que as multas vergastadas são confiscatórias, uma vez que, nega ao contribuinte qualquer vínculo proporcional entre a gravidade do fato que busca sancionar, no caso, o mero suposto

equívoco no recolhimento de tributo de complexa apuração e fiscalização, e a dimensão da violência econômica impingida pela norma estadual, que, como sói frisar, enquanto sanção.

Pontuou que a máxime Corte Judiciária do país, em sede de fiscalização abstrata de constitucionalidade, proferiu decisão cautelar nos autos da ADI 1.075-DF, aforada pela Confederação Nacional do Comércio – CNC, definindo a aplicabilidade e cogênciia do princípio sufragado no art. 150, IV da *Lex Legum*, inclusive no que tange à instituição de multas pelo não recolhimento de tributos.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - LEI Nº 8.846/94 EDITADA PELA UNIÃO FEDERAL - A TRIBUTAÇÃO CONFISCATÓRIA É VEDADA PELA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. - É cabível, em sede de controle normativo abstrato, a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal examinar se determinado tributo ofende, ou não, o princípio constitucional da não-confiscatoriedade consagrado no art. 150, IV, da Constituição da República. Hipótese que versa o exame de diploma legislativo (Lei 8.846/94, art. 3º e seu parágrafo único) que instituiu multa fiscal de 300% (trezentos por cento). - A proibição constitucional do confisco em matéria tributária - ainda que se trate de multa fiscal resultante do inadimplemento, pelo contribuinte, de suas obrigações tributárias - nada mais representa senão a interdição, pela Carta Política, de qualquer pretensão governamental que possa conduzir, no campo da fiscalidade, à injusta apropriação estatal, no todo ou em parte, do patrimônio ou dos rendimentos dos contribuintes, comprometendo-lhes, pela insuportabilidade da carga tributária, o exercício do direito a uma existência digna, ou a prática de atividade profissional lícita ou, ainda, a regular satisfação de suas necessidades vitais básicas. - O Poder Público, especialmente em sede de tributação (mesmo tratando-se da definição do "quantum" pertinente ao valor das multas fiscais), não pode agir imoderadamente, pois a atividade governamental acha-se essencialmente condicionada pelo princípio da razoabilidade que se qualifica como verdadeiro parâmetro de aferição da constitucionalidade material dos atos estatais.

Asseverou ser imperioso que se considere como incidente o princípio da vedação ao confisco, mesmo na instituição de multas pelo não recolhimento de tributos, sob pena de desrespeito à decisão vinculante do C. STF, e consequente cabimento de Reclamação Constitucional. Nesse sentido apontou o teor da ementa do referido julgado, bem como outros.

Rematou que em face dos argumentos postos, tem-se por urgente a necessidade de revisão da absurda sanção confiscatória imposta pela legislação estadual, havendo que se expungir do débito exequendo o montante exigido pelas multas, sob pena de afronta direta e literal à Constituição Federal de 1988.

Alternativamente, caso não repute cabível a anulação pura e simples da sanção aplicada, pugnou pelo redimensionamento de seu aspecto quantitativo, volvendo-a a parâmetro consentâneo com os princípios supra invocados, com especial destaque à proporcionalidade, que entendeu não poderá extrapolar a monta de 20%.

Impugnante requer ao final que seja reconhecida:

a NULIDADE do vergastado Auto de Infração nº 2069730026/19-0, tendo em vista que:

a.o procedimento adotado pela fiscalização não determina, com segurança, nos termos do art. 142 do CTN, a matéria tributável, uma vez que não contém elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração supostamente cometida pela Impugnante, uma vez que inexiste justificativa hábil a respaldar a segregação realizada pela Fiscal autuante.

b.Seja, face a nulidade das infrações pelos motivos acima desfilados, declarada a NULIDADE do Auto de Infração, se assim não entendido:

c.Seja o feito administrativo CONVERTIDO EM DILIGÊNCIA a fim de apurar as informações aqui prestadas no tocante aos valores auferidos pelo Sr. Fiscal aos anos relacionados, comprovando as alegações de erro na apuração aqui alocadas.

Por todo o exposto, requereu seja julgado TOTALMENTE IMPROCEDENTE o guerreado Auto de Infração, pelas razões sobejamente expostas nos itens precedentes.

Outrossim, requer também que as intimações pela Imprensa Oficial sejam feitas, exclusivamente, em nome de seu advogado **Nicolai Trindade Mascarenhas OAB/BA 22.386**, sob pena de nulidade processual.

Protesta pela juntada posterior de documentos, bem como pela realização de diligências fiscais para constatação dos fatos aqui alegados e análise dos documentos colacionados, caso assim

entenda necessário essa Ilustre Junta de Julgamento.

A Autuante se pronunciou às fl. 68 a 73, explicou ter afirmado a defesa que não foi possível identificar como a autoridade administrativa apurou a infração e que em sua informação fiscal pretende demonstrar que tanto a infração quanto a multa estão em desconformidade com legislação do ICMS e pergunta qual ação fraudulenta foi cometida e quais ações ou omissões estão em desacordo com a legislação do DESENVOLVE.

Quanto aos questionamentos da defesa em relação a exatidão dos procedimentos, quando afirma desconhecer a origem dos valores e quais são as supostas divergências, e mais, que asseverou não apontar o Demonstrativo, de maneira clara e precisa, a origem dos erros e valores que lastreariam as referidas divergências, tendo ao final pedido pela decretação da nulidade ou, caso não seja decretada, a improcedência, inicialmente, informou que as normas contrariadas foram:

- 1) “DECRETO Nº 8.205 DE 03 DE ABRIL DE 2002 (Publicado no Diário Oficial de 04/04/2002). Aprova o Regulamento do Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia - DESENVOLVE e constitui o seu Conselho Deliberativo (e alterações posteriores).
- 2) INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 27/09 (Publicada no Diário Oficial de 03/06/2009). Dispõe sobre a apuração do saldo devedor mensal do ICMS a recolher passível de incentivo pelo Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia - DESENVOLVE. Alterada pelas Instruções Normativas nºs 54/09, 57/09, 50/10, 28/12 e 66/14.”

Disse ainda ter elaborado DEMONSTRATIVO (fls. 9 a 12), na forma da IN 27/2009, onde foi mensalmente calculado o ICMS dilatado e não dilatado conforme Resolução DESENVOLVE nº. 100/2008.

E ainda afirmou que todas as informações obtidas durante a ação fiscal foram fornecidas pela própria autuada ao transmitir o SPED Fiscal. E que foi diante da Escrituração Fiscal Digital que apurou todas as conclusões que a DEFESA insiste em afirmar que não sabe de onde vieram.

Apontou o DEMONSTRATIVO, fls. 9 a 12, bem como o CD (contido no envelope anexo - fls. 13), dizendo serem oriundos das informações transmitidas pela própria autuada e pelo intercâmbio de informações entre os entes tributantes.

Explicou que foi através das informações obtidas através do SPED que constatou as irregularidades cometidas pela autuada, e que especificamente, o DEMONSTRATIVO aponta:

- “- débito e crédito total, obtido na apuração conforme SPED
- DNVP e CNVP – débitos e créditos não vinculados ao projeto – exclusões impostas pela IN 27/2009
- recolhimentos – obtidos no banco de dados SEFAZ”

Asseverou que a defesa não apontou erros de cálculo, de valor ou de percentual do benefício que esteja equivocado, se abstendo, por isso, de apontar erros no demonstrativo, preferindo dizer que não conhece os números.

Ponderou que, ainda assim, entendeu conveniente apontar procedimentos inadequados da autuada que demonstrariam conhecimento da ação indevida por ela própria praticada e, portanto, infração cometida.

Afirmou que a primeira delas foi o recolhimento da parcela não dilatada do ICMS em valor muito aquém do calculado. Disse que não há muitas operações de terceiros que teriam que ser expurgadas em conformidade com a IN 27/2009, o que na maioria dos casos de divergência entre o cálculo do benefício DESENVOLVE pelo contribuinte e pela fiscalização este é o grande vilão.

Afirmou que em alguns meses o valor recolhido equivale a exatos 10% do valor devido. Ponderou que tendo em vista a disposição legal que determinava a perda do benefício pela falta de recolhimentos da parcela não incentivada, a autuada tinha o maior cuidado em não ficar omissa no recolhimento do ICMS cód. 0806, mas recolhia apenas parte do valor devido.

Explicou que a inclusão do § 3º no art. 18 do Decreto no. 8.205/02 pelo Decreto no. 11.913/09 passou a assegurar parte do benefício na hipótese do saldo devedor mensal do ICMS passível de incentivo ser apurado a menor.

E que até 31/05/2018, o art. 18 do decreto 8.250/02 previa que a empresa habilitada que não recolhesse na data regulamentar a parcela do ICMS não sujeita à dilação do prazo perderia o direito ao benefício em relação à parcela incentivada naquele mês.

Pontuou que a alteração do retro mencionado dispositivo legal foi trazida pelo Decreto no. 18.406 de 22/05/2018, efeitos a partir de 01/06/2018, a partir de então, a falta de recolhimento na data regulamentar já não mais ocasionaria a perda do benefício no mês, desde que o recolhimento fosse efetuado até o último dia útil do mês do vencimento.

Assim, montou o demonstrativo abaixo na forma da IN 27/2009 em que se verifica os recolhimentos a cada mês, recalculando o valor do benefício que a autuada fazia jus a partir do valor devido efetivamente recolhido.

Por exemplo: Jan/2017 → cálculo para recolhimento até o último dia útil do mês do vencimento:

$$\text{Apuração Atividade não Incentivada} = 1.293,27 - 1,10 = \text{R\$}1.292,17$$

$$\text{ICMS não dilatado} = \text{R\$}28.632,10$$

$$\text{ICMS a recolher} = \text{R\$} 1.292,17 + \text{R\$}28.632,10 = \text{R\$}29.924,27$$

$$\text{ICMS recolhido} = \text{R\$}2.889,05$$

$$\text{Diferença a recolher} = \text{R\$}27.035,22$$

Como só recolheu 9,65% da parcela não dilatada do ICMS no período, a autuada **perdeu** 90,35% do benefício jan/17-> $100\% - 9,65\% = 90,35\%$, conforme § 3º do art. 18 do Decreto no. 8.205/02 introduzido pelo Decreto no. 11.913/09, a saber:

“§ 3º Na hipótese do saldo devedor mensal do ICMS passível de incentivo ser apurado a menor, fica assegurado o benefício em relação à parcela calculada como incentivada naquele mês, caso o pagamento correspondente à parcela do ICMS não sujeita à dilação de prazo, escriturada pelo contribuinte, ocorra na data regulamentar”.

Asseverou que a autuada deveria perder todo o benefício em cada período porque não recolheu aos cofres do tesouro do Estado **tudo** o ICMS que devia se tal e que não se deu por saldo devedor apurado a menor, hipótese prevista no parágrafo 3º. do supra mencionado diploma legal.

Disse ser esse o seu entendimento, considerando que os valores extraídos do SPED fiscal não apontam (em nenhum dos períodos alcançados pela ação fiscal) valor de ICMS devido igual ou aproximado ao recolhido pela autuada. O que se percebe é o recolhimento contumaz de parcela irrigária do ICMS devido no curto prazo com a inequívoca intenção de “escapar” da perda do benefício.

Ressaltou que o benefício assegurado pela introdução do parágrafo 3º. ao art. 18 do Decreto retro mencionado visou corrigir penalidade extrema nos casos em que, de fato, o saldo devedor mensal do ICMS passível de incentivo fosse apurado a menor e nunca avalizar conduta dolosa como a da autuada.

Explicou que como a nova regra tem sido utilizada retroativamente para não prejudicar aqueles que por erro e sem dolo apuraram o saldo devedor mensal do ICMS passível de incentivo a menor, considera também para a autuada, de jan/2017 a abr/2019 os valores recolhidos (quando ocorreram) para calcular a perda proporcional do benefício, assegurando o benefício em relação à parcela calculada na forma legalmente prevista.

Disse que o recálculo, conforme parágrafo 3º. do art. 18 do Decreto 8.205/02 está demonstrado a seguir:

“Jan/2017 → cálculo para recolhimento após o último dia útil do mês do vencimento, com perda do benefício proporcional ao percentual que DEVIDO, deixou de ser recolhido.

$$\text{ICMS Passível de Incentivo} = \text{R\$}143.160,52$$

$$\text{Perda do Benefício} = 90,35\% (143.160,52 * 90,35\%) = \text{R\$}129.339,04$$

$$\text{Novo ICMS Passível de Incentivo} = \text{R\$} 143.160,52 - \text{R\$}129.339,04 = 13.821,48$$

*Novo ICMS dilatado = (13.821,48 * 80%) = 11.057,19*

*Novo ICMS não dilatado = (13.821,48 * 20%) + 129.339,04 = R\$132.103,33”*

Pontuou que em jan/2017, a autuada recolheu ao Tesouro do Estado o equivalente a apenas 9,65% da parcela de ICMS não sujeita à dilação do prazo até 28/02/2017 - último dia útil do mês do vencimento e, consequentemente, perdeu 90,35% do benefício DESENVOLVE no período.

Asseverou que o cálculo foi refeito em todo o período alcançado neste PAF conforme exemplo supra.

Disse ainda que, quando do manuseio do DEMONSTRATIVO original (fls. 9 a 12) para prestar esses esclarecimentos na Informação fiscal, percebeu um equívoco na fórmula o que resultou em cobrança à menos.

Por esta razão, explicou que elaborou novo DEMONSTRATIVO cuja única alteração foi a inclusão da coluna “passível de incentivo” e a correção da fórmula da coluna “O” pois no demonstrativo original teria partido do “ICMS dilatado” e não do “passível de incentivo” como deveria ser.

Corrigido esse equívoco resultou na alteração em todos os valores da linha 32 - ICMS não dilatado – que constam no DEMONSTRATIVO original e, consequentemente, na alteração dos valores de ICMS a recolher (linha 34) e Diferença a recolher (linha 36).

Pontuou estar tudo conforme planilha “*.xlsx no envelope (fls. 78)” e anexo enviado para consefprocessos@sefaz.ba.gov.br, junto com a presente Informação Fiscal (vide fls. 79).

Ao final afirmou manter totalmente a autuação no valor de R\$ 2.952.927,15 e, por estar certa da cobrança a menos no valor de R\$ 858.412,12, disse que aguardará o julgamento PROCEDENTE e competente autorização para cobrar o *quantum* não cobrado sob novo procedimento fiscal.

Em vista da apresentação de novo demonstrativo pela Autuante foi dada ciência à Impugnante e esta apresentou novo arrazoado às fls. 82 a 91.

Começou discorrendo sobre o tópico “DA DESPROPORCIONALIDADE DO PRAZO PARA MANIFESTAÇÃO - NECESSIDADE DE DEVOLUÇÃO DO PRAZO - CERCEAMENTO DE DEFESA”, quando disse que foi exíguo o prazo de 10 (dez) dias concedido para análise da base escriturária recentemente complementada pela ilustre Auditora Fiscal.

Observou que a empresa requereu em sua defesa a conversão do feito em diligência para que o ilustre fiscal discriminasse a metodologia utilizada, evidenciando como apurou os valores requeridos, permitindo a impugnante o seu exercício do direito de ampla defesa e contraditório previsto na carta magna brasileira.

Admitiu que a Autuante na informação fiscal oferecida aos autos especificou as informações e trouxe fatos novos principalmente em relação a metodologia de cálculos utilizada, embasada por diversas planilhas apresentadas.

Pontuou que os documentos novos apresentados pela ilustre fiscal, principalmente as planilhas de cálculos, necessitam de um maior tempo do setor contábil da empresa para análise e diagnóstico, tendo em vista a sua inherente complexidade, impedindo que a empresa autuada consiga apresentar uma resposta quanto aos novos cálculos realizados no exíguo prazo de 10 (dez) dias. O que alegou ter promovido a ocorrência do cerceamento de defesa, vez que a empresa impugnante não conseguiu tecer suas considerações quanto aos novos cálculos realizados pela ilustre fiscal em decorrência do curto prazo de 10 dias fornecido.

Asseverou que, praticamente houve a lavratura de “um novo auto” já que a informação fiscal ora impugnada traz novos argumentos e documentos novos, motivo pelo qual seria justo a concessão de um prazo para manifestação de 30 a 60 dias a empresa autuada para pertinente manifestação, em analogia ao prazo concedida para apresentação de defesa. Colacionou doutrina e jurisprudência.

Passando ao tópico “DO RECONHECIMENTO DA NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO” requereu em sua defesa a conversão do feito em diligência para que o ilustre fiscal discrimine a metodologia utilizada, evidenciando como chegou nos valores requeridos, permitindo a impugnante o seu

exercício do direito de ampla defesa e contraditório previsto na carta magna brasileira.

Disse que em atenção ao referido pleito, a autoridade fiscal ao invés de converter o feito em diligência, concedendo maior prazo para a empresa autuada para manifestação, preferiu em sua informação fiscal tentar corrigir o auto de infração trazendo novos argumentos e documentos aos autos.

Deste modo, alegou que a autoridade fiscal acaba por reconhecer explicitamente a nulidade do auto de infração lavrado, tendo em vista evidente fundamentação deficitária do auto, e a não indicação do modo a que se chegou aos valores cobrados, além da falta de indicação aos artigos violados. Evocou o art. 142 do CTN.

Pontuou que a informação fiscal apresentada não possui o condão de corrigir a falta de fundamentação do auto lavrado, servindo-se apenas e tão somente como forma de trazer esclarecimentos aos autos pela autoridade fiscal, mas nunca como forma de complementação do auto de infração em si.

Rematou afigurar-se imperiosa a declaração de NULIDADE do lançamento objeto da infração em foco, por desrespeito ao art. 142 do CTN e ainda ao art. 18, IV, “a”, do RPAF, na medida em que, da análise do demonstrativo do Auto de Infração não há a descrição detalhada das operações consideradas, não sendo possível se definir com segurança se a Impugnante realizou a infração apontada ou se está adequado o procedimento adotado, não servindo ainda a informação fiscal como meio adequado para complementação/correção do auto de infração lavrado.

Adentrando ao mérito iniciou por abordar o tópico “*DA IMPOSSIBILIDADE DE DESENQUADRAMENTO DA EMPRESA DO PROGRAMA DESENVOLVE*”, quando afirmou que na sua informação fiscal de fls. 68-77, a autoridade fiscal defendeu em síntese que a empresa autuada deveria perder todo o benefício em cada período por que não recolheu aos cofres do tesouro do Estado todo o ICMS que devia.

Asseverou discordar, principalmente pela cobrança dos valores de forma retroativa referente ao período que ainda iria vencer e sem a aplicação do benefício fiscal do programa DESENVOLVE, quando na realidade, a cobrança deveria apenas se restringir ao percentual de 9,65% que não foi recolhido.

Explicou que a empresa autuada, conforme Resolução nº 100/2008, está habilitada aos benefícios do DESENVOLVE, programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia com objetivos de à longo prazo complementar e diversificar a matriz industrial e agroindustrial do Estado. E que ao aderir ao benefício a empresa consegue alguns incentivos, tais como: Desoneração do imposto estadual (ICMS) na aquisição de bens destinados ao ativo fixo, Diferimento na aquisição interna de insumos, conforme regra do Decreto; Dilação de prazo de 72 meses para o pagamento de 90%, 80% ou 70% do saldo devedor mensal do imposto estadual (ICMS), dentre outros.

Ressaltou que no art. 18 do Decreto nº 8205 de 03/04/2002 que regulamenta o programa DESENVOLVE, traz a hipótese quanto ao não recolhimento da parcela do ICMS não sujeita à dilação de prazo:

“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”.

Disse ser claro que o referido artigo é claro ao discriminar que o contribuinte que não recolher a parcela incentivada do ICMS não sujeita à dilação de prazo, perderá o direito ao benefício em relação à parcela incentivada naquele mês.

Ressalta que na informação fiscal, restou claro que o fisco estadual está cobrando não só os meses em que não houve o recolhimento da parcela incentivada, mas também, todos os meses que ainda iriam vencer, o que se trata de ato manifestamente absurdo e desproporcional!

Destacou ainda que o fisco cobra a parcela do ICMS de forma integral, quando na realidade, a parte que não restou recolhida em sua totalidade foi apenas referente a parcela do ICMS não sujeita à

dilação de prazo, que conforme restou consignado na informação fiscal representaria o percentual de 9,65%, o qual apenas e tão somente deveria ser alvo de cobrança.

Reforçando este entendimento, o §3º do art. 18 do Decreto nº 8205 de 03/04/2002, assim determina:

"§ 3º Na hipótese do saldo devedor mensal do ICMS passível de incentivo ser apurado a menor, fica assegurado o benefício em relação à parcela calculada como incentivada naquele mês, caso o pagamento correspondente à parcela do ICMS não sujeita à dilação de prazo, escriturada pelo contribuinte, ocorra na data regulamentar."

Entendeu que o parágrafo acima determina que o benefício deve ser assegurado em relação a parcela incentivada pelo desconto do ICMS, caso o pagamento da parcela não sujeita à dilação de prazo, seja realizada a menor, desde que dentro do prazo.

Afirmou que no caso em tela, a situação ocorrida se enquadra perfeitamente na situação descrita no referido §3º do art. 18, vez que a empresa autuada recolheu o ICMS a menor, procedeu com o pagamento da parcela não incentivada dentro do prazo regulamentar, fazendo jus deste modo que lhe seja assegurado o benefício do desconto em relação a parcela incentivada, mantendo-se a cobrança apenas quanto à parcela não dilatada representada pelo percentual de 9,65% sob o valor do ICMS devido.

Registra que não há previsão no Decreto nº 8205 de 03/04/2002 de que o recolhimento a menor da parcela não dilatada representaria o vencimento antecipado de todas as parcelas seguintes, e ainda sem a aplicação do benefício fiscal, como está sendo cobrado no auto ora em discussão.

Sendo assim, disse que a cobrança realizada pelo fisco nestes termos, configura como inegável violação ao princípio da não surpresa, além de indiscutível inovação sancionatória, já que a cobrança nos moldes impostos no auto de infração, não restam regulamentados em lei, logo a empresa não poderia sofrer tal penalização.

Salienta que o princípio da não surpresa possui intrínseca relação com o princípio da anterioridade e tem como objetivo evitar que o contribuinte seja surpreendido com novas cobranças de tributos ou penalidades, sem que tenha tido prévio conhecimento ou que lhe tenha sido oportunizado lapso temporal suficiente para melhor conhecer a nova legislação. Trouxe doutrina.

Sendo assim, a empresa autuada disse entender que a cobrança em debate trata-se de ato ilegal e desproporcional, caracterizando-se em verdade como o seu desenquadramento do programa DESENVOLVE, o que discorda veementemente, pois em que pese o valor da parcela não dilatada ter sido recolhido a menor, sempre foi pago na data regulamentar conforme prescreve o §3º do art. 18 do Decreto nº 8205 de 03/04/2002 acima discutido.

Ante o exposto, pugnou pela manutenção da empresa no programa DESENVOLVE, vez que a cobrança não pode ser aplicada sob todo o débito do ICMS sem a aplicação de desconto e ainda de forma antecipada, mas sim apenas e tão somente sob a parcela não dilatada que representa o percentual de 9,65% sob o valor do ICMS devido por cada período devido, o que torna o auto de infração lavrado totalmente improcedente ante a total insubsistência, ilegalidade e abusividade dos valores ali cobrados.

Ao final, Impugnante requereu:

1. *"A concessão de novo prazo de 30 a 60 dias para que a empresa autuada consiga apresentar suas pertinentes considerações, principalmente quanto aos cálculos apresentados, sob pena de cerceamento de defesa, nos termos art. 5º, LV, da CF/88, tendo em vista que o prazo de 10 (dez) dias concedido é extremamente exíguo para manifestação dos cálculos elaborados pela ilustre auditora em virtude de sua inerente complexidade, necessitando portanto a empresa autuada de maior tempo para análise e diagnóstico."*

2. *"A declaração de NULIDADE do lançamento objeto da infração em foco, por desrespeito ao art. 142 do CTN e ainda ao art. 18, IV, "a", do RPAF, na medida em que, da análise do demonstrativo do Auto de Infração não há a descrição detalhada das operações consideradas, não sendo possível se definir com segurança se a Impugnante realizou a infração apontada ou se está adequado o procedimento adotado, não servindo ainda a informação fiscal como meio adequado*

para complementação/correção do auto de infração lavrado.

3. Por fim, caso reste superada o pedido de nulidade do auto, requer a manutenção da empresa no programa DESENVOLVE, vez que a cobrança não pode ser aplicada sob todo o débito do ICMS sem a aplicação de desconto e ainda de forma antecipada, mas sim apenas e tão somente sob a parcela não dilatada que representa o percentual de 9,65% sob o valor do ICMS devido por cada período devido, o que torna o auto de infração lavrado TOTALMENTE IMPROCEDENTE ante a total insubsistência, ilegalidade e abusividade dos valores ali cobrados.

Outrossim, requer que as intimações pela Imprensa Oficial sejam feitas, exclusivamente, em nome de seu advogado Nicolai Trindade Mascarenhas OAB/BA 22.386, sob pena de nulidade processual.”

A Autuante voltou a se manifestar à fl. 108, disse que a defesa nada apresentou de novo, apenas considerou exíguo o prazo para sua manifestação e reiterou o pedido de diligência.

Manteve o pedido pela procedência do feito.

Presente na sessão a Adv. Fernanda Brim Sampaio, OAB/BA n.º 35434.

É o relatório.

VOTO

Trata-se de Auto de Infração que se refere à exigência do ICMS de ofício em vista de suposto recolhimento a menos em razão de uso indevido de incentivo fiscal relativo às operações próprias, em desacordo com a legislação do DESENVOLVE.

A acusação fiscal teve por base a constatação de que o recolhimento da parcela não dilatada do ICMS foi realizado, em diversos meses, em valor muito aquém do calculado e efetivamente devido.

Enfrentando a preliminar de nulidade arguida pela defesa com espeque na alegação de que na descrição fática do auto, o auditor imputou infração sem descrever em detalhes, qual norma foi descumprida, tampouco qual obrigação tributária teve suas características modificadas com o objetivo de burlar ou reduzir o imposto devido, e que a autoridade administrativa não se desincumbiu do ônus de fundamentar como apurou os fatos e aplicou multa de 100%, conforme o art. 42, inciso IV, alínea “j” da Lei nº 7.014/1996, para ação ou omissão fraudulenta.

Compulsando os autos, reputo estar clara a infração cometida pela Impugnante, que ao seu alvedrio, aviltou o valor recolhido em relação ao ICMS não dilatado, de fato devido, de modo a intencionalmente apenas adimplir com menos de 10% da efetiva obrigação tributária devida. Portanto, respondendo a primeira indagação defensiva em sua peça vestibular, esta foi a sua ação fraudulenta cometida. Haja vista que, respondendo ao seu segundo questionamento, que está em estrito desacordo com a legislação do DESENVOLVE, se apropriar de benefício para além do esquadinhamento proposto pelo Decreto nº 8.205/2002, e pela Instrução Normativa nº 27/09. De maneira, que afasto peremptoriamente a arguição de nulidade esboçada pela defesa.

O pedido de diligência solicitado, por conexão, também não se mostra pertinente, haja vista que os autos estão absolutamente claros ao delinear a infração cometida e demonstrar a liquidez do débito exigido, a despeito de forçosa revisão empreendida nos cálculos, já admitida e corrigida a tempo pela Autuante, sem olvidar a pertinente ciência à contribuinte, a qual, pela simplicidade dos elementos envolvidos na acusação fiscal e na memória de cálculo do feito, não demanda mais que os 10 (dez) dias disponibilizados para o exame e pronunciamento defensivo, de modo que rechaço também o pleito pela dilação do prazo em tela, bem como, porque se trata de prazo positivado na legislação tributária do Estado da Bahia, no art. 18 §1º c/c art. 127, § 7º do RPAF.

Adentrando ao mérito, verifico que a metodologia utilizada no levantamento fiscal está claramente explicitada, restando evidenciado que se pautou em sopesar o valor devido a título de ICMS não dilatado, decorrente do PROGRAMA DESENVOLVE, com o valor efetivamente recolhido, referente a parcela não dilatada.

Nessa esteira a Autuante realizou o recálculo do valor devido se restringindo não somente a apurar

a parcela não recolhida a título de ICMS normal não dilatado, mas também a promover o recálculo admitindo a perda proporcional do benefício em relação a parcela da diferença não recolhida, conforme § 3º do art. 18 do Decreto no. 8.205/02 introduzido pelo Decreto no 11.913/09.

Tudo demonstrado nas planilhas 09 a 13 que fora objeto de correção quando da informação fiscal, quando explicou a Autuante que em função de um erro em seu cálculo promoveu o lançamento originalmente a menos, de modo que apresentou novos demonstrativos que resultou em apuração em valor superior ao original.

Todavia, a Autuante consciente da impossibilidade da *reformatio in pejus* em relação ao valor lançado, disse que aguarda autorização para realizar novo procedimento fiscal, a fim de reclamar para os cofres públicos a diferença apurada. Veja a declaração da Autuante:

"No manuseio do DEMONSTRATIVO original (fls. 9 a 12) para prestar esses esclarecimentos na Informação fiscal percebemos um equívoco na fórmula o que resultou em cobrança à menor. Por esta razão, elaboramos novo DEMONSTRATIVO cuja única alteração foi a inclusão da coluna "passível de incentivo" e a correção da fórmula da coluna "O" pois no demonstrativo original partimos do "ICMS dilatado" e não do "passível de incentivo" como deveria ser.

*Esse equívoco corrigido provocou a alteração em todos os valores da linha 32 - ICMS não dilatado – que constam no DEMONSTRATIVO original e, consequentemente, alteração dos valores de ICMS a recolher (linha 34) e Diferença a recolher (linha 36). Tudo conforme planilha *.xlsx no envelope (fls. 78) e anexo enviado para consefprocessos@sefaz.ba.gov.br junto com a presente Informação Fiscal (vide fls. 79).*

Ex positis, mantemos totalmente a autuação no valor de R\$ 2.952.927,15 e, por estarmos certos da cobrança a menor no valor de R\$ 858.412,12, aguardaremos o julgamento PROCEDENTE e competente autorização para cobrar o quantum não cobrado sob novo procedimento fiscal".

Passando a tratar do tópico defensivo, quanto à abusividade da multa, é *mister* pontuar, que falece competência à essa esfera do contencioso administrativo, exarar juízo de valor quanto a matéria legal ou constitucional que vá de encontro ao arcabouço da legislação tributária, de maneira que não posso avaliar o pleito sobre a abusividade da multa, sobretudo considerando que a infração não foi rechaçada e a tipificação da multa contida em instrumento de lei, se encontra perfeitamente subsumida do ilícito fiscal apurado.

Ademais, a possibilidade de dispensa ou redução de imposição de penalidade que se encontrava prevista no §8º, do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, foi revogada pela Lei nº 12.605, de 14/12/12, DOE de 15 e 16/12/12, efeitos a partir de 15/12/12.

Destarte, voto pela procedência da infração 01, recomendando a autoridade competente que avalie a pertinência e a oportunidade de determinar nova ação fiscal para recuperar a parcela exigida a menos conforme declarou à Autuante.

Em tempo esclareço que a intimação e notificação dos atos processuais seguem estrita concordância com o Art. 127 do CTN que estipula como regra a eleição do domicílio fiscal do contribuinte:

Art. 127. Na falta de eleição, pelo contribuinte ou responsável, de domicílio tributário, na forma da legislação aplicável, considera-se como tal:

I - quanto às pessoas naturais, a sua residência habitual, ou, sendo esta incerta ou desconhecida, o centro habitual de sua atividade;

II - quanto às pessoas jurídicas de direito privado ou às firmas individuais, o lugar da sua sede, ou, em relação aos atos ou fatos que derem origem à obrigação, o de cada estabelecimento;

III - quanto às pessoas jurídicas de direito público, qualquer de suas repartições no território da entidade tributante.

§ 1º Quando não couber a aplicação das regras fixadas em qualquer dos incisos deste artigo, considerar-se-á como domicílio tributário do contribuinte ou responsável o lugar da situação dos bens ou da ocorrência dos atos ou fatos que deram origem à obrigação.

§ 2º A autoridade administrativa pode recusar o domicílio eleito, quando impossibilite ou dificulte a arrecadação ou a fiscalização do tributo, aplicando-se então a regra do parágrafo anterior.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 206973.0026/19-0, lavrado contra a empresa **VOGA QUÍMICA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$2.952.927,16**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, inc. IV, alínea “j” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 16 de abril de 2021

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR - PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA - RELATOR

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS - JULGADOR