

A.I. Nº - 293873.0003/20-0
AUTUADO - G. A. L. RIOS & CIA LTDA.
AUTUANTE - RITA DE CÁSSIA BITENCOURT NERI
ORIGEM - INFAZ CENTRO NORTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET 27/12/2021

2ª JUN TA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0203-02/21-VD

EMENTA: ICMS. 1. BENEFÍCIO FISCAL PROGRAMA DESENVOLVE. FALTA DE PAGAMENTO NO PRAZO REGULAMENTAR DA PARCELA NÃO SUJEITA À DILAÇÃO. PERDA DO DIREITO AO BENEFÍCIO. Comprovado nos autos a falta de recolhimento da parcela não incentivada do ICMS. 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, conforme art. 8º do Decreto nº 8.205/2002. A defesa não contesta o valor tampouco comprova o recolhimento do imposto. Afastada a preliminar de nulidade. Autuada não elidiu a infração. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração foi lavrado em 20/03/2020, para exigir o ICMS no valor histórico de R\$147.345,82, acrescido da multa de 60%, tipificada no art. 42, inc. II, alínea “f” da Lei nº 7.014/96, pela constatação da infração a seguir descrita:

INFRAÇÃO 01 – 01.02.79 – Falta de recolhimento na data regulamentar, da parcela do ICMS não sujeita a dilação de prazo, de acordo com o previsto no art. 18 do Decreto nº 8.205, de 03/04/2002, no período de dezembro de 2016.

A autuante no campo DESCRIÇÃO DOS FATOS, informa que o “*Contribuinte detentor do benefício fiscal Desenvolve, Resolução 017/2013 com propósito de produzir esquadrias de alumínio e PVC (portas, janelas, vitrôs e escadas)*”.

Enquadramento legal: art. 38 da Lei nº 7.014/96 c/c art. 18 do Decreto nº 8.205, de 03/04/2002.

A impugnação apresentada por seus Advogados, fls. 11 a 16, inicialmente demonstra a tempestividade da defesa, relata os fatos, afirma que a infração é completamente insubsistente para em seguida arguir nulidade do lançamento, transcrevendo o teor do art. 18 do RPAF/99.

Explica que o fiscal autuante há de lançar o tributo com as formalidades previstas no RPAF, possibilitando ao contribuinte identificar o fato gerador da obrigação tributária e exercer seu direito a ampla defesa a ao contraditório, na forma do art. 5º da Constituição Federal e acaso o Auto de Infração não preencha tais formalidades, será nulo de pleno direito em razão da existência de vício formal.

Assegura ser esse o entendimento pacificado nesta SEFAZ, conforme trecho reproduzido do voto da decisão do julgamento do PAF nº 9095188.22/11-8.

Registra que a Delegacia da Receita Federal do Brasil, em Salvador, também tem aplicado em julgamentos, o mesmo entendimento reiteradamente, conforme se infere da decisão do processo nº 13502.000679/2009-74, que reproduz em parte, na qual o órgão julgador declarou nulo o Auto de Infração, em face da não observância de formalidades obrigatórias para fins de lançamento.

Assevera que a referida decisão se amolda ao caso presente, haja vista que a descrição genérica, sem apontar o fato gerador com precisão, impede que se determine com segurança a infração.

Afirma que nesse contexto, sendo o Auto de Infração desprovido de formalidades legais, se encontra maculado de vício insanável, impondo-se a declaração de sua nulidade, na forma do art. 18 do RPAF, bem como na esteira da jurisprudência administrativa pacificada na SEFAZ.

Prosseguindo, questiona a aplicação da multa de 60% num sistema onde já há previsão de juros para indenizar e correção monetária para manter o poder aquisitivo, fato que diz ofender flagrantemente o princípio constitucional à vedação ao confisco, previsto no art. 150, inc. IV da Constituição Federal, que reproduz.

Explica que por tributo com efeito confiscatório deve-se entender aquele que em decorrência da sua taxa extorsiva corresponde a uma verdadeira absorção, total ou parcial, da propriedade particular pelo Estado. A vedação ao tributo confiscatório decorre de outro princípio: o poder de tributar deve ser compatível com o de conservar e não com o de destruir. Assim, tem efeito confiscatório o tributo que não apresenta as características de razoabilidade e justiça, e, portanto, igualmente atentatório ao princípio da capacidade contributiva.

Frisa que a Constituição Federal limita-se a enunciar o princípio que dever ser entendido em termos relativos e não absolutos, examinando-se em cada caso concreto, se a taxa estabelecida, atenta ou não contra o direito de propriedade, vez que a administração em todo e qualquer ato se encontra vinculada a consecução do bem comum, ou seja, o objetivo da aplicação da lei é atingir o fim esperado.

Conclui que a imposição da multa pretendida, no percentual de 60%, que entende exorbitante, não possui qualquer relação com o dever moral da administração, pelo contrário, constitui-se em verdadeiro ato desproporcional que conduz ao enriquecimento sem causa, amplamente vedado em nosso ordenamento jurídico, restando, assim, evidente a inconstitucionalidade da multa aplicada posto que ofende aos princípios consagrados pela Constituição Federal.

Requer que seja determinada a imediata nulidade do Auto de Infração, ora impugnado, em razão da irregularidade identificada na defesa e subsidiariamente, na remota hipótese da sua manutenção, pede que seja reduzida a multa ao patamar de 20%, devido ao seu caráter confiscatório.

A autuante presta a informação fiscal às fls. 23 e 24, onde reproduz a infração, as razões da defesa e afirma que mantém o Auto de Infração na íntegra, uma vez que foi elaborada planilha, enviada a Sra. Ilana, preposto da empresa, diversos *e-mails*, fls. 25 e 26, oportunidade em que foram discutidas todas as autuações, como também planilha anexa ao Auto de Infração entregue ao contribuinte.

Registra que a multa aplicada está de acordo com a Lei nº 7.014/96, art. 42, inc. II, alínea “f”.

Conclui mantendo integralmente a autuação.

Em 28/01/2021 o processo foi convertido em diligência a INFAZ - CENTRO NORTE para que a autuante anexasse aos autos o TERMO DE INÍCIO DE FISCALIZAÇÃO, na forma prevista no art. 28, inc. I do RPAF/99 e comprovasse a entrega ao contribuinte de cópia do DEMONSTRATIVO ANALÍTICO que suporta a exação, impresso ou gravado em mídia.

Adicionalmente foi determinado que o órgão preparador verificasse o atendimento da solicitação e em seguida, caso não tenha sido possível comprovar a entrega do demonstrativo, deveria intimar o contribuinte a recebê-lo em cópia, em papel ou gravado em mídia eletrônica, com a reabertura do prazo de defesa de sessenta dias, para nova impugnação.

Em cumprimento à diligência a autuante retorna aos autos, fls. 35 e 36, onde esclareceu que a intimação ao contribuinte foi feita por escrito, através de *e-mails*, em 03/03/2020 e 25/03/2020, direcionado ao seu preposto identificada como Sra. Ilana, conforme cópias anexadas, contendo a intimação para apresentar livros e documentos inclusive com a solicitação e autorização para retificar a EFD.

Diz que o contribuinte tomou ciência das intimações, o que pode ser constatado através de mensagens trocadas e assim, entende que tais procedimentos se constituem em prova inequívoca da ciência do contribuinte que estava sob auditoria fiscal.

Quanto a comprovação de entrega dos demonstrativos analíticos, informou que a fiscalização foi encerrada em 20/03/2020 e devido as restrições por conta da pandemia do Corona vírus, os demonstrativos foram enviados por e-mail em 23/03/2020, cujo recebimento foi confirmado pelo preposto da empresa, conforme mensagem, fls. 44 e 45, afirmando inclusive que aguardaria o envio do Auto de Infração.

Ressalta que o cálculo do valor do ICMS - DESENVOLVE foi baseado nas informações fornecidas pelo contribuinte através da Escrituração Fiscal Digital – EFD, fl. 46, tendo sido encaminhado ao contribuinte, conforme mensagem, fl. 38

É o relatório.

VOTO

O Auto de Infração em análise imputa ao sujeito passivo, uma infração à legislação tributária, tempestivamente impugnada, decorrente da constatação pela autoridade fiscal da falta de recolhimento da parcela não incentivada do ICMS, exigida dos beneficiários do Decreto nº 8.205/2002.

A autuada encontra-se inscrita no Cadastro de Contribuintes do ICMS na condição NORMAL, exercendo a atividade econômica principal de fabricação de esquadrias de metal, além de outras secundárias como fabricação de embalagens de material plástico, de artefatos de material plástico para uso na construção, exceto tubos e acessórios, comércio atacadista de vidros, espelhos, vitrais e molduras além de material de construção.

O sujeito passivo é habilitado no Programa DESENVOLVE, conforme Resolução nº 017/2013, publicada no Diário Oficial do Estado de 13/03/2013, sendo-lhe concedido os seguintes benefícios:

“I - Diferimento do lançamento e do pagamento do ICMS nas importações e nas aquisições neste Estado e em outra unidade da Federação, relativamente ao diferencial de alíquotas, de bens destinados ao ativo fixo, para o momento de sua desincorporação.

II - Dilação de prazo de 72 (setenta e dois) meses para pagamento do saldo devedor do ICMS, relativo às operações próprias, gerado em razão dos investimentos previstos no projeto incentivado, conforme estabelecido na Classe 1, da Tabela 1, anexa ao Regulamento do Desenvolve”.

Sendo também concedido o prazo de 12 (doze) anos para fruição dos benefícios, contado a partir de 1º de março de 2013.

Preliminarmente a defesa argui nulidade do lançamento argumentando com fundamento no que dispõe o art. 18 do RPAF/99, que *“...o auto de infração desprovido de formalidades legais, o mesmo se encontra maculado de nulidade insanável, o que impõe a declaração de nulidade do auto de infração, na forma do art. 18 do RPAF, bem como na esteira da Jurisprudência administrativa pacificada nessa SEFAZ”.*

Saliento o caráter genérico da arguição, por não ter a defesa apontado precisamente um fato que possa ser caracterizada a carência de formalidades legais, alegando que a *“sua descrição genérica, sem apontar com precisão cada fato gerador”* o que segundo alega, o *“impede que se determine com segurança a indigitada infração”.*

Foi exatamente no sentido de assegurar a observância dos princípios que regem o processo administrativo fiscal, que na fase de análise, registro, etapa importante que deve ser desenvolvida pelo julgador administrativo com cuidado e zelo, que os membros desta Junta de Julgamento Fiscal, decidiram converter o processo em diligência, visando sanar possíveis falhas formais no processo, identificadas por este relator, que cumprida pela autuante, restou demonstrado não haver falhas no âmbito das formalidades.

É cediço que a Constituição Federal em seu artigo 37, determina os princípios norteadores dos atos praticados pela Administração Pública: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Por seu turno, a Lei Federal nº 9.784/1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal e analogamente se aplica a todos, nos âmbitos da Administração Pública, seguindo essa premissa, assim determina:

Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Estes princípios encontram-se também contemplados no Decreto nº 7.629/99 – RPAF no seu art. 2º: *“Na instauração, preparo, instrução, tramitação e decisão do processo administrativo e dos procedimentos administrativos não contenciosos, atender-se-á aos princípios da oficialidade, da legalidade objetiva, da verdade material, do informalismo e da garantia de ampla defesa, sem prejuízo de outros princípios de direito”.*

Assim, resta patente que os atos administrativos devem estar legalmente amparados, motivados e devidamente formalizados, conforme as disposições contidas no Título IV, Capítulo I da Lei Federal nº 5.172/1966 – Código Tributário Nacional.

Uma das formalidades indispensáveis à validade do processo administrativo fiscal, consiste na presença de elementos probantes que atestem o cumprimento do disposto no art. 28 do RPAF/99, *verbis*:

Art. 28. A autoridade administrativa que efetuar ou presidir tarefas de fiscalização para verificação do cumprimento de obrigação tributária lavrará, ou determinará que sejam lavrados, conforme o caso:

I - Termo de Início de Fiscalização, destinado a documentar o início do procedimento fiscal, com indicação do dia e hora da lavratura, devendo ser colhida a assinatura do intimado no instrumento ou em recibo, a menos que seja transcrito diretamente em livro do próprio contribuinte;

II - Termo de Intimação para Apresentação de Livros e Documentos, para que o sujeito passivo, seu representante legal ou preposto preste esclarecimento ou exiba elementos solicitados pela fiscalização, sendo que a emissão deste termo dispensa a lavratura do Termo de Início de Fiscalização.

A diligência determinada pela 2ª JF, conforme já descrita linhas acima, solicita que a autuante junte aos autos cópia do termo de início de fiscalização e comprove que os demonstrativos analíticos foram entregues ao contribuinte.

Em cumprimento ao quanto determinado, a autuante demonstra que apesar de não ter procedido formalmente com a lavratura do termo de início de fiscalização, comprova que o contribuinte foi devidamente cientificado que se encontrava sob ação fiscal, conforme correspondências eletrônicas trocadas entre o preposto fiscal e a representante da empresa, consoante cópias aportadas às fls. 37 a 45.

Considero que os *e-mails* trocados entre as partes demonstram claramente que a autuada teve conhecimento prévio do início da ação fiscal e considerando o que dispõe o art. 26, inc. III do citado RPAF/99 nas suas disposições quanto ao início do procedimento fiscal, considera que pode ocorrer com a *“intimação, por escrito, ao contribuinte, seu preposto ou responsável, para prestar esclarecimento ou exibir elementos solicitados pela fiscalização”*, não havendo restrições que estas sejam formalizadas via correio eletrônico, desde que institucional, o que ocorreu no presente caso.

Restou claro que foi obedecido o devido processo legal, através do qual o contribuinte exerceu a ampla defesa e o contraditório, pois obteve as cópias das peças necessárias à sua defesa, foram obedecidos os prazos legais e o levantamento foi realizado com base nas informações fiscais por ele fornecidas e produzidas através de sua EFD, inexistindo qualquer vício ou falha que macule de nulidade o auto de infração, portanto, a ocorrência de quaisquer das hipóteses previstas no art. 18 do RPAF/99.

Pelo exposto, não acato a arguição de nulidade suscitada.

No mérito, a acusação fiscal diz respeito à falta de recolhimento da parcela incentivada do ICMS devido pelo contribuinte na apuração do imposto mensalmente devido, levando em consideração o usufruto do benefício fiscal do Programa DESENVOLVE, instituído pela Lei nº 7.980, de 12 de dezembro de 2001 e regulamentado pelo Decreto nº 8.205/2002.

Conforme já pontuado, estando o contribuinte habilitado a usufruir dos benefícios do programa, conforme estabelecido na Classe I, da Tabela I, anexa ao Regulamento do DESENVOLVE, está autorizado a postergar o recolhimento de 90% do ICMS devido no mês, no prazo de 72 (setenta e dois) meses, relativo às operações próprias, gerado em razão dos investimentos previstos no projeto incentivado.

O art. 18 do Decreto nº 8.205/2002, cuja redação vigente na época dos fatos geradores, foi dada pelo Decreto nº 9.513, de 10/08/2005, com efeitos de 11/08/2005 a 31/05/2018, assim determinava:

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.

A parcela não incentivada do ICMS tem vencimento estabelecido no RICMS/2012 nos artigos 330, 331 e 332, inc. I, alínea “a”:

Art. 330. O ICMS será recolhido mediante:

I - Documento de Arrecadação Estadual (DAE); (...)

Art. 331. O recolhimento poderá ser feito na rede bancária e companhia administradora de cartão credenciadas.

Art. 332. O recolhimento do ICMS será feito:

I - até o dia 9 do mês subsequente:

a) ao da ocorrência dos fatos geradores, tratando-se de contribuintes sujeitos ao regime de conta corrente fiscal de apuração do imposto;

Os registros da arrecadação da SEFAZ comprovam que a parcela não incentivada do ICMS apurado pelo contribuinte no mês de dezembro de 2016, no valor de R\$16.388,30, que deveria ter sido recolhido aos cofres estaduais até dia 09 de janeiro de 2017, não foi pago.

Assim constatado, com fulcro no art. 18 do Decreto nº 8.205/2002, acima transcrito, o contribuinte beneficiário, perdeu o direito de usufruir do benefício fiscal neste período, previsto na lei que instituiu o Programa DESENVOLVE, conforme demonstrado nas planilhas elaboradas pela autuante, fls. 05 e 06.

Portanto, o ICMS deve ser recolhido integralmente no prazo previsto no art. 332, inc. I, alínea “a” do RICMS/2012, já transcrito e tendo a autoridade fiscal constatado o fato, decorrente da aplicação do adequado roteiro de auditoria, procedeu de ofício o lançamento que não carece de reparos, restando procedente a exação.

Os fatos acima apontados, em momento algum a defesa contesta, sequer aborda o mérito da autuação, deixando inclusive de trazer aos autos quaisquer provas capazes de elidir a acusação.

Ressalto que o RPAF/99, determina no art. 123 que fica assegurado ao sujeito passivo tributário o direito de fazer a impugnação do auto de infração no prazo de sessenta dias, contados da data da intimação, sendo que a matéria relacionada com a situação que constitua o objeto da lide deverá ser alegada de uma só vez e a prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-la em outro momento processual, a menos que:

I - fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior;

II - se refira a fato ou a direito superveniente;

III - se destine a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidos aos autos.

Destarte, não tendo a autuada apresentado no momento da impugnação qualquer prova, cabe aplicar ao caso, o que determina os artigos 140, 142 e 143 do citado RPAF/99:

Art. 140. O fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas. (...)

Art. 142. A recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária.

Art. 143. A simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.

Quanto a insurreição da autuada referente ao percentual da multa aplicada, que entende possuir caráter confiscatório, em afronta aos princípios constitucionais que regem o sistema tributário brasileiro, lembro que o RPAF/99, não autoriza a apreciação por parte dos órgãos julgadores administrativos de questões que contestam a inconstitucionalidade da legislação tributária, como dispõe expressamente no seu art. 167, inc. I.

Por derradeiro, friso que a multa de 60% sugerida pela autuante encontra-se prevista no art. 42, inc. II, alínea “f” da Lei nº 7.014/96, para a irregularidade apontada no Auto de Infração, não cabendo a este órgão julgador administrativo negar a sua aplicação, sequer reduzi-la.

Pelo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **293873.0003/20-0**, lavrado contra **G. A. L. RIOS & CIA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$147.345,82**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inc. II, alínea “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 20 de outubro de 2021.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS – RELATOR

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – JULGADOR