

PROCESSO
RECORRENTE
RECORRIDA
RECURSO
ORIGEM
PUBLICAÇÃO

- A. I. N° 293873.0001/20-8
 - G. A. L. RIOS & CIA LTDA.
 - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
 - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0202-02/21-VD
 - DAT NORTE / INFACZ CENTRO NORTE
 - INTERNET: 15/05/2023

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0126-12/23-VD

EMENTA: ICMS. BENEFÍCIO FISCAL PROGRAMA DESENVOLVE. FALTA DE RECOLHIMENTO DO PERCENTUAL DE 10% DESTINADO AO FUNDO ESTADUAL DE COMBATE À POBREZA. Para os beneficiários do DESENVOLVE, o depósito do percentual 10% (dez por cento) do valor do benefício usufruído em favor do Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza, instituído pela Lei nº 7.988/2001, está prevista na Lei nº 13.564/2016, regulamentada pelo Decreto nº 16.970/2016. Não compete aos órgãos de julgamento administrativo declaração de inconstitucionalidade de norma legal vigente, bem como de se negar validade a norma emanada de autoridade superior, prevista no artigo 167, incisos I e III do RPAF/99. A autuação encontra legalidade no Convênio ICMS 42/2016 e normas estaduais. A autuada não elidiu a infração. Infração 01, subsistente. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVÍDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão da 2ª Junta de Julgamento Fiscal, exarada através de Acórdão JJF nº 0202-02/21-VD, que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 20/03/2020, composto por duas infrações, pelas constatações de duas infrações, sendo objeto a seguinte infração:

Infração 01 – 02.01.01 Deixou de recolher ICMS no(s) prazo(s) regulamentar(es) referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios. (R\$ 18.177,60)

Em sede de defesa, a empresa autuada apresentou peça impugnatória às fls. 14 a 25. Informação fiscal às fls. 32 a 34, na qual conclui pela manutenção do Auto de Infração. O Auto foi convertido em diligência pela 2ª JJF às fls. 39 e 40, afim de comprovar a juntada do Termo de Início de Fiscalização e cópia dos Demonstrativos Analíticos. Em atendimento à diligência pela Autuante, às fls. 44 a 47, é informado que não houve Termo de Início de Fiscalização, este se deu por escrito, através de e-mail, com o preposto da empresa. Já sobre os Demonstrativos Analíticos também foram enviados por e-mail e confirmado o recebido pelo preposto (fls. 48 a 57).

Após atendimento à Diligência prestado pela Autuante, a referida JJF exarou decisão pela Procedência da autuação a seguir transcrita:

VOTO

O Auto de Infração em análise imputa ao sujeito passivo, duas infrações à legislação tributária, tempestivamente impugnadas. Uma decorrente da constatação pela autoridade fiscal da falta de recolhimento tempestivo do ICMS referentes a apuração do valor devido ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza e a outra pela falta de retenção e recolhimento do ICMS relativo a operações de vendas de mercadorias em operações internas.

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 e material de construção.

O contribuinte autuado, é habilitado no Programa DESENVOLVE, conforme Resolução nº 017/2013, publicada no Diário Oficial do Estado de 13/03/2013.

Preliminarmente a defesa argui nulidade do lançamento 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”.

Saliente o caráter genérico da arguição, por não ter a defesa apontado precisamente um fato que possa ser caracterizada a falta de formalidades legais, exceto, quando faz referência a segunda infração, 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, 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 contemplado 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, in 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 transcrita 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 JJF, conforme já descrita linhas acima, solicitou que a autuante juntasse aos autos cópia do termo de início de fiscalização e comprovasse que os demonstrativos analíticos foram entregues ao contribuinte.

Em cumprimento ao quanto determinado, a autuante demonstrou que apesar de não ter procedido formalmente com a lavratura do termo de início de fiscalização, comprovou que o contribuinte foi devidamente cientificado que se encontrava sob ação fiscal, conforme correspondências trocadas entre o preposto fiscal e a representante da empresa, consoante cópias aportadas às fls. 48 a 57.

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, quanto ao início do procedimento fiscal, que pode ocorrer com a “intimação, por escrito, ao contribuinte, seu preposto ou responsável, para prestar esclarecimento ou exhibir elementos solicitados pela fiscalização”, não havendo restrições que estas sejam formalizadas via correio eletrônico, desde que institucional, o que ocorreu no presente caso.

Quanto a alegação da falta de elementos que lhe permitiria identificar o fato gerador, observo que a autuante elaborou os demonstrativos analíticos, gravados no CD, fl. 10, com base nos registros fiscais da própria autuada, extraídos da sua Escrituração Fiscal Digital – EFD, de forma clara, sucinta e didática com a identificação de todos os elementos necessários, permitindo que o fato gerador seja perfeitamente identificado, e quantificado o valor exigido na autuação.

Ademais, a autuante fez entrega ao contribuinte o citado demonstrativo analítico com as informações completas sobre os valores lançados, inclusive com registro da chave de acesso das notas fiscais, conforme informação em resposta a diligência cumprida na forma requerida, possibilitando dessa forma, o pleno exercício do contraditório e da defesa ampla.

Restou claro que no presente processo foi obedecido o devido processo legal, através do qual o contribuinte exerceu a ampla defesa e o contraditório, foram obedecidos os prazos legais e o levantamento foi realizado com base nas informações fiscais de sua EFD, inexistindo qualquer vício ou falha que macule de nulidade o Auto de Infração.

Pelo exposto, não acato a arguição de nulidade suscitada.

No mérito, a acusação fiscal contida na infração 01, refere-se ao ICMS não recolhido correspondente a 10% do incentivo fiscal em favor do Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza, tendo a autuante apurado o valor do depósito a menor do que determina o artigo 1º da Lei nº 13.564/2016, combinado com os artigos 1º, inc. I e 2º do Decreto nº 16.970/2016, determinando que tal depósito corresponde a 10% do valor do desconto do ICMS, obtido na data da liquidação antecipada da parcela do imposto cujo prazo tenha sido dilatado.

A defesa argumenta "...que a exigência de depósito de 10% ao Fundo de Combate Pobreza viola benefício fiscal, que encontra amparo constitucional, de sorte que a autuação se revela improcedente, de forma que requerer seja declarada a improcedência da presente autuação", trazendo como suporte o disposto no art. 178 do CTN e afirmando que a cobrança de tal valor promove a violação à norma constitucional, assim como o entendimento do STF, explicitado na Súmula 544/STF.

Argui ainda, que tal posição visa prestigiar o seu direito adquirido na qualidade de titular do benefício fiscal e fazer valer o princípio da segurança jurídica, consagrado na Constituição Federal que veda expressamente a revogação de incentivos fiscais concedidos ao particular sob condição e por prazo certo.

Diz que a exigência se configura uma redução do benefício, na medida em que lhe impõe a obrigatoriedade do depósito de 10%, para poder usufruir do benefício de 90% na redução do recolhimento do ICMS devido.

Portanto, a Lei nº 13.564/2016 e o decreto que a regulamenta, violam seus direitos por entender que os benefícios fiscais concedidos por prazo certo e mediante o cumprimento de condições onerosas que foram observadas, pois realizou inúmeros investimentos, instalou novas fabricas, ampliou as instalações já existentes, não pode ter seus direitos tolhidos ou reduzidos.

Inicialmente cabe destacar que a habilitação ao Programa DESENVOLVE, concedida a autuada por decisão do Conselho Deliberativo do Programa, através da Resolução nº 17/2013, lhe permite usufruir os seguintes benefícios:

1 - 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;

2 - Diliação 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 I, da Tabela I, anexa ao Regulamento do DESENVOLVE;

3 - Concessão do prazo de 12 (doze) anos para fruição dos benefícios, contado a partir de 1º de março de 2013.

Tais benefícios foram concedidos nos termos da Lei nº 7.980/2001, regulamentada pelo Decreto nº 8.205/2002 e alterações, considerando o que consta do processo SICM nº 1100130000752, referente ao requerimento protocolizado pelo contribuinte.

Efetivamente trata-se de benefícios fiscais e financeiros na medida que não há dispensa de pagamento do imposto e sim, a postergação de 90% do imposto apurado no período, que deverá ser recolhido em até seis anos e diferimento do lançamento e do pagamento do ICMS nas importações e nas aquisições neste Estado e em outra Unidade da Federação no tocante ao ICMS-DIFAL.

Fato incontrovertido, apoiado na apuração da autuante, revela que o contribuinte beneficiário do DESENVOLVE deixou de atender as condições estabelecidas na Lei nº 13.564/2016, que determinou como 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 – FECEP, instituído pela Lei nº 7.988/2001, do valor correspondente a 10% (dez por cento) do respectivo incentivo ou benefício.

É indubidoso que o disposto na citada lei se aplica também aos benefícios e incentivos fiscais ou financeiros cuja fruição esteja em curso.

A Lei nº 13.564/2016, foi regulamentada pelo Decreto nº 16.970/2016 no seu artigo 1º, inc. I, assim determina:

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 art. 2º, estabelece que "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".

Do exame do demonstrativo analítico, fl. 07, verifico que a exação decorreu da constatação que o contribuinte beneficiário efetuou o pagamento antecipado do ICMS, com o desconto autorizado na Resolução 17/2013, por antecipação, sem, contudo, proceder ao recolhimento integral do percentual relativo ao FECEP. Assim, tal procedimento, em observância ao disposto no art. 2º da Lei nº 13.564/2016, implica na perda automática no mês de fruição, dos respectivos benefícios e incentivos fiscais ou financeiros:

Art. 2º O descumprimento do disposto no art. 1º desta Lei resultará em:

I - perda automática, no mês da fruição dos respectivos benefícios e incentivos fiscais ou financeiros, se o contribuinte beneficiário ou incentivado não efetuar, no prazo regulamentar, o depósito previsto no caput do art. 1º desta Lei;

II - perda definitiva dos respectivos benefícios e incentivos fiscais ou financeiros, se o contribuinte beneficiário ou incentivado não efetuar, no prazo regulamentar, o depósito previsto no caput do art. 1º desta Lei por 03 (três) meses, consecutivos ou não, no intervalo de 12 (doze) meses.

A instituição do Programa DESENVOLVE foi possibilitado pelo Convênio ICMS 42/2016, que 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.

O dispositivo acima transcrito, portanto, encontra-se respaldado no citado convênio, que no § 1º da Cláusula primeira, prevê que “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.”, referindo-se a obrigatoriedade das empresas beneficiárias depositem no fundo de que trata a cláusula segunda o montante equivalente a, no mínimo, dez por cento do respectivo incentivo ou benefício ou a redução do seu montante.

A linha adotada pela defesa se pauta em arguições de ofensa a princípios constitucionais e ao art. 178 do CTN, que resultaria em inconstitucionalidade da legislação estadual e do Convênio ICMS 42/2016.

Nesse sentido, lembro das disposições contidas no art. 167, incisos I e III do RPAF/99, não se incluem na competência dos órgãos julgadores administrativos a declaração de inconstitucionalidade e a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior, de forma que sobre a questão deixo de manifestar, por não ser este o foro competente para a tratar a questão.

Quanto ao argumento de que “...a exigência de Depósito de 10% para o aludido fundo promove inequívoca violação ao art. 178 do CTN, que assegura direito líquido e certo ao contribuinte que teve deferido incentivo fiscal concedido sob condição e por prazo certo, sendo vedado ao Poder Público modificar as condições outrora fixadas.”, ressalto que a concessão do benefício fiscal concedido é individual, possui prazo de vigência podendo ser revogado conforme autorizado pelo convênio e consignado no art. 19 do Decreto nº 8.205/2002, in verbis:

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.

Sendo que o § 1º do artigo acima transcrito, prevê que “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”. Contudo, ressalto que o benefício fiscal do DESENVOLVE, não foi revogado. Apenas, nos meses em que se constatou a inadimplência do contribuinte, o benefício teria sido suspenso, fato que não encontra-se registrado nos autos.

É sabido que isenções tratadas no art. 178 do CTN, são aquelas onerosas que se sujeitam a prazo certo e, cumulativamente, a determinadas condições. Esta isenção, sim, não pode ser revogada, em face da segurança jurídica e do instituto do direito adquirido que correm em favor do contribuinte, conforme art. 5º, inc. XXXVI da Constituição Federal, abordada na Súmula 544 do STF.

Os benefícios do Programa DESENVOLVE estão condicionados, desde o seu nascêduro, ao atendimento de exigências previstas na legislação, além dos investimentos relacionados na defesa. Em qualquer tempo, sendo verificado que o beneficiário não cumpriu uma dessas exigências condicionantes, não há como este contribuinte usufruir dos benefícios, descabendo a arguição de impossibilidade de sofrer tais restrições, pois quando pleiteou tais benefícios estava ciente dessas condicionantes e suas consequências, se não implementadas.

Assim sendo, não cabe a aplicação da Súmula 544 do STF, citada na defesa.

Ressalto que a infração 01 tem respaldo na Lei nº 13.564/2016, no Decreto 16.970/2016 e consequentemente, no Convênio ICMS 42/2016, cuja validade jurídica não pode ser contestada, tampouco apreciada neste foro administrativo.

Não tendo a autuado contestado o fato de não ter efetuado o depósito de 10% ao FECEP, a defesa com os argumentos postos, confirma que efetivamente tal obrigação não foi satisfeita, motivo pelo qual considero subsistente a infração 01.

Referente a infração 02, a defesa não trata do mérito, não apresenta argumentos, tampouco provas capazes de elidir a infração, portanto, cabe aplicar 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 de inconstitucionalidade da legislação tributária, como dispõe expressamente no seu art. 167, inc. I.

Por derradeiro, friso que as multas de 60% sugeridas pela autuante encontram-se previstas no art. 42, inc. II, alíneas “e” e “f” da Lei nº 7.014/96, para as irregularidades apontadas 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.

Inconformado com a decisão acima proferida, o sujeito passivo protocolou o Recurso Voluntário às fls. 82 a 98. Inicia demonstrando a Tempestividade do Recurso Voluntário e passa a fazer uma síntese dos fatos.

1. DO PEDIDO DE NULIDADE:

Alega que, em julgamento exarado pela 2ª JJF a nulidade fora afastada. O autuado discorda da decisão proferida visto descumprir o art. 26 do RPAF/99 transscrito abaixo:

“Art. 26. Considera-se iniciado o procedimento fiscal no momento da:

(...)

II – Lavratura do Termo de Início de Fiscalização;

III – intimar, por escrito, ao contribuinte, seu preposto ou responsável, para prestar esclarecimento ou exibir elementos solicitados pela fiscalização;”

Diz que o art. 26 acima descrito foi infringido pela ausência do Termo de Início de Fiscalização em substituição da Intimação escritura, apresentada ao contribuinte, preposto ou responsável. Diz que a consequência da inadequada comunicação do início do processo fiscalizatório é a violação ao exercício do direito à ampla defesa e ao contraditório. Transcreve o art. 18 do RPAF/99 que trata das nulidades.

2. DO MÉRITO: DA VIOLAÇÃO DE NORMA CONSTITUCIONAL. REVOGAÇÃO DE ISENÇÃO ONEROSA.

Acrescenta que foi acusada de ter deixado de recolher o valor correspondente a 10% do respectivo incentivo fiscal em favor do Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza. Defende que tal recolhimento promove a violação da norma constitucional uma vez que há uma redução do benefício, quando o contribuinte só poderá fruir de 90% do benefício que lhe foi outorgado. Diz ficar claro a hipótese de redução de benefício fiscal concedido sob condição de prazo certo, que incorre em clara invalidade, aplicando a Súmula nº 544 do STF.

Traz à lide o art. 178 do CTN c/c com a Súmula nº 544 do STF e diz ter compatibilização direto com o caso em análise, visto que visa coibir o fisco de promover alterações em benefícios fiscais cuja fruição dependem de atendimento de determinadas condições e com vigência por prazo certo. Destaco trecho da impugnação:

“Nesse esteio, infere-se que a exigência de depósito de 10% para o aludido fundo promove inequívoca violação ao art. 178 do CTN, que assegura direito líquido e certo ao contribuinte que teve deferido incentivo fiscal concedido sob condição e por prazo certo, sendo vedado ao Poder Público modificar as condições outrora fixadas.”

Traz entendimentos da Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Bahia, acórdão nº 0022688-82.2016.8.05.0000.

3. DA MULTA APLICADA E DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL À VEDAÇÃO AO CONFISCO

Recorre ao Art. 150, inciso IV da Constituição Federal e afirma que a multa aplicada tem efeito de confisco. Alega que o percentual da multa de 60% é exorbitante e não possui qualquer relação de dever moral da Administração Pública, pelo contrário, constitui-se em verdadeiro ato desproporcional e que conduz a um enriquecimento ilícito sem causa.

Conclui que seja provido o presente Recurso Voluntário e que seja reformado o julgamento de primeiro grau. Pede nulidade do auto de infração ou, na remota hipótese de superação do pedido anterior, requer que seja julgada insubstancial a infração 01. Por fim, requer a redução da multa para 20%.

É o relatório.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário, previsto no art. 169, inciso I, “b” do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99. A 2ª JJF proferiu Acórdão de nº 0202-02/21-VD, julgou Procedente o Auto de Infração em lide.

O representante da Autuada requer a nulidade do crédito tributário. Isso porque entende que houve descumprimento do art. 26, inciso II do RPAF/BA quando não foi apresentando o Termo de Início de Fiscalização, se enquadrando no art. 18 do RPAF/BA que trata sobre nulidades.

No mérito diz não ser concebível a cobrança dos 10% referente ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza-FECEP, pois fere o art. 178 do CTN e a Súmula nº 544 do STF por configurar modificação do incentivo fiscal concedido sob condição e por prazo certo.

Farei análise por item posto no Recurso Voluntário.

1. DO PEDIDO DE NULIDADE:

A 2ª JJF converteu o presente Auto de Infração em diligência em 28/01/2021 para que a autoridade fiscal anexasse aos autos o Termo de Início de Fiscalização e comprovasse que os Demonstrativos Analíticos foram entregues a autuada.

Em cumprimento à diligência, a autuante demonstrou, através de e-mails (fls. 48 a 57), que existiu a ciência do contribuinte que estava sob ação fiscal, como também houve confirmação do preposto da empresa no recebimento dos Demonstrativos Analíticos. Tanto sim, que na fl. 52 a preposta, Sra. Ilana de Castro, responde o e-mail que constam os anexos dos Demonstrativos, contestando notas fiscais com cobranças indevidas.

Resta claro que existiu o conhecimento do início da fiscalização e da ciência do Autuado aos Demonstrativos Analíticos, conforme prevê o art. 26, inciso III do RPAF/BA. Ora, se este não tivesse conhecimento dos Demonstrativos e os elementos ali contidos não permitissem identificar o fato gerador, não existiria contestação para exclusão de notas fiscais e, tampouco, exerceria a ampla defesa e o contraditório de forma que demonstrou bastante conhecimento.

Pelo exposto, não acato a nulidade requerida.

2. DO MÉRITO: DA VIOLAÇÃO DE NORMA CONSTITUCIONAL. REVOGAÇÃO DE ISENÇÃO ONEROSA.

O autuado diz está sendo acusado do não recolhimento correspondente a 10% do incentivo fiscal em favor do Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza, infringindo o art. 1º da Lei nº 13.564/2016.

“Art. 1º A fruição de benefícios e incentivos fiscais ou financeiros que resultem em redução do valor a ser pago do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS fica condicionada ao cumprimento, pelo contribuinte beneficiário ou incentivado, da comprovação de depósito, em favor do Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza, instituído pela Lei nº 7.988, de 21 de dezembro de 2001, do valor correspondente a 10% (dez por cento) do respectivo incentivo ou benefício.

§ 1º O disposto neste artigo se aplica, inclusive, em relação aos benefícios e incentivos fiscais ou financeiros cuja fruição esteja em curso” (grifo próprio).

Em que pese, o contribuinte tem habilitação ao Programa DESENVOLVE, concedido pelo Conselho Deliberativo do Programa, através da Resolução nº 17/2013. Trata-se de benefício fiscal e financeiro, porém não dispensa de pagamento do imposto e sim, da sua postergação de 90% que deverá ser recolhido em até 72 meses.

A infração 01 do presente Auto de Infração é pelo fato do contribuinte ter incorrido em não cumprimento do estabelecido na Lei nº 13.564/2016 referente ao art. 1º, que trata da comprovação

de depósito, em favor do FECEP, correspondente a 10% do respectivo incentivo ou benefício. Vale ressaltar o § 1º da referida Lei, que está disposto no art. 1º se aplica aos benefícios e incentivos fiscais ou financeiros cuja fruição esteja em curso.

Em seu Recurso Voluntário, o autuado diz que a cobrança trazida pela Lei nº 13.564/2016 referente ao percentual de 10% em favor do FECEP é inconstitucional, por ir em confronto com o art. 174 do CTN e Súmula nº 544 do STF. Nesse sentido, lembro das disposições contidas no art. 167, incisos I e III do RPAF/99, não se incluem na competência dos órgãos julgadores administrativos a declaração de inconstitucionalidade e a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior, de forma que sobre a questão deixo de manifestar, por não ser este o foro competente para tal tratativa.

A impugnação ora discutida é lastreada na inconstitucionalidade da Lei nº 13.564/2016 e Decreto nº 16.970/2016 que respaldaram a Infração 01, cuja validade jurídica não pode ser contestada por este conselho. De logo, fica claro no que tange o depósito do percentual de 10% ao FECEP, trazido pelo art. 1º da Lei nº 13.564/2016, não tenha sido cumprido tal obrigação. Concluo pela PROCEDÊNCIA da infração 01.

3. DA MULTA APLICADA E DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL À VEDAÇÃO AO CONFISCO

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. Mantendo a aplicação pois a mesma tem previsão legal para a infração objeto do presente PAF. 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 art. 125 do COTEB não se incluem na competência dos órgãos julgadores a declaração de inconstitucionalidade.

No que diz respeito a Infração 02, não foi alvo de contestação de mérito, não havendo argumentos e provas. Prevalece o que determina o artigo 140 do RPAF/BA:

“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.”

Diante do exposto, NEGO PROVIMENTO ao Recurso Voluntário.

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 **293873.0001/20-8**, lavrado contra **G. A. L. RIOS & CIA LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 27.114,26**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, alíneas “f” e “e” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual de Sessões do CONSEF, 17 de abril de 2023.

MAURÍCIO DE SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

GABRIEL HENRIQUE LINO MOTA – RELATOR

VICENTE OLIVA BURATTO - REPR. DA PGE/PROFIS