

A. I. Nº - 108595.0010/22-1
AUTUADO - NORDESTE TUBETES EMBALAGENS LTDA.
AUTUANTES - MARIA CÉLIA RICCIO FRANCO
ORIGEM - DAT METRO / IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 06/06/2023

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF Nº 0092-04/23-VD**

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. OPERAÇÕES ESCRITURADAS NOS LIVROS FISCAIS. A origem do imposto lançado decorre da apuração do Programa DESENVOLVE, decorrente Saldo Devedor Passivo de Incentivo (SDPI), aplicado pela Fiscalização no levantamento fiscal, quando a defendant utilizou o percentual de 80%, sob a perspectiva de que a resolução autorizava este percentual. Confirmado que a Impugnante detinha o direito, de fato, de pagar 80% do saldo devedor mensal do ICMS de forma dilatada em 72 meses, nos termos da Resolução nº 182/2010 que autorizava a usufruir dos benefícios do Programa Desenvolve. Constatado que no ano de 2019, e em parte do ano de 2020, a empresa não efetuou o pagamento das parcelas devidas. No ano de 2021 foi efetuado parcelamento das parcelas em aberto através do Processo de nº 600000.1082/21-6, com data de deferimento, pela autoridade competente, em 19/10/2021. Têm-se que a empresa habilitada que não recolher ao Tesouro do Estado, na data regulamentar, a parcela do ICMS não sujeita à dilação de prazo, perderá o direito ao benefício em relação à parcela incentivada naquele mês. É a aplicação do art. 18 do Decreto nº 8.205/2002. Em razão do descumprimento deste dever, a Fiscalização assertivamente entendeu que o Contribuinte Autuado perdera o direito ao benefício do Programa DESENVOLVE, correspondente a dilação de prazo de 72 (setenta e dois) meses para pagamento do saldo devedor do ICMS, em relação a aqueles meses que efetuou o pagamento fora do prazo regulamentar. Infração subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração lavrado em 28/09/2022, exige o valor de R\$ 888.303,72, inerente aos anos de 2019 e 2020, em razão da seguinte irregularidade concernentes à legislação do ICMS:

INFRAÇÃO 01 – 002.001.001: Deixou de recolher ICMS nos prazos regulamentares referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios nos anos de 2019 e 2020 , conforme demonstrativos de fls. 06 e 07 dos autos. Lançado ICMS no valor de R\$ 888.303,72, com enquadramento no art. 2º inciso I, e art. 32, da Lei nº 7.014/96, c/c art. 332, inciso I, do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012 e multa de 60% aplicada na forma do art. 42, inc. II, alínea “f”, da Lei nº 7.014/96.

Consta de descrição complementar que a empresa é beneficiária do Programa DESENVOLVE. Assim sendo o não recolhimento da parcela não incentivada gera a perda do benefício nos meses

respectivos. No exercício de 2019, e em parte de 2020, a empresa não efetuou o pagamento das parcelas devidas. Em outubro de 2021 fez um parcelamento referente as parcelas em aberto. Esses valores foram abatidos nos meses correspondentes quando da lavratura do presente auto de infração.

Às fls. 17 a 24 dos autos, com documentos anexos, o autuado apresenta sua defesa, na qual apresenta os seguintes esclarecimentos:

Diz ser uma pessoa jurídica de direito privado, inscrita no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica (CNPJ/MF) sob o nº 11.474.414/0001-79 e no Cadastro de Contribuintes de Contribuintes do ICMS do estado da Bahia sob o nº 085.352.601 NO, com sede na cidade de Dias D' Ávila, Estado da Bahia, na Rua Boa Viagem, 146-C, Bairro Parque Petrópolis, CEP 42.850-000, vem, por seu procurador (DOC. 01), apresentar, dentro do prazo regulamentar, defesa administrativa, contra o auto de infração nº 1085950010/22-1 (DOC. 02), em tela, nos termos que se seguem

I. DO BREVE INTROITO FÁTICO

Diz que a NORDESTE TUBETES EMBALAGENS LTDA é uma empresa cuja atuação se volta ao atendimento do setor de fabricação de papel e produtos florestais, empregando entre 11 (onze) à 50 (cinquenta) funcionários e, desde março de 2011, vem, também, empregando os melhores esforços na promoção do desenvolvimento e expansão de suas atividades, conjugando a busca de lucros com a promoção do desenvolvimento regional, geração de emprego e renda para o local que se encontra sediada.

Frisa que há mais de 11 (onze) anos, vem contribuindo para a formação de uma sociedade mais justa e solidária, em virtude do emprego de técnicas empresariais coordenadas e sustentáveis, aliadas ao crescimento de sua atuação no seu local de atuação e, consequentemente, difundindo maior qualidade de vida à sociedade em seu entorno.

Consigna que, em que pese a importância de suas atividades para o desenvolvimento daqueles que delas dependem e goze de especial relevância, a SEFAZ, equivocadamente, autuou a NORDESTE TUBETES EMBALAGENS LTDA em 29 de setembro de 2022, sob o raso argumento que, supostamente, a autuada teria deixado de recolher o ICMS nos prazos regulamentares referentes a operações escrituradas nos livros fiscais próprios.

Registra que a pretensão da Fazenda Pública Estadual se mostra em total desapego ao ordenamento jurídico constitucional, ferindo de morte o Código Tributário Nacional em prol do atingimento de um interesse público secundário (mera arrecadação tributária) que, quando contraposto ao interesse público primário (resguardo dos direitos fundamentais), deveria ser preterido.

II. DO MÉRITO

Diz que é de se notar, a partir da análise do Auto de Infração em comento, a existência de grave violação ao art. 142 do Código Tributário Nacional, uma vez que não se tem conhecimento do montante do débito tributário devido à Fazenda Pública.

Pontua que, no ato administrativo de lançamento tributário, é dever da autoridade competente (auditor fiscal/ Fazenda pública) realizar o devido cálculo a fim de apurar o valor do tributo devido. Deve, portanto, o lançamento se tornar uma peça individualizada, certa e exigível.

In casu, diz que surge à tona são valores distintos, de difícil definição e cuja certeza e liquidez restam fulminadas no momento que a Fazenda Pública Estadual não se propôs a apontar quais débitos, efetivamente, encontravam-se em abertos, mediante apresentação do plano de parcelamento firmado com o próprio ente estadual.

Portanto, diz visualiza evidente afronta ao art. 142 do CTN, diante da incerteza, perpetrada pela autoridade fazendária, do tributo devido, incerteza esta que está sendo delegada ao órgão julgador para que, em um juízo de discricionariedade, opte por àquele que lhe achar mais cabível. Cita em seguida ensinamentos de Hugo de Brito Machado.

III. DA IMPROCEDENCIA DA OBRIGAÇÃO ACESSORIA EM RAZÃO DA PERDA DE OBJETO DA OBRIGAÇÃO PRINCIPAL.

De início, diz que é importante esclarecer que, conforme dispõe no CTN, em seu artigo 113, § 1º, a obrigação tributária principal “*surge com a ocorrência do fato gerador, tem por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária e extingue-se juntamente com o crédito dela decorrente*”.

Por outro lado, registra que, consoante o artigo 113, § 2º, do CTN, a obrigação tributária acessória decorre da legislação tributária, tendo por objeto “*as prestações, positivas ou negativas, nela previstas no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos*”. Em outro artigo, diz que o próprio CTN estabelece o fato gerador em obrigações acessórias, que destaca.

Daí, diz que, conforme se nota, para que haja incidência de fato gerador de obrigação acessória é necessária a prática ou a abstenção de ato que não configure obrigação principal, ou seja, impõe-se nesse caso uma obrigação de fazer ou não fazer.

No presente caso, aduz que o enquadramento legal para imposição da multa de 60% sobre o valor da obrigação principal decorre do Art. 42, II, “f”, da Lei 7.014/96, que destaca.

Em seguida diz que, ao fazer a subsunção do fato à norma, constata-se que a obrigação acessória de pagamento de multa de 60% sobre o valor da obrigação principal decorre do não recolhimento tempestivo do tributo, situação já afastada em decorrência do princípio da não cumulatividade, conforme abordado anteriormente.

Assim, pontua que, considerando que a obrigação acessória se encontra vinculada a obrigação principal, que comprovadamente se mostra indevida, também não restam dúvidas acerca da necessidade de anulação da obrigação subsidiaria.

Acrescenta, então, que a aplicação de multa no valor equivalente à 60% (sessenta por cento) do valor do crédito fiscal à contribuinte que, visualizando a evidente agressão a princípios constitucionais tributários, adota a conduta que mais preserva os interesses constitucionalmente resguardados, é evidentemente abusiva.

Após outras considerações, associado a entendimentos de estudiosos do direito sobre as limitações constitucionais ao poder de tributar, requer a Anulação do Auto de Infração nº 1085950010/22-1, em decorrência de violação a normas constitucionalmente asseguradas, em especial o princípio da não cumulatividade, nos termos do Art. 155, § 2º, da Constituição Federal/88, bem como o afastamento da multa tributária.

Caso não haja o integral afastamento da multa a ser aplicada e ponderada ao caso concreto, que seja reduzida ao percentual de 50% (cinquenta por cento) nos moldes estabelecidos no art. 42, I da Lei nº 7.014/96.

IV. DOS PEDIDOS

Considerando que (i) o presente auto de infração tem como base enquadramento legal que expressamente viola a constituição federal e (ii) existe dependência da obrigação acessória com a obrigação principal, a Autuada vem, respeitosamente, requerer:

- a) O reconhecimento da suspensão da exigibilidade do crédito tributário, nos moldes fornecido pelo art. 151, III do Código Tributário Nacional;
- b) Anulação do Auto de Infração nº 1085950010/22-1, em decorrência de violação a normas constitucionalmente asseguradas, em especial o princípio da não cumulatividade, nos termos do Art. 155, § 2º, da Constituição Federal/88, bem como o integral e completo afastamento da multa tributária;
- c) Caso não haja o integral afastamento da multa a ser aplicada e ponderada ao caso concreto, que seja reduzida ao percentual de 50% (cinquenta por cento) nos moldes estabelecidos no art. 42, I da Lei nº 7.014/96.

A agente Fiscal Autuante, ao prestar a informação fiscal, à fl. 35 dos autos, assim se posicionam quanto a defesa apresentada pelo sujeito passivo:

Diz que o presente Auto de Infração trata unicamente da falta de recolhimento do ICMS, no prazo regulamentar, referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios.

Como explicitado no corpo do presente processo: “*A Empresa é beneficiária do DESENVOLVE. Assim sendo o não recolhimento da parcela não incentivada gera a perda do benefício nos meses respectivos. No exercício de 2019 e em parte de 2020, a empresa não efetuou o pagamento das parcelas devidas. Em outubro de 2021 fez um parcelamento referente as parcelas em aberto. Esses valores foram abatidos nos meses correspondentes quando da lavratura do presente Auto de Infração*”.

Registra que as planilhas do Demonstrativo do Débito estão anexas as fls. 06 e 07 do presente auto de infração.

Em seguida diz que a autuada pede a anulação do presente, em decorrência da violação a normas constitucionalmente asseguradas, em especial o princípio da não cumulatividade, nos termos do art. 155, parágrafo 2º., da Constituição Federal/88, bem como o integral e completo afastamento da multa tributária.

Diz, então, que evidentemente isto não lhe compete. Consigna que, ao Auditor, cabe apenas aplicar o previsto no Regulamento do ICMS. Pelo exposto, mantém e ratifica o teor do presente Auto de Infração.

As fls. 38/39, vê-se detalhes de pagamento em parte do PAF, conforme demonstrativo extraído do SIGAT- Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária da SEFAZ.

À fl. 39, verso, têm-se novo despacho da Secretaria Administrativa do CONSEF encaminhando o presente PAF a este Relator, para instrução e julgamento.

VOTO

No mérito, o Auto de Infração, em tela, lavrado em 28/09/2022, resultou de uma ação fiscal realizada por agente Fiscal lotado na unidade Fazendária IFEP/INDÚSTRIA, em que, no exercício de suas funções de Fiscalização, em cumprimento da O.S.: 501688/22, constituiu o presente lançamento fiscal de exigência de imposto (ICMS) por ter deixado de recolher ICMS nos prazos regulamentares referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios nos anos de 2019 e 2020 , conforme demonstrativos de fls. 06 e 07 dos autos. Lançado ICMS no valor de R\$ 888.303,72, com enquadramento no art. 2º inciso I, e art. 32, da Lei nº 7.014/96, c/c art. 332, inciso I, do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012 e multa de 60% aplicada na forma do art. 42, inc. II, alínea “f”, da Lei nº 7.014/96.

Como informações complementares da descrição dos fatos consta o destaque de que o sujeito passivo é beneficiário do Programa DESENVOLVE, tendo em alguns meses dos anos de 2019 e 2020 recolhido a parcela do imposto (ICMS) não incentivado fora do vencimento devido, perdendo o direito de usufruir do incentivo fiscal concedido. Têm-se, ainda, o destaque de que, o não recolhimento da parcela não incentivada, no vencimento, gera a perda do benefício nos correspondentes meses. No exercício de 2019, e em parte de 2020, a empresa não efetuou o pagamento das parcelas devidas. Por sua vez, em outubro de 2021 fez um parcelamento referente as parcelas em aberto, então, esses valores foram abatidos nos meses correspondentes, quando da lavratura do Auto de Infração, em tela.

Constatou, de fato, que o sujeito passivo é habilitado a usufruir dos benefícios fiscais do Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia - DESENVOLVE, pela Resolução do Conselho Deliberativo nº 182/2010, de 26/10/2010, em relação ao projeto de implantação da indústria, instalada no município de Dias D'Ávila, neste Estado, para produzir “tubetes de papel”, sendo-lhe concedido os benefícios do (i) deferimento do lançamento e do

pagamento do ICMS, nas importações e nas aquisições no Estado e em outros Estados relativamente ao diferencial de alíquotas, de bens destinados ao ativo fixo, para o momento de sua desincorporação, e (ii) da 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 II, da Tabela I, anexa ao Regulamento do DESENVOLVE.

Pois bem! O Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia - DESENVOLVE, instituído pela Lei nº 7.980, de 12/12/2001, é regulamentado pelo Decreto Estadual nº 8.205/02, datado de 03/04/2002.

Cabe, então, destacar o art. 18 do Regulamento do DESENVOLVE, aprovado pelo Decreto nº 8.205/02, com redação à época dos fatos geradores:

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. (Grifos acrescidos)

Em razão do descumprimento deste dever, a Fiscalização assertivamente entendeu que o Contribuinte Autuado perdera o direito ao benefício do Programa DESENVOLVE, correspondente a dilação de prazo de 72 (setenta e dois) meses para pagamento do saldo devedor do ICMS, em relação à aqueles meses que efetuou o pagamento fora do prazo regulamentar, através do Processo de Parcelamento de nº 600000.1082/21-6, com data de deferimento em 19/10/2021 na forma do “*Extrato do GCRED*” (fl. 8) e do “*Demonstrativo de Débito do INC*” (fl. 9), **com o abatimento dos respectivos valores no “Demonstrativo da Apuração do ICMS Incentivado – DESENVOLVE – Anos 2019 e 2020”** de fls. 6 e 7 dos autos, que fundamenta a constituição do presente lançamento fiscal.

Em sede de defesa, o sujeito passivo, no mérito, pontua apenas que, no ato administrativo de lançamento tributário, é dever da autoridade competente (*auditor fiscal/Fazenda pública*) realizar o devido cálculo a fim de apurar o valor do tributo devido, devendo o lançamento se tornar uma peça individualizada, certa e exigível.

No caso, em tela, diz que surge à tona são valores distintos, de difícil definição e cuja certeza e liquidez restam fulminadas no momento que a Fazenda Pública Estadual não se propôs a apontar quais débitos, efetivamente, encontravam-se em abertos, mediante apresentação do plano de parcelamento firmado com o próprio ente estadual.

Não vejo qualquer razão do defendant, em relação a tal ponderação, pois, além do “*Demonstrativo da Apuração do ICMS Incentivado – DESENVOLVE – Anos 2019 e 2020*” de fls. 6 e 7 dos autos, que fundamenta a constituição do presente lançamento fiscal, trazer todas as informações de apuração do saldo mensal do imposto (ICMS) incentivado e não incentivado, extraídas da própria escrita fiscal do defendant, inclusive com a informação dos valores compensados do imposto (ICMS) declarados no parcelamento de forma mensal, conforme sua competência, com total aderência aos termos do art. 39, do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629 de 09/07/99 que disciplina o que se deve conter na constituição do lançamento fiscal; têm-se, ainda, que o processo de parcelamento decorre de um ato discricionário do interessado em apontar o débito a parcelar, cabe tão somente a Fazenda Pública deferir o pedido conforme as regras estabelecidas em atos normativos.

Em sendo assim, não vendo nada que desabone o demonstrativo de débito de fls. 6 e 7 dos autos, que fundamenta o lançamento fiscal, ora em análise, que diz respeito ao saldo de apuração mensal do imposto (ICMS) que deixou, o sujeito passivo, de recolher nos prazos regulamentares, perdendo o direito a usufruir dos benefícios fiscais do Programa DESENVOLVE nos termos art. 18 do Decreto nº 8.205/02, vejo como subsistente a imputação, em análise.

Pontua, ainda, o sujeito passivo, considerando que a obrigação acessória, se encontra vinculada a obrigação principal, que comprovadamente, ao seu entender, se mostra indevida, também diz que

não restam dúvidas acerca da necessidade de anulação da obrigação subsidiária, no caso em tela a multa. Consigna, também, caso não haja o integral afastamento da multa a ser aplicada e ponderada ao caso concreto, que seja reduzida ao percentual de 50% (cinquenta por cento) nos moldes estabelecidos no art. 42, I da Lei nº 7.014/96.

Em relação à alegação da defesa da necessidade de anulação da multa dado a obrigação principal se mostrar indevida, não se mostra qualquer razão, vez que está demonstrado acima que a autuação é subsistente. Por sua vez, quanto ao pedido de redução da multa do patamar de 60% para 50%, nos moldes estabelecidos no art. 42, inc. I, da Lei nº 7.014/96, também não se pode acatar, pois a multa de 60%, nos termos do inc. II, alínea “f”, do mesmo diploma legal, é a efetivamente devida nos termos da imputação do auto de infração, em tela.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **108595.0010/22-1**, lavrado contra **NORDESTE TUBETES EMBALAGENS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 888.303,72**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, alínea “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 03 de maio de 2023.

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

JOÃO VICENTE COSTA NETO - RELATOR

EDUARDO DUTRA FREITAS - JULGADOR