

PROCESSO	- A. I. N° 298574.0022/21-8
RECORRENTE	- COMPANHIA SIDERÚRGICA NACIONAL
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0075-02/22-VD
ORIGEM	- DAT METRO / IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO	- INTERNET 16.05.2024

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0093-11/24-VD

EMENTA: ICMS. RECOLHIMENTO A MENOS. VALORES DO FUNDO ESTADUAL DE COMBATE E ERRADICAÇÃO DA POBREZA. PARCELA DILATADA. PERDA DO BENEFÍCIO FISCAL. O entendimento posto pela diligência à vista no disposto no § 3º, do artigo 18 do Decreto nº 8.205/02, que regulamenta a lei que criou o Programa DESENVOLVE, acima referida que assegura ao contribuinte beneficiário o uso do incentivo fiscal relativamente apenas aos valores apurados e escriturados pelo contribuinte, o qual diz que 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 a dilação de prazo escriturada pelo contribuinte, ocorra na data regulamentar. Não há clareza quanto aos cálculos efetuados pelo autuante, pois este dá a entender que está considerando a cobrança do ICMS sobre o valor da parcela paga no dia 09 do mês subsequente, o que não é devido, visto que somente é devido o ICMS FECEP no momento da antecipação da parcela dilatada (que é sobre o ganho financeiro). Considerando 10% sobre o valor do ICMS devido dia 09 não se aplica ao presente caso. Infração insubstancial. Rejeitada a preliminar de nulidade. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO.** Auto de Infração **Improcedente.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário em razão da decisão proferida por meio do Acórdão da 2ª Junta de Julgamento Fiscal nº 0075-02/22-VD, que por unanimidade, julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 21/09/2021, interposto nos termos no Art. 169, I, “b” do RPAF que exige o valor histórico de R\$ 151.614,44 pelo cometimento de 01 infração conforme descrito abaixo.

Infração 01 – 002.011.001. Descumpriu obrigação tributária principal, ocorrendo infração diversa das previstas em lei, na qual não houve dolo, no mês de novembro de 2018. Informa o autuante: “Trata-se de recolhimento a menor do ICMS em razão do uso indevido do Programa DESENVOLVE, decorrente do pagamento parcial do valor correspondente a 10% (dez por cento) do imposto dilatado em favor do Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza – FECEP.”

Para analisar o procedimento realizado pelo Contribuinte e constatar a irregularidade apontada, houve a elaboração do **DEMONSTRATIVO DO RECOLHIMENTO DO VALOR RELATIVO AO FUNDO ESTADUAL DE COMBATE E ERRADICAÇÃO DA POBREZA – FECEP**, com a utilização de: valores de piso e percentuais descritos no **DEMONSTRATIVO DE VALORES DECORRENTES DO PROGRAMA DESENVOLVE**, valores das operações incentivadas e não incentivadas a título de ajuste de crédito e de débito do **DEMONSTRATIVO DO AJUSTE DE CRÉDITO REGISTRADO NA EFD**, **DEMONSTRATIVO DE ESTORNO DE DÉBITO REGISTRADO NA EFD**, **DEMONSTRATIVO DO AJUSTE DE DÉBITO REGISTRADO NA EFD** e **DEMONSTRATIVO DE ESTORNO DE CRÉDITO REGISTRADO NA EFD**.

Para a apuração do valor do ICMS devido pela glosa do imposto dilatado, de forma proporcional ao inadimplemento do valor destinado ao FECEP, foram também analisadas as disposições constantes na Instrução Normativa nº 27, de 02 de junho de 2009, nas Resoluções nºs 134/2005 e 16/2008 do Conselho Deliberativo do DESENVOLVE.

Vide DEMONSTRATIVO DA APURAÇÃO DO ICMS DILATADO GLOSADO E DEVIDO DECORRENTE DA APLICAÇÃO DO ART. 2º, INCISO I, DA LEI Nº 13.564/16 elaborado em função do inadimplemento do valor destinado ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza – FECEP para obter o valor do imposto lançado”.

O autuado apresentou impugnação (Fls. 20 a 31), informação fiscal prestada pelo autuante (Fls. 83 e 84), a instrução fiscal foi concluída e os autos remetidos à apreciação da 2ª JJF que após análise julgou Procedente, nos seguintes termos:

VOTO

O lançamento constitui-se em uma infração arrolada pela fiscalização, objeto de impugnação por parte do autuado.

Verifico que o sujeito passivo foi intimado acerca do início da auditoria através da transmissão de Termo de Início de Fiscalização em 19/07/2021, por meio do Domicílio Tributário Eletrônico, com ciência expressa (fl. 04).

A memória de cálculo da autuação se encontra às fls. 06 a 10, impressa.

O autuante, quando do lançamento, descreveu com precisão a infração cometida, apontando a conduta praticada pelo contribuinte, e tida como contrária à norma legal, os artigos infringidos, a previsão da multa sugerida, os prazos para interposição de defesa, ou usufruto do benefício de redução dos percentuais de multa, além de indicar o sujeito passivo, tudo em conformidade com a disposição contida nos artigos 142 do CTN, 129 do COTEB e 39 do RPAF/99, preenchendo, pois, todos os requisitos de validade sob o aspecto formal.

O contribuinte, por sua vez, compareceu ao processo, exercendo de forma irrestrita o seu direito de ampla defesa, prova disso é que abordou aspectos da infração que entendia lhe amparar, trazendo fatos e argumentos que ao seu entender elidiriam a mesma, e exercendo sem qualquer restrição o contraditório, sob a forma de objetiva peça de impugnação.

O autuado se encontra inscrito no Cadastro de Contribuintes do Estado da Bahia, tendo como atividade principal “Fabricação de outros produtos de metal não especificados anteriormente”, CNAE 25.99-3-99, estabelecido no município de Camaçari, Bahia.

Analizando a infração, verifico que ela se reporta a recolhimento a menor de ICMS em função do pagamento parcial do valor correspondente ao percentual do imposto dilatado em favor do FECEP.

Existem questões preliminares a serem apreciadas, motivo pelo qual adentro na análise das mesmas.

A defesa se apega ao argumento de não constar no Auto de Infração o enquadramento legal quanto a correta base de cálculo que deveria a empresa adotar.

A este respeito, esclareço que assim determina o artigo 39 do RPAF/99:

“Art. 39. O Auto de Infração conterá:

I - a identificação, o endereço e a qualificação fiscal do autuado;

II - o dia, a hora e o local da autuação;

III - a descrição dos fatos considerados infrações de obrigações tributárias principal e acessórias, de forma clara, precisa e sucinta;

IV - o demonstrativo do débito tributário, discriminando, em relação a cada fato:

a) a data da ocorrência do cometimento ou do fato gerador e a data em que deveria ocorrer o pagamento, se diferente daquela;

b) a base de cálculo sobre a qual foi determinado o valor do tributo ou do acréscimo tributário, dispensada essa indicação nos casos de imposto lançado mas não recolhido, antecipação tributária e outras situações em que o valor a ser pago não resulte precisamente de uma base de cálculo específica, devendo, nesse caso, ser feita a demonstração do critério adotado na apuração do valor exigido;

c) a alíquota ou, quando for o caso, o percentual de cálculo do tributo;

d) o percentual da multa cabível ou a sua determinação em quantidade de Unidades Padrão Fiscal (UPF-BA);

e) o valor ou as parcelas do tributo ou dos acréscimos tributários decorrentes de pagamento intempestivo, por período, com indicação precisa do valor histórico e do valor atualizado até a data da autuação;

f) o total do débito levantado;

V - a indicação do dispositivo ou dispositivos da legislação tributária, relativamente a cada situação:

a) em que se fundamente a exigência fiscal, relativamente à ocorrência do fato gerador da obrigação principal ou acessória;

b) tidos como infringidos;

c) em que esteja tipificada a infração com a multa correspondente;

VI - outras ocorrências ou informações consideradas úteis para esclarecimento da ação fiscal;

VII - a intimação para impugnação administrativa no prazo de 60 (sessenta) dias, com indicação das situações em que o débito poderá ser pago com multa reduzida;

VIII - a indicação da repartição fazendária onde o processo permanecerá aguardando o pagamento ou defesa;

IX - o nome, o cadastro e a assinatura do autuante;

X - a assinatura do autuado ou de seu representante ou preposto, com a data da ciência, ou a declaração de sua recusa.

§ 1º O Auto de Infração será lavrado no estabelecimento do infrator, na repartição fazendária ou no local onde se verificar ou apurar a infração.

§ 2º Na lavratura do Auto de Infração, não sendo possível discriminar o débito por períodos mensais, considerar-se-á o tributo devido no último mês do período fiscalizado.

§ 3º O débito constante no Auto de Infração, para efeito de intimação, será expresso pelos valores do tributo e pela indicação das penalidades, ficando sujeito à apuração, no momento do pagamento, dos valores das multas, da atualização monetária e dos acréscimos moratórios incidentes.

§ 4º O Auto de Infração poderá ser lavrado contra o contribuinte, contra o substituto tributário ou contra qualquer pessoa à qual a lei atribua a responsabilidade tributária" (grifei).

De tal inteleção se verifica da simples leitura dos autos, que todos os requisitos foram devidamente atendidos, por estarem presentes no momento da sua lavratura, inexistindo motivos ou razões para o mesmo ser tido como nulo.

Verifico, também, ter o autuante tido como infringidos os artigos 2º, 24, 25, 26, 32, 34, inciso XV e 35, da Lei 7.014/96, lei geral do ICMS no estado da Bahia, Lei 13.564/2016, que instituiu condição para concessão e manutenção de benefícios e incentivos fiscais ou financeiros relacionados ao Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS, condicionando a fruição de benefícios e incentivos fiscais ou financeiros que resultem em redução do valor a ser pago do ICMS 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 e Decreto 16.970/2016, que regulamenta a Lei nº 13.564, de 20 de junho de 2016, definindo os procedimentos de cálculo e recolhimento do valor de depósito destinado ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza, instituído pela Lei nº 7.988/2001.

Constatou, pois, que todos os dispositivos legais enunciados no enquadramento legal acima apontados, bem como a descrição dos fatos que levaram a autuação, além das informações relatadas acima, fruto da indicação do autuante da motivação para a lavratura do Auto de Infração sustentam e embasam a infração apurada, além de que os demonstrativos de apuração mencionados e acostados aos autos, devidamente entregues à empresa autuada, identificam de forma clara e perfeita todos os requisitos de validade do lançamento alhures apontados.

Assim, a acusação, diferentemente do entendimento da defesa, foi sim, provada, e se encontra devidamente embasada em elementos da própria escrituração fiscal do contribuinte, não tendo sido verificada nenhuma das hipóteses previstas no artigo 18 do RPAF/99, estando preenchidos todos os requisitos de validade e eficácia do lançamento, e a possibilidade de o mesmo atender aos requisitos previstos na legislação em vigor, mais um motivo para a rejeição do argumento trazido.

Por outro lado, o fato gerador está perfeitamente delineado, calcado na legislação, e como já dito, fartamente comprovado por documentos fiscais emitidos e recebidos pelo contribuinte, além de sua EFD, tanto é assim que a empresa alinhou fatos, eventos e carreou documentos a sua impugnação, o que conduz à conclusão de ter entendido perfeitamente a acusaçãoposta, e dispor de elementos probantes capazes de elidir ou reduzir aquela inserida no corpo do Auto de Infração.

De igual maneira, a alegada carência de motivação e cerceamento de defesa, também não se apresentam no lançamento, como se verá quando da apreciação do mérito, caso suplantadas as demais questões preliminares aventadas, pelo fato da fiscalização ter encontrado a devida motivação em práticas do contribuinte que seriam contrárias à legislação tributária do ICMS do estado da Bahia.

Foi franqueada ao contribuinte a prática de todos os atos que entendesse necessários para o pleno exercício do contraditório, inclusive e sobretudo a apresentação de elementos de prova e argumentos, podendo participar de todos os atos processuais, e deles tendo pleno conhecimento.

Esclareço ser o direito de ampla defesa uma importante garantia individual, decorrente dos princípios jurídicos da igualdade, da liberdade e da dignidade da pessoa humana, significando que não serão imputadas obrigações, nem restringidos direitos de determinado indivíduo, sem que ao mesmo seja facultado se manifestar, previamente, de forma completa e sem qualquer tipo de restrição, estando tal preceito insculpido no corpo constitucional quando da apreciação e determinação dos direitos e garantias individuais e coletivos, inserido no artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (in Direito Administrativo, 20ª edição, São Paulo, Atlas, 2007, p. 367), aponta que:

“O princípio do contraditório, que é inerente ao direito de defesa, é decorrente da bilateralidade do processo: quando uma das partes alega alguma coisa, há de ser ouvida também a outra, dando-se-lhe oportunidade de resposta. Ele supõe o conhecimento dos atos processuais pelo acusado e o seu direito de resposta ou de reação.

Exige:

- 1- notificação dos atos processuais à parte interessada;
- 2- possibilidade de exame das provas constantes do processo;
- 3- direito de assistir à inquirição de testemunhas;
- 4- direito de apresentar defesa escrita”.

E tanto tal direito foi garantido ao contribuinte, que este foi devidamente comunicado do lançamento, com todos os seus elementos, compareceu ao feito, apresentou as suas alegações defensivas sem qualquer restrição para a infração lançada, evidentemente após o exame dos elementos do feito, desfiou os argumentos a seu favor, ou seja, exerceu tal direito sem qualquer limite ou restrição, o que sepulta o argumento posto.

Também foi obedecido o princípio do contraditório, até pela sua íntima relação de simbiose com o da ampla defesa, tendo Nélson Nery Costa assim entendido: “O direito de ampla defesa exige a bilateralidade, determinando a existência do contraditório. Entende-se, com propriedade, que o contraditório está inserido dentro da ampla defesa, quase que com ela confundido integralmente, na medida em que uma defesa não pode ser senão contraditória, sendo esta a exteriorização daquela”.

Logo, não há que se falar em falta de amparo legal para o lançamento efetuado, o que me leva a rejeição do argumento posto.

Quanto ao pedido para realização de diligência, indefiro, diante do disposto no artigo 147, incisos I, alíneas “a” e “b” e II, alínea “a” do RPAF/99, segundo o qual:

“Art. 147. Deverá ser indeferido o pedido:

I - de diligência, quando:

- a) o julgador considerar suficientes para a formação de sua convicção os elementos contidos nos autos, ou quando a verificação for considerada impraticável;
- b) for destinada a verificar fatos vinculados à escrituração comercial e fiscal ou a documentos que estejam na posse do requerente e cuja prova ou sua cópia simplesmente poderia ter sido por ele juntada aos autos;

II - de perícia fiscal, quando:

- a) a prova do fato não depender do conhecimento especial de técnicos;
- b) for desnecessária em vista de outras provas produzidas;
- c) a verificação for impraticável.

§ 1º A critério do órgão julgador, o pedido ou proposta de perícia fiscal poderá ser convertido em determinação de diligência, em atendimento ao disposto neste artigo” (grifei).

A justificativa para a desnecessidade da solicitação se pauta no fato de que os dados que serviram de base para o lançamento foram retirados da escrituração fiscal e documentos fiscais emitidos para e pela empresa autuada, os quais são de seu pleno conhecimento e responsabilidade quanto a emissão e prestação das informações ali contidas (notas fiscais emitidas e recebidas e livros fiscais transmitidos pela EFD), os quais se encontram em poder do contribuinte e também da SEFAZ, vez que emitidos eletronicamente, o que dispensa qualquer

apresentação ao contribuinte, pois este transmitiu os arquivos SPED correspondentes.

Inexiste fundamentação robusta para amparar tal pedido, e ademais, não conseguiu a defesa indicar de forma e maneira precisa qual seria o objetivo da diligência, e o que deveria ser devidamente analisado quando do seu deferimento, acaso acatado, sendo o pleito realizado de maneira imprecisa.

Além do mais, o autuante quando da informação fiscal, efetivou o exame das questões postas para a infração arroladas na autuação, em atenção ao pleito defensivo.

Ainda que obedecendo aos requisitos legais, importante frisar que tal pedido se submete unicamente à decisão dos julgadores, conforme reza a legislação em vigor, não sendo, de igual forma, motivo para a solicitação de ofício.

E não se pode argumentar que tal negativa ora firmada, venha a se constituir em qualquer cerceamento de direito de defesa, inclusive à vista de posicionamento adotado sobejamente nos Tribunais Superiores, de entender no sentido de que a prática de julgar tal ato vem a se constituir em qualquer dificuldade ou cerceamento para a defesa do contribuinte, até pelo fato de que não poder se alegar desconhecimento da legislação.

Como exemplo, posso mencionar trecho do voto prolatado pelo STJ no RESP 1.519.662/DF, em julgamento ocorrido em 18/08/2015 na 6ª Turma, a Ministra Maria Thereza de Assis Moura assim se pronunciou a respeito:

“A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que ‘não se acolhe alegação de nulidade por cerceamento de defesa, em função do indeferimento de diligências requeridas pela defesa, pois o magistrado é o destinatário final da prova, pode, de maneira fundamentada, indeferir a realização daquelas que considerar protelatórias ou desnecessárias ou impertinentes’”.

Recente decisão do Ministro do STJ Ribeiro Dantas, no Recurso Especial 1887326/RS, datada de 25/03/2021, caminha no mesmo sentido e demonstra ainda ser este o atual entendimento da Corte, a se ver pelo seguinte trecho, ao falar do indeferimento de diligência:

“Tal entendimento está em sintonia com a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, que é firme no sentido de que não se acolhe alegação de nulidade por cerceamento de defesa, em função do indeferimento de diligências requeridas pela defesa, por quanto o magistrado é o destinatário final da prova, logo, compete a ele, de maneira fundamentada e com base no arcabouço probatório produzido nos autos, analisar a pertinência, relevância e necessidade da realização da atividade probatória pleiteada”.

Também merece menção a decisão, ainda no âmbito do STJ, em sede de apreciação de Agravo em Recurso Especial 1.469.786/SP, igualmente recente, eis que datada de 24/03/2021, da lavra do Ministro Antônio Saldanha Palheiro, que assim se posicionou a respeito do tema:

“Como se observa, não se divisa cerceamento de defesa por indeferimento de diligência tendo sido demonstrado exaustivamente que caberia à parte a produção da prova requerida atinente à desconstituição do lançamento do Fisco.

Com efeito, a caracterização de cerceamento do direito de defesa pelo indeferimento da prova requerida pela parte possui como condicionante possível arbitrariedade praticada pelo órgão julgador, e não simplesmente a consideração ou o entendimento da parte pela indispensabilidade de sua realização.

Logo, poderá o magistrado, em estrita observância à legislação de regência e com o fito de formar sua convicção entender pela necessidade ou não da produção de determinada prova, desde que fundamente o seu entendimento de forma adequada e oportuna, como ocorreu na hipótese”.

Adentrando na análise do mérito, inicialmente registro que a análise do presente lançamento deve ser feita conjuntamente com aquele que resultou na lavratura do Auto de Infração 298574.0020/21-5, na mesma data, pelo mesmo autuante e contra o mesmo estabelecimento ora autuado, no qual se exigiou ICMS diante da constatação de seu recolhimento a menos, em razão de erro na determinação do valor da parcela sujeita à dilação de prazo prevista pelo Programa DESENVOLVE.

Naquela oportunidade, o autuante esclarecia que “Verifica-se nesta irregularidade a fruição errônea do Programa Desenvolve diante do recolhimento a menos do ICMS normal – Código de Receita 0806. Evidencia-se, na medida do ICMS-Normal a menos do devido, o cálculo do valor da parcela sujeita a dilação de forma errônea, a incidir o art. 18, caput, do Dec. nº 8.205, de 03 de abril de 2002. Para analisar o procedimento realizado pelo Contribuinte e constatar a irregularidade apontada relativa aos valores de ICMS Normal recolhido a menos do devido, discriminados no Demonstrativo de débito do ICMS - DESENVOLVE, foram utilizados: valores de piso e percentuais descritos no DEMONSTRATIVOS DE VALORES DECORRENTES DO PROGRAMA DESENVOLVE, valores das operações incentivadas e não incentivadas a título de ajuste de crédito e de débito do DEMONSTRATIVO DOS VALORES A TÍTULO DE AJUSTE A CRÉDITO NO REGISTRO DE APURAÇÃO DO ICMS e do DEMONSTRATIVO DOS VALORES A TÍTULO DE AJUSTE A DÉBITO. Para a apuração do ICMS Normal devido descrito no DEMONSTRATIVO FINAL DO ICMS NORMAL DEVIDO – APLICAÇÃO DO ART. 18, do DEC. 8.205/02, foram também analisadas as disposições

constantes na Instrução Normativa nº 27, de 02 de junho de 2009, bem como o art. 18, caput, do Decreto nº 8.205, 03 de abril de 2002, além das Resoluções nºs 134/2005 e 16/2018 do Conselho Deliberativo do DESENVOLVE. Vide DEMONSTRATIVO DA PARCELA DO ICMS DILATADO CORRIGIDA em função do percentual ICMS NORMAL PAGO (0806)/ICMS NORMAL APURADO e o DEMONSTRATIVO DA APURAÇÃO DO ICMS NORMAL DECORRENTE DA APLICAÇÃO do art. 18 do Dec. nº 8.205/02. Registre-se que foram elaborados para o cômputo do tributo devido: DEMONSTRATIVO DO AJUSTE DE CRÉDITO REGISTRADO NA EFD e DEMONSTRATIVO DO ESTORNO DE DÉBITO REGISTRADO NA EFD, DEMONSTRATIVO DO AJUSTE DE DÉBITO REGISTRADO NA EFD e DEMONSTRATIVO DO ESTORNO DE CRÉDITO REGISTRADO NA EFD. Vale mencionar que foram considerados, no levantamento fiscal, os valores pagos a maior, por meio dos Códigos de Receita 2036, 2037 e 2167, para o cômputo do ICMS Normal devido, de acordo com o DEMONSTRATIVO FINAL DO ICMS NORMAL DEVIDO – APLICAÇÃO DO ART. 18, do Dec. nº 8.205/02”.

A tese defensiva ali exposta, em vários aspectos, guarda a devida coincidência com a aqui exposta, conforme relatado anteriormente, sendo que em tal lançamento o autuante constatou recolhimento a menor do imposto devido a título de parcela dilatada, pela inclusão de produtos não amparados pelo benefício fiscal em tela.

Através do Acórdão JJF 0019-03/22-VD, a 3ª Junta de Julgamento Fiscal, à unanimidade decidiu pela procedência da autuação, em 14/03/2022.

Tendo em vista a determinação legal, como relatado, ao abordar o embasamento legal, de que a condição estabelecida na Lei 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 indicados, dentre os quais se encontra o Programa DESENVOLVE, instituído pela Lei nº 7.980, de 12 de dezembro de 2001 (Decreto 16.970/2016, artigo 1º, inciso I).

Logo, inegável a obrigação do contribuinte em recolher tal parcela (FECEP), o que, aliás, o mesmo não contesta.

Foi apurada parcela dilatada de ICMS no montante de R\$ 486.193,06, com percentual de desconto por anos de antecipação no mês de apuração, de 80%.

De acordo com a previsão estabelecida na Lei 13.564/16:

“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.

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”.

Da planilha constante à fl. 06, verifico que em novembro de 2018 o valor recolhido/apurado corresponde a 12,81% do percentual do ICMS devido (80%), sendo glosado o montante de R\$ 545.474,33, que deduzido do valor recolhido pela empresa de R\$ 393.859,89, resulta no total apurado na infração (R\$ 151.614,44), o qual dividido por 18% apurou a base de cálculo, conforme previsão do artigo 39, inciso IV, alínea “b”, do RPAF/99.

Assim, houve a glosa proporcional do benefício, o que ocasionou o presente Auto de Infração, estando assim, esclarecida a motivação para a sua lavratura.

Fato é que ocorrendo pagamento a menor da parcela do Fundo, como ocorrido no caso presente, vez que apurado pelo contribuinte autuado R\$ 9.723,86 e recolhido apenas R\$ 1.254,34, evidentemente houve a perda automática dos benefícios a que teria direito no mês de novembro de 2018, o que resultou no presente lançamento ora apreciado, o que não significa a cassação do benefício, vez que restrita ao mês da ocorrência da inadimplência.

Esclareço não estar sendo cobrado o valor do FECEP, mas sim, o valor do imposto dilatado que em função da inadimplência ocorrida em relação a este Fundo, venceu antecipadamente, não existindo nos autos provas da quitação da parcela apurada e tida como devida pelo sujeito passivo do FECEP, fator que poderia implicar em improcedência da autuação.

Descabe, pois, a garantia do contribuinte autuado de inexistência de débito, como firmado na peça de impugnação apresentada.

Assim, diante da comprovação da corretteza do procedimento fiscal, amparado pela legislação que contempla o Programa DESENVOLVE, e da ausência de elementos em sentido contrário ao da acusação posta, a autuação é plenamente subsistente, motivo pelo qual a mantendo.

No que diz respeito ao caráter considerado pela defesa como confiscatório da multa sugerida na autuação (60%), observo que dentre os princípios vigentes no processo administrativo, um deles, de maior importância é o da legalidade, o qual tem a sua gênese na Constituição Federal, artigo 5º, inciso II, ao dispor que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Esse princípio tem forte ligação com o próprio Estado de Direito, uma vez que nele é assegurado o “império da lei” ou “jus imperium”.

No campo tributário, como já visto anteriormente, este princípio encontra-se devidamente explícito no artigo 150, inciso I da Carta Magna, ao dispor que “nenhum tributo pode ser criado, aumentado, reduzido ou extinto sem que seja por lei”. Desse comando, depreende-se que aos Estados, compete instituir e normatizar os tributos estaduais. Dessa forma, somente a lei poderá diminuir e isentar tributos, parcelar e perdoar débitos tributários, criar obrigações acessórias, sendo necessário que haja competência do ente para que seja válida sua criação, competência descrita no próprio corpo do texto constitucional.

O professor Roque Antônio Carrazza em seu livro *Princípios Constitucionais Tributários*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1998, ensina que “O princípio da legalidade garante, decisivamente, a segurança das pessoas, diante da tributação. De fato, de pouco valeria a Constituição proteger a propriedade privada (arts. 5º, XXII, e 170, II) se inexistisse a garantia cabal e solene de que os tributos não seriam fixados ou alterados pelo Poder Executivo, mas só pela lei”.

E por tais razões, cabe a todos a estrita obediência à norma legal, dentro dos parâmetros e limites estabelecidos na Constituição Federal, a qual, inclusive, determina que os conflitos sejam mediados e decididos pelo Poder Judiciário.

Dessa forma, existe todo um conjunto legal, o qual segue regramento específico para a edição e cumprimento das normas, as quais se aplicam indiferentemente a todos independente de qualquer critério. Assim, dentro de cada competência, os entes federativos constroem as normas que hão de vigorar relativamente àqueles tributos que lhes cabem. E assim o fez o Estado da Bahia, ao promulgar a Lei nº. 3.956/81 (Código Tributário do Estado da Bahia) a qual disciplinou nos artigos 46 e 47, as penalidades por infração da legislação do ICMS.

Com a edição da Lei nº 7.014/96, a qual adequou a legislação estadual aos ditames da Lei Complementar 87/96, no seu artigo 40 e seguintes, conceitua, tipifica e determina as regras e percentuais de penalidades a serem aplicadas diante da constatação de descumprimento de obrigação tributária, bem como os percentuais de redução das mesmas, e as condições necessárias para tal.

O Agente fiscal, no momento do lançamento tributário, deve, pois, em atenção às normas legais vigentes, aplicar os percentuais previstos para cada uma das infrações verificadas, em nome não somente do princípio da legalidade, como, igualmente, do princípio da segurança jurídica, não estando a sua aplicação sujeita à discricionariedade, senão da Lei.

Assim, não se pode arguir, como feito, arbitramento da multa sugerida, diante do seu caráter legal e cuja aplicação é obrigatória, nos termos da legislação, não estando ao talante de quem quer que seja.

Por fim, para sepultar qualquer discussão a respeito, frente às colocações defensivas, menciono duas decisões do STF: A primeira, através da sua 1ª Turma, ao analisar o AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 833.106 GOIÁS, assim decidiu:

“TRIBUTÁRIO – MULTA – VALOR SUPERIOR AO DO TRIBUTO – CONFISCO – ARTIGO 150, INCISO IV, DA CARTA DA REPÚBLICA.

Surge inconstitucional multa cujo valor é superior ao do tributo devido. Precedentes: Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 551/RJ – Pleno, relator ministro Ilmar Galvão – e Recurso Extraordinário nº 582.461/SP – Pleno, relator ministro Gilmar Mendes, Repercussão Geral”.

Em tal decisão, o Relator, Ministro Marco Aurélio Melo, assim se manifestou:

“A decisão impugnada está em desarmonia com a jurisprudência do Supremo. O entendimento do Tribunal é no sentido da invalidade da imposição de multa que ultrapasse o valor do próprio tributo – Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 551/RJ, relator ministro Ilmar Galvão, Diário da Justiça de 14 de fevereiro de 2003, e Recurso Extraordinário nº 582.461/SP, relator ministro Gilmar Mendes, julgado sob o ângulo da repercussão geral em 18 de maio de 2011, Diário da Justiça de 18 de agosto de 2011.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso para, reformando o acórdão recorrido, assentar a inconstitucionalidade da cobrança de multa tributária em percentual superior a 100%, devendo ser refeitos os cálculos, com a exclusão da penalidade excedente, a fim de dar sequência às execuções fiscais”.

Na segunda, o Ministro Luís Roberto Barroso, ao apreciar o Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 1.092.673/GO, julgado pela 2ª Turma do STF, em 26/10/2018:

“...O Ministro Luiz Fux, Relator do RE 736.090-RG, em sua manifestação no Plenário Virtual, consignou o seguinte:

‘[...] Discute-se, na espécie, a razoabilidade da multa fiscal qualificada em razão de sonegação, fraude ou conluio, no percentual de 150% (cento e cinquenta por cento) sobre a totalidade ou diferença do imposto ou contribuição não paga, não recolhida, não declarada ou declarada de forma inexata (atual § 1º c/c o inciso I do caput do artigo 44 da Lei federal nº 9.430/1996), tendo em vista a vedação constitucional ao efeito confiscatório na seara tributária’.

7. Quanto ao mérito, a pretensão recursal não merece prosperar. Tal como constatou a decisão agravada, em relação ao valor máximo das multas punitivas, esta Corte tem entendido que são confiscatórias aquelas multas que ultrapassam o percentual de 100% (cem por cento) do valor do tributo devido.

8. Nas palavras do Ministro Marco Aurélio, ‘embora haja dificuldade, como ressaltado pelo Ministro Sepúlveda Pertence, para se fixar o que se entende como multa abusiva, constatamos que as multas são acessórias e não podem, como tal, ultrapassar o valor do principal’ (ADI 551, Rel. Min. Ilmar Galvão). Nesse sentido, confirmam-se os julgados:

‘TRIBUTÁRIO – MULTA – VALOR SUPERIOR AO DO TRIBUTO – CONFISCO – ARTIGO 150, INCISO IV, DA CARTA DA REPÚBLICA. Surge inconstitucional multa cujo valor é superior ao do tributo devido. Precedentes: Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 551/RJ – Pleno, relator ministro Ilmar Galvão – e Recurso Extraordinário nº 582.461/SP – Pleno, relator ministro Gilmar Mendes, Repercussão Geral”. (RE 833.106- AgR, Rel. Min. Marco Aurélio).

‘AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUTÁRIO. MULTA FISCAL. PERCENTUAL SUPERIOR A 100%. CARÁTER CONFISCATÓRIO. ALEGADA OFENSA AO ART. 97 DA CONSTITUIÇÃO. INEXISTÊNCIA. AGRAVO IMPROVIDO.

I Esta Corte firmou entendimento no sentido de que são confiscatórias as multas fixadas em 100% ou mais do valor do tributo devido.

II A obediência à cláusula de reserva de plenário não se faz necessária quando houver jurisprudência consolidada do STF sobre a questão constitucional discutida.

III Agravo regimental improvido’. (RE 748.257-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski)”.

Esclareço que a multa aplicada na presente autuação foi de 60%, ou seja, não houve penalidade em valor maior do que o devido a título de imposto.

E aqui vale a observação frente a assertiva do contribuinte de não ter agido com má-fé, de que, em primeiro lugar, em momento algum dos autos consta tal afirmativa, de quem quer que seja, e em segundo, na forma do artigo 136 do CTN, “salvo disposição de lei em contrário, a responsabilidade por infrações da legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato”, além do que a penalidade aplicada não representa qualquer agravamento frente a prática observada em relação ao sujeito passivo.

Assim, não posso acolher as decisões trazidas pela defesa neste sentido.

Da mesma forma, por se tratar de descumprimento de obrigação principal, não cabe qualquer afastamento ou redução do percentual aplicado, conforme solicitado, nos termos do artigo 42, § 8º da Lei 7.014/96 devidamente já revogado daquele diploma legal, através da Lei 12.605, de 14/12/12, DOE de 15 e 16/12/12, efeitos a partir de 15/12/12.

Quanto ao pedido de que os consectários legais (juros e correção monetária) sejam limitados à taxa SELIC, não incidindo sobre a multa, sob pena de nulidade, esclareço que a forma e sistematização de aplicação dos mesmos decorre de imposição legal, nos termos previstos no artigo 102 do Código Tributário do Estado da Bahia:

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

(...)

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

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

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

I - sobre os débitos denunciados espontaneamente, incidirão apenas acréscimos moratórios equivalentes 0,11% (onze décimos por cento) ao dia, limitados a 10% (dez por cento), mais a taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia (SELIC) para títulos federais, acumulada mensalmente até o

último dia do mês anterior ao do pagamento, e 1% (um por cento) relativo ao mês em que o pagamento estiver sendo efetuado.

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

Esclareço que não se está sendo cobrada atualização monetária ou juros sobre a multa, mas sim, que a mesma é calculada sobre o valor do imposto devido atualizado.

Diante de tal determinação legal, cabe unicamente ao julgador a aplicação da normaposta, não sendo este o fórum apropriado para tal discussão ou discordância assim tidos pelo contribuinte, e diante da existência da necessária e devida base legal, para o cálculo, não acolho o argumento defensivo.

Por fim, quanto ao requerimento para que as comunicações e intimações fossem feitas via Aviso de Recebimento, por carta, na pessoa de seu advogado, nada impede que tal prática se efetive, e que as intimações possam ser encaminhadas, bem como as demais comunicações concernentes ao andamento deste processo na forma e no endereço apontado.

Contudo, o não atendimento a tal solicitação não caracteriza nulidade do Auto de Infração, uma vez que a forma de intimação ou ciência da tramitação dos processos ao sujeito passivo encontra-se prevista nos artigos 108 a 110 do RPAF/99, os quais guardam e respeitam o quanto estabelecido no Código Tributário Nacional, em seu artigo 127, estipulando como regra, a eleição do domicílio tributário pelo sujeito passivo.

Com a instituição do Domicílio Tributário Eletrônico, instrumento inclusive utilizado para a ciência do início da ação fiscal, consoante relatado e encerramento dos trabalhos de auditoria, com ciência do lançamento ao autuado, a comunicação entre a Secretaria da Fazenda e o contribuinte passou a utilizar este canal, dispensando qualquer outro meio, sendo a sua instituição feita pela Lei 13.199 de 28/11/2014, a qual que alterou o Código Tributário do Estado da Bahia no seu artigo 127-D.

Através de tal mecanismo, a SEFAZ estabelece uma comunicação eletrônica com seus contribuintes para, dentre outras finalidades, encaminhar avisos, intimações, notificações e científá-los de quaisquer tipos de atos administrativos, não sendo nenhuma novidade tal sistemática, até pelo fato de o processo judicial eletrônico já ser corriqueiramente adotado por diversos órgãos, do Poder Judiciário.

Inconformado com a procedência do Auto, o autuado interpõe Recurso Voluntário (Fls. 111 a 123) com base no Art. 169, inciso I, alínea "b" do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alegando os argumentos a seguir apresentados.

Inicia dizendo que conforme se observa do Auto de Infração, o enquadramento legal para a suposta infração cometida pela Impugnante consta dos arts. 2º e 24 a 26, da Lei nº 7.014/96, Lei nº 13.564/16 e Decreto nº 16.970/16.

Afirma não constar do Auto de Infração o enquadramento legal quanto à correta base de cálculo que deveria ter sido adotada pela Recorrente, o enquadramento legal quanto à alíquota aplicável para a apuração do montante da contribuição ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza – FECEP supostamente devida que ocasionou a glosa do ICMS, entre outros aspectos que eivam a autuação de completa nulidade.

De todo modo, em esforço interpretativo, a Recorrente vem apresentar aos nobres Julgadores, tal como fez quando da Impugnação em Primeira Instância Administrativa, o seu raciocínio contábil quanto a correta utilização do Benefício DESENVOLVE e respectiva contribuição ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza – FECEP.

Como se nota da legislação de regência (Decreto Estadual nº 8.205/2002), a Tabela I remete aos porcentuais de descontos por antecipação de pagamento, dividindo-os por classes, conforme tabela abaixo:

Classe de Enquadramento	Prazo de fruição (em anos)	Prazo de carência (em anos)	Percentual do ICMS incentivado	Antecipação (em anos)	Percentual de desconto por anos de antecipação
I	12	6	90%	0	0%
				1	30%
				2	45%
				3	80%
				4	85%
				5	90%

<i>II</i>	<i>Até o 10º ano</i>	<i>6</i>	<i>80%</i>	<i>0</i>	<i>0%</i>
				<i>1</i>	<i>20%</i>
				<i>2</i>	<i>35%</i>
				<i>3</i>	<i>70%</i>
				<i>4</i>	<i>75%</i>
				<i>5</i>	<i>80%</i>

Como se vê, do percentual incentivado/dilatado, a legislação confere descontos para a antecipação do recolhimento dos valores do tributo dilatado, de modo que ao antecipar o recolhimento as porcentagens de descontos indicadas são conferidas ao contribuinte que detém referido benefício fiscal, o que é o caso da Recorrente.

Isso posto, verifica-se que o agente fiscal que realizou a autuação – ao menos do que se deduz das planilhas enviadas com a autuação – entendeu pela exigência do valor de R\$ 151.614,44 de ICMS por suposto pagamento a menor da contribuição ao FECEP no mês 11/2018, com suposta data de ocorrência em 30/11/2018 e vencimento em 09/12/2018.

Verifica-se que para chegar a tal valor supostamente devido a autoridade fiscal entendeu que teria havido o recolhimento de somente 12,81% do valor devido a título de FECEP, razão pela qual efetuou a glosa de 87,19% do valor da parcela incentivada/dilatada do ICMS. Para tanto, realizou os seguintes cálculos, constantes das planilhas enviadas conjuntamente com a autuação:

Apreciando a mesma, em esforço interpretativo verifica-se que, em princípio, o agente fiscal entendeu que a Recorrente devia R\$ 9.723,86 a título da contribuição ao FECEP para o período, tendo recolhido R\$ 1.245,34 (ou seja, 12,81% do quanto o agente fiscal entendia devido).

Ocorre, ao invés de cobrar R\$ 8.478,52 da contribuição ao FECEP, o agente fiscal refez toda a apuração das parcelas de ICMS incentivada/dilatada correspondente ao benefício DESENVOLVE de que goza a Recorrente, minorando o valor incentivado e consequentemente o valor do ICMS devido, para então exigir R\$ 151.614,44.

Basta a análise da tabela acima, retirada da planilha elaborada pelo agente fiscal, para se identificar que o único intuito da sistemática adotada pelo agente fiscal é majorar o suposto tributo devido pela Recorrente. Afirma que no presente feito, ainda que houvesse tributo a recolher, o que não há, frise-se, seria R\$ 8.478,52 a título de FECEP, e não R\$ 151.614,44 a título de ICMS.

Há que se frisar, ainda, que embora todas as planilhas carreadas com a autuação, é incompreensível como chegou o agente fiscal à base de cálculo que consta do Auto de Infração, qual seja, R\$ 842.302,44, sobre a qual aplicou a alíquota de 18% passando a exigir R\$ 151.614,44, acrescido de correção e multa de 60%. Provavelmente realizou operação inversa, ou seja, chegando ao ICMS que entendeu supostamente devido, conforme tabela acima, e adotando tais valores como 18% sobre a base de cálculo que supostamente pretende fazer incidir o tributo.

Não há qualquer fundamentação legal para a metodologia adotada, a qual deve ser afastada por não compreender a realidade fática para o período autuado, eis que o tributo foi corretamente recolhido de acordo com a sistemática do DESENVOLVE, de modo que está pretendendo o agente fiscal exigir ICMS em quantia muito superior ao suposto valor da contribuição ao FECEP supostamente devida.

A nulidade da autuação é tamanha, que o Acórdão ora recorrido, teceu longos argumentos visando justificar a ausência de nulidade constante da mesma, e inclusive buscou prestar esclarecimentos não constantes do Auto de Infração lavrado, prestando verdadeira explicação da

autuação cujos fatos não constavam descritos no Auto de Infração.

Cita que o acórdão, traz o seguinte texto: “(...) *Adentrando na análise do mérito, inicialmente registro que a análise do presente lançamento deve ser feita conjuntamente com aquele que resultou na lavratura do Auto de Infração nº 298574.0020/21-5*”. E já neste trecho, questiona-se: onde consta tal indicação no Auto de Infração lavrado? É nítida a nulidade!

Após, passam os julgadores de primeira instância administrativa a narrar os acontecimentos do contencioso administrativo fiscal de Auto de Infração diverso do presente, acima indicado, e propõe que aquele feito “(...) guarda a devida coincidência com a aqui exposta, conforme relatado anteriormente, sendo que em tal lançamento o autuante constatou recolhimento a menor do imposto devido a título de parcela dilatada, pela inclusão de produtos não amparados pelo benefício fiscal em tela”.

Ora, como é possível, senão pelo objetivo de prejudicar a defesa do contribuinte, de realizar autuação que não indique precisamente os fatos que importariam na mesma. É evidente que em razão de informações internas da SEFAZ/BA, alheias às informações constantes do Auto de Infração aqui lavrado, conseguiram os nobres Julgadores de primeira instância justificar a origem da autuação aqui em exame, a qual contudo não merece prosperar, justamente porque, da mesma forma, não há que se falar em ICMS devido na autuação relacionada ao Auto de Infração nº 298574.0020/21-5, cuja discussão administrativa ainda está em curso.

O agente fiscal, além de desconsiderar operações incentivadas para diminuir o benefício fiscal do DESENVOLVE e cobrar ICMS através do Auto de Infração 298574.0020/21-5, também visa cobrar ICMS neste feito relativo ao ICMS proporcional ao suposto recolhimento a menor da contribuição ao FECEP, cujo recolhimento a menor é resultante justamente da incorreta interpretação do agente fiscal realizada no Auto de Infração nº 298574.0020/21-5, o que somente é indicado para a ora Recorrente agora, já em fase recursal, eis que em nenhum momento tal informação consta do auto de infração lavrado.

Ainda, aparentemente parte das divergências entre o ICMS-normal recolhido pela Recorrente e o quanto entende supostamente devido pela autoridade fiscal se deu em razão desta ter desconsiderado operações como incentiváveis, o que é indevido, já que toda a apuração foi regularmente feita pela Impugnante nos termos da legislação de regência, sobre as quais se deu a apuração da contribuição ao FECEP.

Outro ponto constante da decisão de primeira instância ora recorrida, e que evidencia não só o desacerto, mas a completa nulidade da presente autuação, é o seguinte trecho:

“(...) *Da planilha constante à fl. 06, verifico que em novembro de 2018 o valor recolhido/apurado corresponde a 12,81% do percentual do ICMS devido (80%), sendo glosado o montante de R\$ 545.474,33, que deduzido do valor recolhido pela empresa de R\$ 393.859,89, resulta no total apurado na infração (R\$ 151.614,44), o qual dividido por 18% apurou a base de cálculo, conforme previsão do artigo 39, inciso IV, alínea “b”, do RPAF/99*”.

Ora, a autuação busca a cobrança do valor histórico de R\$ 151.614,44, e não 18% deste valor. A base de cálculo adotada pelo agente fiscal, constante do Auto de Infração lavrado, é claramente R\$ 842.302,44, bastando a simples conferência do mesmo para se ratificar o que ora se alega.

Assim, reforça-se a completa nulidade da autuação em razão da ausência de demonstração da correta forma de apuração do tributo, além da completa ausência de previsão legal para a sistemática adotada pelo agente fiscal.

Ademais, já que os patronos da ora Recorrente são os mesmos da discussão do Auto de Infração nº 298574.0020/21-5, indicada ora somente quando da decisão administrativa, é certo que a discussão lá em curso está avaliando a vedação do benefício tomado sobre o beneficiamento de sucata, que se trata de atividade desenvolvida pela Recorrente incentivável e indevidamente desconsiderada pelo agente fiscal.

É certo então que, os resultados lá obtidos, ensejará influência direta na presente discussão, devendo este recurso ser remetido para a Colenda 1ª Câmara do CONSEF, já que a discussão do

Auto de Infração nº 298574.0020/21-5 já em curso na mesma influenciará diretamente neste feito.

Assim, resta-se provado que não agiu com acerto a autoridade fiscal, eis que aplicou a alíquota de 18% de suposto ICMS devido sobre base de cálculo inexistente, bem como pelo fato de aparentemente ter desconsiderado operações realizadas pela Recorrente que não poderiam ser desconsideradas, devendo a autuação ser cancelada.

Além dos argumentos acima apresentados, frisa, uma vez mais, que na remota hipótese de ser negado provimento ao presente recurso pelas razões de mérito acima ventiladas, que a multa de 60% deverá ser anulada ou reduzida a um percentual que não represente confisco.

O enquadramento legal da multa aplicada se deu com base no artigo 42, inciso II, alínea “f” da Lei nº 7.014/1996.

O primeiro ponto que garante o cancelamento da referida multa é o fato de que em nenhum momento agiu a Recorrente de má-fé ou deixou de prestar informações ao Fisco, sendo a presente autuação decorrente da incorreta interpretação do agente fiscal acerca de atividades incentivadas pelo programa DESENVOLVE, razão pela qual a aplicação de multa de 60% se mostra desproporcional, por não ter amparo nos princípios da razoabilidade e proporcionalidade frente à conduta praticada pela Recorrente, além da alíquota ser flagrantemente confiscatória.

Porém, de acordo com o acórdão recorrido, toda a discussão acerca da constitucionalidade da multa foi simploriamente afastada, sob o fundamento de que o órgão julgador não seria competente para declarar a constitucionalidade da legislação tributária estadual, fazendo com que prevaleça o efeito de confisco vedado em nosso ordenamento jurídico. A Constituição Federal prevê em seu artigo 150, inciso IV, que é vedado aos Estados utilizar tributo com efeito de confisco.

Cita recentes decisões, que tem afastado a imposição de multas que superam o valor equivalente a 20% do tributo exigido, a exemplo do AI-AgR 675.701, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 3.4.2009.

Além disso, a própria Decisão recorrida reconhece que há, por meios transversos, a incidência de juros e correção sobre a multa aplicada, eis que, segundo o entendimento firmado, “(...) *não se está cobrando atualização monetária ou juros sobre a multa, mas sim, que a mesma é calculada sobre o valor do imposto devido atualizado*”.

Entretanto, quanto aos consectários legais, é cediço que estes não podem ser superiores à taxa de correção monetária dos débitos federais, qual seja, a taxa SELIC, tendo sido, inclusive, exposto a Recorrente que o Supremo Tribunal Federal corrobora com o alegado.

Por fim, requer que seja o presente recurso anexado ao Recurso Voluntário relacionado ao Auto de Infração nº 298574.0020/21-5 e remetido para a análise da 1ª Câmara do CONSEF, eis que o resultado daquele feito influenciará no presente.

Que seja dado provimento ao Recurso Voluntário para reformar a decisão de primeira instância administrativa, para julgar integralmente improcedente o lançamento fiscal formalizado no Auto de Infração nº 298574.0022/21-8, eis que não se restou demonstrado no Auto de Infração que a Recorrente tenha cometido qualquer infração à legislação tributária/fiscal.

Sucessivamente, o que não se espera, mas apenas se argumenta, caso o entendimento desse órgão julgador seja pela validade da exigência fiscal, requer ao mínimo que seja apurado o valor devido como R\$ 8.478,52 a título de FECEP, e não R\$ 151.614,44 a título de ICMS, bem como que seja excluída a multa de 60%, por caracterizar evidente confisco, ou ao mínimo que seja determinada a sua redução a um percentual razoável, em no máximo 20% do tributo devido, com amparo nos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Subsidiariamente, requer-se que os consectários legais (juros e correção monetária) sejam limitados à taxa SELIC, não podendo incidir sobre a multa, sob pena de nulidade.

E, por fim, reforça o pedido para que todas as intimações e/ou notificações sejam dirigidas

exclusivamente via carta com aviso de recebimento à Recorrente no endereço de sua sede e no endereço da sua filial.

Ainda assim, após as razões apresentadas pelo autuante e pela recorrente em sede de julgamento, os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, na assentada de julgamento datada 19/04/2023, decidiram remeter os autos à DIREF/GEINC, baseando no previsto do Art. 137, inciso I do RPAF/BA com o objetivo de elucidar o seguinte questionamento:

- (i)** No caso em questão, qual o cálculo correto a ser aplicado para apuração da diferença, se existir, do percentual do Fundo de Combate à Pobreza, tendo em vista o disposto na Lei nº 13.564/2016, regulamentada pelo Decreto nº 16.970/2016?

Após isto, dar ciência ao contribuinte, para caso deseje se manifeste no prazo de 10 dias e posteriormente retornasse os autos para este Conselho, para fins de prosseguimento do feito.

Em sua resposta a DIREF/GEINC (Fls. 153/154) se manifesta dizendo o seguinte: *“A referida Lei nº 13.564/2016 dispõe que haverá a perda automática do incentivo fiscal no mês da apuração em que não for recolhido no prazo regulamentar o valor correspondente ao Depósito ao FECEP, conforme disposto no inciso I do seu Art. 2º”.*

Esclareça-se que o incentivo fiscal em referência, programa desenvolve que se traduz na diliação de prazo, em até 72 meses, do recolhimento do imposto apurado nas atividades incentivadas e/ou no recolhimento antecipado desse imposto que teve o prazo dilatado, mediante a obtenção de desconto pela antecipação, tudo virgula devidamente escriturado e informado em sua escrita fiscal (atualmente através da escrituração fiscal digital - EFD do sistema público de escrituração digital traço SPED) e também através do informativo econômico fiscal Demonstrativo Mensal de Apuração – DMA.

Assim o incentivo financeiro do Programa Desenvolve oferece duas possibilidades:

- a) A simples diliação de prazo de recolhimento do imposto (denominado de ICMS incentivado) em até 72 meses, atualizado com taxa previamente fixada na resolução concessiva do incentivo, o que possibilita ao contribuinte detentor do incentivo a utilização do recurso durante esse período a uma taxa menor que o sistema bancário oferece e,*
- b) A possibilidade de antecipação do recolhimento desse imposto (com código de receita 2167), com prazo dilatado, mediante a concessão de desconto, que no caso do contribuinte autuado, e considerando que o seu incentivo é de Classe II, pode chegar a 80% (oitenta por cento) do valor do imposto incentivado.*

Portanto o recolhimento do depósito ao FECEP é devido apenas quando a empresa faz a opção de recolher antecipadamente o imposto que teve o prazo de recolhimento dilatado e tem como base de cálculo justamente o valor resultante do percentual de desconto obtido aplicado sobre o valor devido na data do pagamento (desde que antecipado).

Ou seja, optando por recolher antecipadamente ou referido imposto incentivado, o contribuinte deverá recolher o ICMS com desconto correspondente a essa antecipação e também recolher o valor correspondente ao FECEP que é de 10% do valor do desconto obtido.

Essa é a forma correta de cálculo do valor correspondente ao FECEP.

No caso presente em que o contribuinte apurou; escriturou e informou a SEFAZ Bahia os valores que entendeu devidos, conforme podemos constatar na EFD e na DMA do referido mês de novembro de 2018 e recolheu exatamente os valores efetivamente escriturados e aplicado o desconto corretamente sobre tais valores escriturados e informados, bem como o valor correspondente ao FECEP, entendemos que não há que se falar em recolhimento a menor de FECEP.

Apresenta cálculo demonstrativo à fl. 154.

Entendemos por fim que se em apuração fiscal se constatou naquele mês valores devidos maiores que aqueles escriturados e informados à SEFAZ/Ba pelo contribuinte tal diferença deve ser reclamada e tem aplicação do incentivo, ainda que decorrente de atividades passíveis de incentivo.

Baseamos o entendimento à vista no disposto no § 3º, do artigo 18 do Decreto nº 8.205/02, que regulamenta a lei que criou o Programa DESENVOLVE, acima referida que assegura ao contribuinte beneficiário o uso do incentivo fiscal relativamente apenas aos valores apurados e escriturados pelo contribuinte:

“§ 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 a dilação de prazo escriturada pelo contribuinte, ocorra na data regulamentar.”

A Recorrente se manifesta às fls. 161 a 163 e diz que após o valioso esclarecimento por parte da DIREF/GEINC, e apreciando a situação concreta posta no presente contencioso administrativo fiscal, a autoridade fiscal, com hialina clareza, concluiu que: *“No caso presente em que o contribuinte apurou, escriturou e informou a SEFAZ/BA os valores que entendeu devidos, conforme podemos constatar na EFD e na DMA do referido mês de novembro de 2018 e que recolheu exatamente os valores efetivamente escriturados e aplicado o desconto corretamente sobre tais valores escriturados e informados, bem como o valor correspondente ao FECEP, entendemos que não há que se falar em recolhimento a menor de FECEP”.*

Como se nota, houve o reconhecimento expresso de que a contribuinte Requerente/Recorrente não cometeu nenhum equívoco quanto ao recolhimento da FECEP para o período autuado, o que garante a completa nulidade do Auto de Infração lavrado e determina o seu cancelamento.

Desta feita, reitera-se tudo o quanto já exposto no Recurso Voluntário para que o Auto de Infração seja integralmente cancelado.

Ademais, requer-se, desde já, que haja a intimação prévia da nova inclusão do presente feito em pauta de julgamento, para que a Recorrente possa, através dos seus procuradores devidamente constituídos, acompanhar o julgamento e proceder na realização de sustentação oral cujo intuito é evidenciar a necessidade de provimento do Recurso Voluntário para cancelar o Auto de Infração aqui em exame.

Uma vez concluída as manifestações, os autos retornaram para julgamento.

VOTO

O presente Recurso Voluntário fora interposto em razão da decisão proferida por meio do Acórdão da 2ª Junta de Julgamento Fiscal nº 0075-02/22-VD, que por unanimidade, julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 21/09/2021, nos termos no Art. 169, I, alínea “b” do RPAF que exige o valor histórico de R\$ 151.614,44 pelo cometimento de uma única infração, que foi o descumprimento da obrigação tributária principal, ocorrendo infração diversa das previstas em lei, na qual não houve dolo, no mês de novembro de 2018. Informa o autuante que se trata de recolhimento a menor do ICMS em razão do uso indevido do Programa DESENVOLVE, decorrente do pagamento parcial do valor correspondente a 10% (dez por cento) do imposto dilatado em favor do Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza – FECEP.

Quanto à inicial de Nulidade do Auto, ao afirmar que não consta do Auto de Infração o enquadramento legal quanto à correta base de cálculo que deveria ter sido adotada pela Recorrente, o enquadramento legal quanto à alíquota aplicável para a apuração do montante da contribuição ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza – FECEP supostamente devida que ocasionou a glosa do ICMS, entendo que não merece prosperar, visto que houve clareza quanto ao que está sendo cobrado no auto, tanto assim, que houve a manifestação e defesa quanto ao mérito. Nulidade Rejeitada.

Alega que o agente fiscal que realizou a autuação, pelo que se comprova nas planilhas anexadas aos autos, entendeu que, uma vez que a empresa não recolheu o FECEP sobre a parcela antecipada no mês 11/2018, com suposta data de ocorrência em 30/11/2018 e vencimento em 09/12/2018, teria perdido o direito parcial ao benefício naquele mês, cobrando assim o valor de R\$ 151.614,44 de ICMS por suposto pagamento a menor.

No intuito de facilitar o entendimento desta relatora da presente Câmara, os autos foram

encaminhados em diligência à DIREF/GEINC a fim de confirmar a quem assistia razão.

Em resposta à diligência, a DIREF/GEINC disse que o recolhimento do depósito ao FECEP é devido apenas quando a empresa faz a opção de recolher antecipadamente o imposto que teve o prazo de recolhimento dilatado e tem como base de cálculo justamente o valor resultante do percentual de desconto obtido aplicado sobre o valor devido na data do pagamento (desde que antecipado) uma vez que optando por recolher antecipadamente o referido imposto incentivado, o contribuinte deverá recolher o ICMS com desconto correspondente a essa antecipação e também recolher o valor correspondente ao FECEP que é de 10% do valor do desconto obtido.

Disse ainda que no caso presente em que o contribuinte apurou; escriturou e informou a SEFAZ Bahia os valores que entendeu devidos, conforme pode-se constatar na EFD e na DMA do referido mês de novembro de 2018 e recolheu exatamente os valores efetivamente escriturados e aplicado o desconto corretamente sobre tais valores escriturados e informados, bem como o valor correspondente ao FECEP, entendeu que não há que se falar em recolhimento a menor de FECEP.

Nesse sentido, alinho o entendimento posto pela diligência à vista no disposto no § 3º, do artigo 18 do Decreto nº 8.205/02, que regulamenta a lei que criou o Programa Desenvolve, acima referida que assegura ao contribuinte beneficiário o uso do incentivo fiscal relativamente apenas aos valores apurados e escriturados pelo contribuinte, o qual diz que 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 a dilação de prazo escriturada pelo contribuinte, ocorra na data regulamentar.

Além do que, não há clareza quanto aos cálculos efetuados pelo autuante, pois este dá a entender que está considerando a cobrança do ICMS sobre o valor da parcela paga no dia 09 do mês subsequente, o que não é devido, visto que somente é devido o ICMS FECEP no momento da antecipação da parcela dilatada (que é sobre o ganho financeiro). Considerando 10% sobre o valor do ICMS devido dia 09 não se aplica ao presente caso.

Por todo o exposto, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário, devendo ser julgado IMPROCEDENTE o presente Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº 298574.0022/21-8, lavrado contra **COMPANHIA SIDERÚRGICA NACIONAL**.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 10 de abril de 2024.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

EVALDA DE BRITO GONÇALVES – RELATORA

MARCELO CARDOSO DE ALMEIDA MACHADO – REPR. DA PGE/PROFIS