

A.I. Nº 269096.0003/23-6
AUTUADO INDÚSTRIA BAIANA DE COLCHÕES E ESPUMAS LTDA.
AUTUANTE JAYME GONCALVES REIS
ORIGEM DAT METRO / IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO INTERNET – 18/03/2024

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0019-01/24-VD

EMENTA: ICMS. PROGRAMA PROBAHIA. CRÉDITO PRESUMIDO. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DE BENEFÍCIO OU INCENTIVO FISCAL. FALTA DE RECOLHIMENTO AO FUNDO ESTADUAL DE COMBATE E ERRADICAÇÃO DA POBREZA - FUNCEP. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. A autuação contém vício que afeta a sua eficácia, haja vista que acusa o autuado de falta de recolhimento do valor correspondente a 10% do respectivo incentivo em favor do FUNCEP, quando inexistente previsão legal para que o Contribuinte efetue este recolhimento. Na realidade, para que possa se habilitar à fruição do crédito presumido do qual é beneficiário, a condição indispensável é que Contribuinte efetue o depósito ao FUNCEP. Portanto, trata-se de implemento de condição, haja vista que o atendimento da condição estabelecida na Lei nº. 13.564/16, ou seja, o recolhimento ao FUNCEP, em valor correspondente a 10% do valor do Crédito Presumido escriturado, habilita o contribuinte à fruição dos benefícios e incentivos fiscais. Desse modo, cabia a Fiscalização exigir o ICMS que não foi recolhido, proporcionalmente à contribuição ao FUNCEP que efetivamente não foi depositada pelo Contribuinte, jamais o depósito ao FUNCEP, como ocorre no presente caso. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 31/03/2023, formaliza a exigência de crédito tributário no valor histórico total de R\$ 25.893,77, acrescido da multa de 60%, em decorrência do cometimento da seguinte infração à legislação do ICMS imputada ao autuado: Infração 01 – 002.013. 003 – O contribuinte fez uso efetivo de incentivo fiscal e não recolheu o valor correspondente a 10% (dez por cento) do respectivo incentivo em favor do Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza, instituído pela Lei nº 7.988, de 21 de dezembro 2001.

Consta adicionalmente o seguinte registro: Conforme demonstrativo Ortobom_2021_CPresumido, benefício concedido através da Resolução PROBAHIA nº 08/2011 — Crédito Presumido de 90% (noventa por cento), calculado na forma prevista no artigo 30, do Decreto nº 16.970/16, parte integrante do Auto de Infração, cópia entregue ao autuado

Período de ocorrência: janeiro a junho e setembro de 2021.

O autuado apresentou Defesa (fls.12 a 24). Reporta-se sobre a falta de transparência. Ausência de fundamentação.

Alega que o Auto de Infração é marcado pela obscuridade, pela falta de transparência, pela ausência de fundamentação, o que o torna ato administrativo nulo e contrário à lei, dado que incompreensível como chegou o autuante à base de cálculo que consta na autuação.

Diz que não se encontra na descrição da infração qualquer informação, mínima que fosse, a respeito do quanto de crédito foi efetivamente reconhecido e a explicação do porquê ou quais os critérios do cálculo não foram reconhecidos.

Salienta que como base legal, o Auto de Infração apenas se limita a dizer que o contribuinte não recolheu o valor correspondente a 10% do respectivo incentivo em favor do Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza, instituído pela Lei nº 7.988, de 21 de dezembro de 2001.

Pontua que é consabido que os atos administrativos têm que ser motivados, sob pena de nulidade, consoante imposição da Carta Magna, no seu artigo 92, inciso XI, da CF/88. Diz que também neste sentido estabelece a Lei 9.784/98 cuja redação reproduz. No mesmo sentido, invoca e reproduz ensinamentos de Mary Elbe Queiroz e Geraldo Ataliba.

Conclusivamente, diz que diante do exposto, considerando a ausência da devida fundamentação e motivação do Auto de Infração e consequente ofensa aos princípios do contraditório e ampla defesa, resta clara a nulidade do Auto de Infração.

Prosseguindo, consigna que caso não se reconheça a nulidade do Auto de Infração, o que admite apenas por argumentar, o crédito tributário apurado pelo autuante não merece prevalecer, haja vista que incompreensível o demonstrativo do débito exigido.

Alega que na tentativa de compreender a memória de cálculo utilizada pelo autuante, foi apenas possível identificar que, para calcular os valores a recolher em favor do Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza foram incorretamente deduzidos pelo autuante os valores das Devoluções de Vendas das mercadorias de fabricação própria.

Assevera que essa vedação está expressa no próprio benefício do Crédito Presumido concedido à empresa, de acordo com as resoluções que anexa, e que reproduz.

Sustenta que não deixou de recolher os valores devidos ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza nos meses objeto da autuação, calculado de acordo com as apurações que apresenta.

Conclusivamente, diz que desse modo, é injustificável a exigência de pagamento das diferenças apontadas na autuação, devendo ser cancelado o presente Auto de Infração.

Continuando, reporta-se sobre a multa imposta dizendo ser confiscatória.

Alega que a multa de 60% é desproporcional penalidade aplicada pela Fiscalização, sendo violenta afronta ao que dispõe a Constituição Federal de 1988, haja vista que, embora instituída como forma de inibir conduta infracional, as penalidades devem observar o princípio da razoabilidade e não caracterizar confisco, em face da proibição contida no artigo 150, inciso IV, da CF.

Ressalta que o princípio da vedação ao confisco em matéria tributária contempla, também, a multa fiscal decorrente de inadimplemento, pelo contribuinte, de suas obrigações tributárias, sejam elas principal ou acessórias, conforme já assente na jurisprudência do C. Supremo Tribunal Federal, conforme exemplos que apresenta.

Menciona que o entendimento da C. Suprema Corte é no sentido de que o princípio constitucional da vedação ao confisco, em matéria tributária, alcança, também, as multas de natureza fiscal, como o recente (sic) Acórdão unânime de sua Segunda Turma, proferido no julgamento, em 22/10/2013, do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 754.554-GO (DJe de 27/11/2013), cuja ementa reproduz.

Conclusivamente, diz que por tais motivos, caso seja considerado devido o imposto, o que admite apenas para efeito de argumentação, deve ser cancelada a multa imposta, por violação aos princípios constitucionais da razoabilidade e da vedação ao confisco, ou, no mínimo, reduzido o seu valor.

Finaliza a peça defensiva, requerendo a nulidade do Auto de Infração ou, no mérito, o seu

cancelamento.

O autuante prestou Informação Fiscal (fls.99 a 101). Registra que o demonstrativo sintético se encontra às fls. 07/08, impresso, e completo na mídia de fl. 11.

Observa que o autuado é beneficiário do Incentivo Fiscal do Crédito Presumido, conforme Resolução PROBAHIA Nº 08/2011, razão pela qual tem a obrigação de recolher o percentual de 10% a favor do Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza, instituído pela Lei nº 7.988/21.

Assinala que o Decreto nº 16.970/2016 que regulamenta a Lei nº 13.564/2016, define a forma de cálculo do FECEP, obedecido literalmente quando da elaboração que dá suporte ao lançamento.

Afirma que o autuado simplesmente “discorda” sem apresentar nenhuma prova, mediante números e sua correspondente memória de cálculo, quanto aos valores apurados na ação fiscal, tratando-se de uma impugnação com o fim meramente procrastinatório como se comprova da leitura das fls. 17 a 24.

Salienta que não é da sua competência discutir sobre a multa confiscatória aplicada na presente autuação, conforme arguido pelo autuado.

Afirma que os demonstrativos apresentados pelo autuado de fls. 32 a 73 já foram analisados no curso da ação fiscal e em nada se contrapõe ao entendimento manifestado no demonstrativo de fls. 07/08.

Finaliza a peça informativa opinando pela procedência do Auto de Infração.

VOTO

Versa o Auto de Infração em exame sobre conduta infracional imputada ao autuado decorrente de uso efetivo de incentivo fiscal e não recolhimento do valor correspondente a 10% do respectivo incentivo em favor do Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza, instituído pela Lei nº 7.988, de 21 de dezembro 2001.

Antes de tudo, considero necessário esclarecer que apesar de o autuante haver consignado no Auto de Infração que o autuado é beneficiário do Crédito Presumido de 90%, “benefício concedido através da Resolução PROBAHIA nº 08/2011,” na realidade, a referida Resolução quando estava para expirar foi prorrogada por mais 4 (quatro) meses mediante a Resolução nº. 14/2019 de 19/03/2019, não produzindo mais efeitos no final do referido período de quatro meses.

Ocorre que foi editada nova Resolução pelo Conselho Deliberativo do PROBAHIA, no caso a Resolução nº. 35/2019 de 18/06/2019, na qual o Crédito Presumido de 90% foi concedido, sendo esta, portanto, a Resolução vigente à época de ocorrência dos fatos de que cuida o presente Auto de Infração.

Inicialmente, cabe apreciar a preliminar de nulidade arguida pelo impugnante por obscuridade, falta de transparência e ausência de fundamentação, o que alega torna o ato administrativo nulo e contrário à lei, dado que incompreensível como chegou o autuante à base de cálculo que consta na autuação.

Conforme consta às fls. fl.14/15 dos autos, foram encaminhados ao Contribuinte, via DTe, os relatórios, demonstrativos e demais documentos inerentes à Auditoria Fiscal realizada.

A análise dos elementos que compõem o presente processo permite constatar que não há como prosperar a pretensão do autuado.

Isso porque, a descrição da conduta infracional do qual é acusado, claramente, permite constatar que se trata de fruição de benefício fiscal, no caso Crédito Presumido de 90%, por parte da empresa, contudo sem o devido recolhimento do valor correspondente a 10% do respectivo incentivo em favor do Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza-FUNCEP, instituído pela Lei nº 7.988, de 21 de dezembro 2001.

O registro adicional feito pelo autuante no campo do Auto de Infração referente à descrição da

infração esclarece: Conforme demonstrativo Ortobom_2021_CPresumido, benefício concedido através da Resolução PROBAHIA nº 08/2011 — Crédito Presumido de 90% (noventa por cento), calculado na forma prevista no artigo 3º, do Decreto nº 16.970/16, parte integrante do Auto de Infração, cópia entregue ao autuado. Ou seja, além da descrição da infração, a indicação do demonstrativo afasta a possibilidade de incompreensão da acusação fiscal, por ser possível identificar em que consiste a autuação. Inexiste, no presente caso, a alegada ausência da devida fundamentação e motivação do Auto de Infração, haja vista que presentes no ato de lançamento em questão.

Diante disso, não acolho a nulidade arguida pelo impugnante por obscuridade, falta de transparência e ausência de fundamentação do lançamento em lide.

Entretanto, vislumbro a impossibilidade de dar prosseguimento a lide, haja vista a existência de vício que inquina de nulidade o ato de lançamento em questão.

Isso porque, conforme estabelece o artigo 1º, da Lei nº. 13.564/16, para fruição dos benefícios e incentivos que resultem em redução do valor do ICMS a ser pago – como é o caso do Crédito Presumido do qual o autuado é beneficiário – existe uma condição indispensável de cumprimento, no caso a comprovação de depósito, em favor do FUNCEP, do valor correspondente a 10% do respectivo incentivo ou benefício. Veja-se:

“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”.

A simples leitura do dispositivo legal acima reproduzido permite constatar que o recolhimento ao FUNCEP pelo beneficiário – no caso do autuado do Crédito Presumido –, se constitui uma condição indispensável para que este possa usufruir dos incentivos e benefícios fiscais na forma concedida ao autuado pela Resolução n. 35/2019 do Conselho Deliberativo do PROBAHIA.

Verifica-se, portanto, que se trata de implemento de condição, haja vista que o atendimento da condição estabelecida na referida Lei nº. 13.564/16, ou seja, o recolhimento ao FUNCEP, em valor correspondente a 10% do valor do Crédito Presumido escriturado, habilita o contribuinte a usufruir dos benefícios e incentivos fiscais.

Vale observar que se porventura o beneficiário decidir não efetuar o recolhimento ao FUNCEP, automaticamente deixará de usufruir do benefício ou incentivo fiscal, cabendo à Fiscalização exigir o ICMS devido como se o contribuinte não fosse beneficiário, ou seja, exigir o ICMS, mas nunca o depósito ao FUNCEP de 10% (dez por cento) do valor da diferença entre o crédito presumido escriturado e o valor dos créditos fiscais renunciados, relativos às entradas vinculadas às saídas beneficiadas, como ocorre no presente caso.

Indubitavelmente, no presente caso, a autuação exige do contribuinte um valor que este não tem obrigação de adimplir.

O Decreto nº 16.970, de 19 de agosto de 2016, que regulamenta a referida Lei nº 13.564/16, entrou em vigor a partir de 01/09/2016 - tendo sido prorrogado seus efeitos até 31/12/2026, mediante o Decreto nº. 21.716 de 08/11/2022 -, define os procedimentos de cálculo e recolhimento do valor do depósito destinado ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza, sendo que no seu artigo 3º, dispõe que o valor a ser depositado em favor do referido Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza, instituído pela Lei nº 7.988, de 21 de dezembro de 2001, será de 10% (dez por cento) do valor da diferença entre o crédito presumido escriturado e o valor dos créditos fiscais renunciados, relativos às entradas vinculadas às saídas beneficiadas:

“Art. 3º Para os beneficiários dos créditos presumidos previstos no Decreto nº 6.734, de 09 de setembro de 1997, o valor 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 de 10% (dez por cento) do valor da diferença entre o crédito presumido escriturado e o valor dos créditos fiscais renunciados, relativos às entradas vinculadas às saídas beneficiadas”.

Portanto, no presente caso, a autuação contém vício que afeta a sua eficácia, haja vista que acusa o autuado de falta de recolhimento do valor correspondente a 10% do respectivo incentivo em favor do FUNCEP, quando inexistente previsão legal para que o Contribuinte efetue este recolhimento.

Na realidade, para que possa se habilitar à fruição do crédito presumido do qual é beneficiário, a condição indispensável é que Contribuinte efetue o depósito ao FUNCEP.

Trata-se, portanto, de implemento de condição, haja vista que o atendimento da condição estabelecida na Lei nº. 13.564/16, ou seja, o recolhimento ao FUNCEP, em valor correspondente a 10% do valor do Crédito Presumido escriturado, habilita o contribuinte à fruição dos benefícios e incentivos fiscais.

Assim sendo, cabia a Fiscalização exigir o ICMS que não foi recolhido, proporcionalmente à contribuição ao FUNCEP que efetivamente não foi depositada pelo Contribuinte, jamais o depósito ao FUNCEP, como ocorre no presente caso.

Diante do exposto, a infração é nula.

Com fundamento no art. 21 do RPAF/BA/99, recomendo a autoridade competente que analise a possibilidade de instauração de novo procedimento fiscal de modo a exigir o ICMS que não foi recolhido, proporcionalmente à contribuição ao FUNCEP que efetivamente não foi depositada pelo contribuinte.

Por certo que a insubsistência do Auto de Infração afasta, por consequência, a aplicação da multa, contudo em face à alegação defensiva de se tratar de multa com caráter confiscatório, cabe observar que referida multa está prevista no art. 42 da Lei n. 7.014/96, sendo vedado a este órgão julgador administrativo apreciar a inconstitucionalidade da norma, consoante o art. 167, I, do RPAF.

Voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **269096.0003/23-6**, lavrado contra **INDÚSTRIA BAIANA DE COLCHÕES E ESPUMAS LTDA.**

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 26 de fevereiro de 2024.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA – JULGADOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ – JULGADOR