

**A I Nº** - 130610.0002/07-6  
**AUTUADO** - TRM RESINAS TERMOPLÁSTICAS INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.  
**AUTUANTE** - EDMUNDO NEVES DA SILVA  
**ORIGEM** - INFAZ INDÚSTRIA  
**INTERNET** - 04.04.08

#### **4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

##### **ACORDÃO JJF Nº 0064-04/08**

**EMENTA: ICMS. 1. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS DESTINADAS AO CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Comprovado que parte do imposto exigido foi lançado no livro RAICMS. Diligência fiscal refez os demonstrativos o que resultou em redução do débito. Infração elidida em parte. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. DOCUMENTOS FISCAIS NÃO APRESENTADOS. Juntado com a defesa parte dos documentos não apresentados durante a fiscalização. Refeitos os demonstrativos originais. Infração elidida em parte. 2. PROGRAMA DESENVOLVE. a) RECOLHIMENTO FORA DO PRAZO DA PARCELA NÃO INCENTIVADA. PERDA DO BENEFÍCIO EM RELAÇÃO À PARCELA INCENTIVADA. Comprovado que o sujeito passivo efetuou Denúncia Espontânea. Sendo a denúncia espontânea a situação em que o contribuinte oferece as informações ao fisco de que cometeu alguma infração, e, ao mesmo tempo, solicita o pagamento via parcelamento, que é uma condição oferecida pelo ente tributante, nada mais razoável que a parcela dilatada fosse também incluída, naquele momento, inclusive a salvo de aplicação de multa por infração. Infração descaracterizada. b) LANÇADO E NÃO RECOLHIDO. A falta de recolhimento, na data regulamentar da parcela não sujeita a dilação de prazo implica na perda do direito ao benefício em relação à parcela incentivada. Infração subsistente. Não acolhida à arguição preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime relativo às infrações 1, 2 e 4. Decisão não unânime em relação à infração 3. Vencido o voto do Relator.**

#### **RELATÓRIO**

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 19/04/07, para exigir ICMS no valor de R\$5.408.648,82, acrescido das multas de 50% e 60%, em decorrência das seguintes irregularidades:

01. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquota internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento - R\$18.566,81;
02. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito - R\$219.007,13;

03. Recolheu a menos o ICMS em razão da falta de recolhimento, na data regulamentar da parcela não sujeita a dilação de prazo, perdendo o direito ao benefício em relação à parcela incentivada prevista no Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia (DESENVOLVE) - R\$4.978.633,59;
04. Deixou de recolher ICMS no prazo regulamentar, referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios - R\$192.441,29.

O autuado, na defesa apresentada às fls. 209 a 252, por meio de representante legalmente constituído, inicialmente tece comentário sobre as infrações imputadas e diz que reconhece em parte o seu cometimento, conforme passou a expor.

Com relação à infração 1, diz que reconheceu o valor de R\$10.851,19 e efetuou o seu pagamento, em relação ao montante exigido de R\$18.566,81, contestando em relação aos fatos geradores ocorridos em:

- 1) 31/03/05: afirma que o valor autuado não corresponde ao valor da diferença de alíquota devida no mês, conforme escriturado no livro de Apuração do ICMS (RAICMS), que apresenta entradas de bens e consumo de R\$540,00 e diferença de alíquota de R\$54,00 que foi corretamente lançado a débito do mencionado livro;
- 2) maio, agosto, outubro e dezembro/05 e janeiro, fevereiro, março, maio, junho, julho, agosto, outubro e novembro/06: afirma que os valores exigidos estão devidamente lançados no livro RAICMS, tendo em alguns meses ocorrido recolhimento a menos, conforme detalhou para cada mês às fls. 211 a 214.

Relativamente à segunda infração, em relação à acusação de que utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito, relacionou os valores exigidos por mês às fls. 214 a 223, tendo alegado que:

- a) diversos valores foram lançados indevidamente, tendo em vista que estão devidamente registrados no livro RAICMS, referentes a apropriação de créditos do ativo permanente, conforme cópia do livro CIAP;
- b) 31/05/05: o valor de R\$228,72, trata de estorno de débito de ICMS destacado indevidamente na nota fiscal de nº 131, por se tratar de ICMS diferido, relativo a operação de industrialização por encomenda, conforme documento à fl. 274;

O valor de R\$53.460,00 trata-se de estorno de anulação do lançamento do débito indevido do ICMS ocasionado por um erro no valor unitário do produto PEBD F 2523 da nota fiscal 146, cuja cópia foi acostada à fl. 317, tendo em vista que por equívoco foi multiplicado por dez vezes o valor correto, conforme demonstrado no documento à fl. 319, tendo em vista que consta preço de 4.660,00 por tonelada e por equívoco foi aplicado o preço de R\$40.000,00 por tonelada, quando o correto era R\$4.000,00.

- c) 30/06/05: além do valor de R\$77,80 que alegou ter sido corretamente trazido do CIAP (fls. 303 a 309), afirma que foi lançado indevidamente o valor de R\$360,97 que se trata de estorno de débito de ICMS destacado em nota fiscal de devolução de material de uso e consumo, cujo crédito fiscal não foi apropriado no momento da compra, de acordo com o documento à fl. 321.
- d) Idem o mesmo procedimento em 30/09/05, do valor de R\$73,78 que se trata de estorno de débito de ICMS destacado em nota fiscal de devolução de material de uso e consumo, cujo crédito fiscal não foi apropriado no momento da compra, de acordo com o documento à fl. 325.
- e) Idem o mesmo procedimento em 31/08/06, do valor de R\$2.796,62 que se trata de estorno de débito de ICMS destacado em notas fiscais complementares de ICMS destacado a menos no mês anterior, de acordo com o documento à fl. 295.
- f) 31/01/06: alega que o valor de R\$10.446,36 se trata de ICMS pago por substituição tributária relativo a serviço de transporte, conforme DAE e CTRC juntado às fls. 344 a 347; em 28/02/06, R\$8.253,82 (fls. 349 a 371); em 31/03/06, R\$16.905,13 (fls. 375 a 396); em 30/04/06, R\$9.020,74 (fls. 400

a 413); em 31/05/06, R\$3.660,34 (fls. 415 a 421); em 30/06/06, R\$12.307,78 (fls. 423 a 438); em 31/07/06, R\$8.004,38 (fls. 291/292); em 31/08/06, R\$6.861,14 (fls. 457 a 473); em 31/10/06, R\$12.991,28 (fls. 492 a 509); 30/11/06, R\$16.197,33 (fls. 511 a 535); em 31/12/06, R\$10.022,10 (fls. 537 a 549); em 31/01/07, R\$6.625,29, (fls. 550 a 565); em 28/02/07, R\$10.316,69 (fls. 567 a 581);

- g) 30/06/06: com relação ao valor de R\$3.600,00, afirma que trata-se de estorno de débito indevido relativo a erro no valor unitário do produto TRM 0024/NAT consignado na nota fiscal nº 1398, conforme demonstrado na nota fiscal 1405, que consta o mesmo produto como preço de R\$5.125,00 por tonelada, tendo equivocado-se ao aplicar o preço de R\$44.430,00 por tonelada quando o correto seria o valor de R\$4.430,00, conforme documentos juntados às fls. 440 e 442;

No tocante à infração 3, esclarece que é uma indústria fabricante de compostos termoplásticos, incentivada pelo Programa Desenvolve, de acordo com a Resolução 53/2004 de 08/10/04 e que vinha parcelando seus débitos tributários desde o início de 2005, honrando com suas obrigações tributárias, conforme documentos juntados às fls. 583 a 620.

Diz que o a presente autuação decorre da falta de recolhimento do ICMS da parcela incentivada, em função do não recolhimento na data regulamentar da parcela não sujeita a dilação de prazo. Ressalta que os valores do ICMS objeto da autuação correspondem ao valor do benefício fiscal de dilação de prazo previsto no programa DESENVOLVE, concedido ao autuado pela Res. 53/04.

Alega que o autuante não reconheceu os benefícios contemplados no mencionado Programa, por entender que tais benefícios foram suspensos automaticamente quando a empresa parcelou seus débitos tributários, os quais foram previamente autorizados pelas autoridades fazendárias.

Discorre sobre a Lei 7.980/01, que trata da aplicação do citado Programa, transcrevendo diversos artigos às fls. 225 a 229 e afirma que a citada Lei só estabeleceu uma única penalidade no seu art. 9º, que implica no cancelamento da autorização dos benefícios dos usuários do programa, salientando que “a Lei 7.980/01 não estabelece a penalidade de suspensão de benefícios fiscais”.

Feitas estas considerações preliminares, argumenta que ao exigir o ICMS por entender que a empresa perdeu o direito aos benefícios fiscais instituídos pelo DESENVOLVE, “contrariou o ordenamento jurídico pátrio, ferindo frontalmente os princípios constitucionais” (legalidade, hierarquia das normas, ampla defesa, devido processo legal, da segurança jurídica), o que no seu entendimento eiva de nulidade insanável o Auto de Infração.

Transcreve os artigos 97 e 99 do Código Tributário Nacional (CTN) e os artigos 41 e 48 da Lei 7.014/96, afirmando somente a Lei pode estabelecer penalidades às infrações tributárias e que no seu entendimento, o art. 9º da Lei 7.980/01, estabeleceu uma única penalidade aos detentores dos benefícios instituídos pelo DESENVOLVE e que nem esta Lei, nem a que trata do ICMS (7.014/96) prevêm a penalidade de suspensão de benefícios fiscais.

Ressalta que em dissonância com o ordenamento jurídico vigente, contrário ao CTN e a Lei Estadual do ICMS, foi editado o Dec. 8.205/02, regulamentando o programa DESENVOLVE, no qual o Poder Executivo criou uma nova infração – suspensão do benefício fiscal – o qual dá suporte a autuação, especificamente nos seus artigos 4º e 18, que transcreveu à fl. 232.

Nesse contexto, ressalta que se extraem os vícios insanáveis que eivam de nulidade o Auto de Infração, posto que aplica uma penalidade fiscal instituída por Decreto Executivo, não amparada pelas leis que dispõem sobre a matéria, mais especificamente o CTN, a Lei 7.014/96 que trata do ICMS Estadual e a Lei 7.980/01, que instituiu o programa DESENVOLVE.

Suscita a nulidade da infração 3, sob o argumento de que fere o princípio da legalidade, em virtude de que a imposição de penalidade é privativa de leis e não de decretos (art. 97, V do CTN), ficando os efeitos destes aos limites estabelecidos pela lei. Cita trechos publicados de autoria dos professores J. J. Gomes Canotilho, Hely Lopes Meireles, Clémerson Merlin Clève e Osvaldo Aranha de Melo, para reforçar o seu posicionamento. Ressalta que o decreto regulamentar não pode criar direito novo, nos termos do art. 5º da CF, que estabelece que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, não podendo o administrador

impor qualquer restrição ou obrigação senão em virtude da lei, conforme restringido pelo art. 99 do CTN, que transcreveu à fl. 235.

Ressalta que a CF prevê que a Administração Pública deve obedecer ao princípio da legalidade, o que significa fiel observância do Poder Executivo em editar decretos em consonância com as leis, nos termos do art. 84, IV da CF.

Cita parte de texto de autoria do professor Geraldo Ataliba; parte da IN/SRF 25/99; texto do Recurso Especial nº 665880/RS, cujo relator foi o Ministro Luiz Fux, com intuito de fundamentar o seu entendimento de que o Decreto não pode instituir penalidades não previstas em Lei.

Argumenta que nesta mesma linha de raciocínio, afirma que sendo o decreto uma norma inferior hierarquicamente à lei, o decreto não pode contrariar ou ir além do que ela permite, não podendo impor obrigações que a lei não preveja, destinando apenas a indicar os meios necessários para o cumprimento das obrigações impostas pela lei, transcrevendo à fl. 241, texto de autoria do professor Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, acerca do entendimento de que foi violado o princípio da hierarquia das normas.

Alega que no momento que efetivou a autuação, impondo a penalidade sem resguardar o direito ao devido processo legal, foi atropelado o princípio de ampla defesa previsto no art. 5, LIV e LV da CF, tendo em vista que no caso concreto, além de impor gravame sem a previsão legal (suspensão de benefício fiscal), foi feito sem que pudesse se defender de forma a demonstrar a inconsistência da imposição, tendo em vista que o art. 19 do Regulamento do Programa, que transcreveu à fl. 243, estabelece que o cancelamento de benefício se efetivará através de Resolução do Conselho Deliberativo do Programa Desenvolve com fundamento em parecer da Secretaria Executiva e que em nenhum momento teve cancelado os benefícios que lhe foram concedido, inclusive não ter participado do ato que resultou na imputação do gravame à empresa contribuinte. Ressalta que o ato de suspensão de benefício não tem validade, por ser privativa do plenário do Conselho Deliberativo do Programa Desenvolve, conforme estabelece o seu novo Regimento Interno instituído pela Res. nº 02 de 18/05/07, com efeitos a partir da data de sua publicação, conforme o art. 7º que transcreveu à fl. 244.

Argumenta sobre as ilegalidades contidas na autuação no que tange às normas e princípios constitucionais. Entende que foi violado o princípio da segurança jurídica, que possui conexão direta com os direitos fundamentais e outros princípios, como o do devido processo legal, do direito adquirido, entre outros. Transcreve parte de texto de autoria do professor Carlos Aurélio Mota de Souza, enfocando que compete apenas à lei instituir penalidades e a infração encontra-se fundamentada em norma inferior (decreto), o que gera uma insegurança jurídica em relação ao Estado.

Salienta que o princípio da legalidade estabelece que cabe à administração a prerrogativa de rever os seus próprios atos, anulando-os ou revogando-os quando constatado qualquer irregularidade ou inobservância à lei, conforme disposto nas Súmulas 346 e 473 do STJ. Transcreve parte de texto de autoria do administrativista Reis Friede e diversas decisões emanadas por Tribunais Superiores, por entender que diante da impertinência da autuação, deve ser aplicado o princípio da autotutela da administração pública, conforme previsto nos artigos, 113, 114 e 116-A do RPAF/99, que transcreveu às fls. 249 a 251. Requer que seja julgada improcedente esta infração, com base neste fundamento.

Com relação à infração 4, afirma que do valor exigido de R\$192.441,29 referente ao saldo devedor do mês de setembro/05, reconheceu o débito no valor de R\$38.488,26 que corresponde a parcela não dilatada, e que na mesma linha de raciocínio da infração anterior, não cabe o cancelamento do benefício estabelecido pela Res. 53/04 desconsiderando o valor da redução de 80% contemplada com dilação do prazo e requer a improcedência desta infração.

Por fim, requer a improcedência parcial da infração 1 e 4, com homologação dos valores já recolhidos e a improcedência total das infrações 2 e 3, com base nos fatos e motivos expostos.

O autuante, na sua informação fiscal às fls. 675 a 681, inicialmente esclarece que o autuado usufrui de benefícios fiscais do Programa DESENVOLVE, e que contesta apenas os itens da qual o impugnante se defendeu.

Com relação à infração 1, com referência ao fato gerador de 31/03/05, reconhece que assiste razão ao recorrente, restando devido o valor de R\$54,00, tendo em vista que se trata de aquisição de material de consumo, que não é contemplado no citado Programa.

Relativamente aos fatos geradores de maio, agosto, outubro/05 e janeiro e maio/06, afirma que está correto o procedimento fiscal, por se tratar de valores de compras de material de consumo compensados indevidamente no incentivo fiscal (DESENVOLVE), e requer sua procedência.

No tocante à infração 2, argumenta que os fatos geradores ocorridos em diversos meses no período de dezembro/04 a outubro/06, conforme relacionou à fl. 676, afirma que “Nestes itens (no que se refere a apropriação de crédito sobre o ativo imobilizado). O correto seria: recolher a diferença de alíquota, juntar ao crédito que vem na nota fiscal de aquisição do bem, dividir por 48 e ir usando 1/48. Mas isso não foi feito” e entende que está correta a autuação.

Relativo ao fato gerador de 31/05/05, afirma que o valor de:

- a) R\$77,80 foi usado indevidamente como apropriação de crédito do ativo imobilizado;
- b) R\$53.688,72 (R\$228,72 + R\$53.460,00) – refere-se a valores destacados em notas fiscais de saída que não podem ser compensados lançando diretamente no RAICMS;
- c) Os valores relativos a crédito de fretes devidamente comprovados de remessa de produtos são corretos, mas não foram apresentadas as primeiras vias, nem antes e nem junto com a defesa, motivo pelo qual não acata;
- d) Relativo aos fatos geradores de junho e setembro/05, refere-se a aquisição de material de consumo, motivo pelo qual não acata;

No que se refere à infração 3, esclarece que o autuado é fabricante de composto termoplástico, e usufrui dos incentivos do Programa Desenvolve, conforme Res. 53/04, e que desde o início de 2005, a empresa vem parcelando seus débitos, conforme demonstrativo à fl. 154, tendo recolhido no prazo devido, os meses de janeiro e fevereiro de 2005, não tendo recolhido daí por diante nenhum mês no prazo correto. Afirma, que tendo efetuado Denúncia Espontânea, só recolheu a parcela inicial, como pode ser observado no demonstrativo às fls. 122 e 123.

Com relação à inconstitucionalidade e ilegalidade invocadas pelo recorrente, afirma que quanto a primeira está fora de sua alçada e em relação à segunda, rebate dizendo que o procedimento fiscal está lastreado na legislação vigente, tendo em vista que aplicou o disposto no art. 18 do Dec. 8.205/02, em decorrência da empresa ter deixado de recolher as parcelas incentivadas, bem como não ter recolhido as parcelas que foram objeto de parcelamento (Denúncia Espontânea).

Ressalta que o benefício fiscal concedido ao autuado prevê a dilação do pagamento do ICMS em 80% em até seis anos, conforme Res. 53/04, tendo como objetivo principal gerar empregos, mediante pacto da Empresa e o Estado e não tendo o primeiro cumprido o que foi pactuado, entende que deve ser aplicada a penalidade prevista no art. 18 do Dec. 8.205/02, que transcreveu à fl. 679. Ressalta que o caput do citado artigo determina com clareza a perda dos direitos do incentivo fiscal, nos meses em que deixar de recolher o ICMS ou recolher em atraso, inclusive a suspensão da aplicação do benefício fiscal.

Argumenta que o fato de “ter efetuado parcelamento de todo o ICMS devido, pelo benefício fiscal, não exime do fato do recolhimento em atraso” por entender que só existe denúncia espontânea para parcelamento de débito de imposto que efetivamente está em atraso, ressaltando que o contribuinte só recolheu a parcela inicial.

Alega que ao contrário do que afirmou o autuado, relativo ao disposto no art. 9º da Lei 7.980/01, o art. 162 do Código Tributário do Estado da Bahia (Lei 3956/81), estabelece no art. 162, que os benefícios fiscais são disciplinados na forma regulamentar. Ressalta também, que o art. 12 da Lei

8.665/03, estabelece a possibilidade de perda de qualquer benefício fiscal ou financeiro, quando o contribuinte deixar de recolher ou recolher o ICMS em atraso.

Pondera que a defesa tenta confundir os julgadores procurando desconfigurar a possibilidade de suspensão do benefício fiscal, mas que estas obrigações são determinadas pelo regulamento, permitindo que o contribuinte permaneça usufruindo do benefício ou do seu cancelamento, retirando completamente o direito do benefício.

Com relação à quarta infração, afirma que a autuação refere-se ao valor do ICMS lançado e não recolhido, conforme escriturado à fl. 251.

Conclui requerendo a procedência total do AI, ressalvado os valores iniciais apontados.

No documento à fl. 688, o autuado confirmou o recebimento da informação fiscal (fl. 688) e manifestou-se às fls. 692 a 695, tendo juntando novos documentos e argumentos conforme passou a expor.

Com relação à infração 2, diz que o autuante argumentou que o correto seria recolher o ICMS da diferença de alíquota relativa aos bens adquiridos para o ativo imobilizado e fazer a apropriação mensal de 1/48, contesta dizendo que:

- 1) conforme disposto na Resolução 53/04, é diferido “o lançamento o pagamento do ICMS nas hipóteses de importação e aquisições de bens destinados ao ativo imobilizado, para o momento que ocorrer sua desincorporação”;
- 2) creditou-se apenas do valor do ICMS destacado na nota fiscal e que foi recolhido efetivamente na origem, motivo pelo qual não pagou e nem creditou-se do ICMS da diferença de alíquota;

Relativo ao fato gerador de 31/05/05, alega que a nota fiscal à fl. 319, demonstra que a nota fiscal indica valores equivocados e desproporcional;

No que se refere aos créditos fiscais destacados em CTRC, afirma que as primeiras vias foram apresentadas durante a ação fiscal, anexada a defesa e re-anexada nesta manifestação, devidamente autenticada.

No tocante à infração 3, contesta que o argumento do autuante de que teria recolhido apenas a primeira parcela dos processos em parcelamento. Afirma que os parcelamentos foram pagos na sua totalidade, conforme documentos juntados com a defesa (DAEs), não tendo ficado inadimplente em relação a nenhuma das parcelas contratadas.

Alega que os argumentos apresentados pelo autuante se inserem num contexto político, numa análise simplista e que os benefícios fiscais concedidos foram precedidos de uma análise de viabilidade técnica, econômica, financeira, resultante de uma decisão colegiada, com base em normas próprias e que não devem ser desconsideradas. Reitera os termos da defesa e pede improcedência do Auto de Infração.

A 4ª JJF converteu o processo em diligência (fls. 1039/40), para que o autuante em relação à:

Infração 1: intimasse o autuado para apresentar a Resolução 53/2004 e caso o contribuinte estivesse contemplado com o diferimento do ICMS na importação de bens destinados ao ativo imobilizado, refizesse o demonstrativo original fazendo a exclusão dos valores da diferença de alíquota que estivesse desonerado;

Infração 2: refizesse o demonstrativo original, contemplando os valores de créditos registrados no RAICMS que não se refiram a cotas de bens do ativo imobilizado transpostas do livro CIAP; estorno de débito relativo a devolução de material de uso/consumo; ICMS pago por substituição relativo a contrato de serviço de transporte, conforme DAEs juntados com a manifestação.

O autuante em atendimento a diligência, juntou novos demonstrativos relativos às infrações 1 e 2 à fl. 1044, afirmando que não ajustou o demonstrativo relativo ao fato gerador de 31/05/05 da infração 2, em razão do contribuinte não ter apresentado justificativa, remetendo para formação de decisão da lide as provas que viessem a ser juntadas ao processo.

A Inspetoria Fazendária intimou o autuado para tomar conhecimento do resultado da diligência (fl. 1049) e concedeu prazo de dez dias para se manifestar, o que não ocorreu no prazo legal.

**VOTO**

O autuado suscitou a nulidade da infração 3, sob o argumento de que fere o princípio da legalidade e da segurança jurídica, por entender que foi aplicada uma penalidade fiscal instituída por Decreto Executivo, não amparada por lei que dispõe sobre a matéria. Observo que o Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia (DESENVOLVE), instituído pela Lei 7.980/01 com objetivo de fomentar e diversificar a matriz industrial do Estado estabelece no seu art. 5º, que o estabelecimento enquadrado no Programa deve observar os procedimentos, para fins de apuração e recolhimento do ICMS apurado e declarado “na forma e prazos regulamentares”, e o art. 8º do citado diploma legal determina que o “Regulamento estabelecerá” os critérios e condições para enquadramento no Programa e fruição de seus benefícios. Logo, as regras estabelecidas no art. 18 do Dec. 8.205/02, não contraria o disposto na citada Lei e sim, disciplina procedimentos a serem observados para fruição dos benefícios previstos no Programa, conforme determina a Lei. Concluo que é legal a penalidade aplicada em consonância com o disposto no mencionado Decreto.

Também, a penalidade imposta não se enquadra na previsão contida no art. 19 do Regulamento do Programa, tendo em vista que o mencionado dispositivo trata de ato de cancelamento do benefício previsto no programa DESENVOLVE, fato que não ocorreu neste processo e sim a suspensão do benefício fiscal em conformidade com a previsão regulamentar.

No mérito, o Auto de Infração acusa a falta de recolhimento do ICMS da diferença de alíquota, na aquisição de mercadorias destinadas a consumo do estabelecimento; utilização indevida de crédito fiscal, sem a apresentação do competente documento comprobatório; recolhimento a menos do imposto referente à parcela não sujeita a dilação de prazo (DESENVOLVE) e pela falta de recolhimento do ICMS no prazo regulamentar de operações regularmente escrituradas.

Com relação à infração 1, na defesa inicial o autuado reconheceu o valor de R\$10.851,19 e alegou que parte do valor exigido não corresponde ao valor da diferença de alíquota devida escriturado no livro de RAICMS (março/03), bem como que diversos valores relacionados nos demonstrativos elaborados pela fiscalização estavam devidamente lançados no livro RAICMS (maio, agosto, outubro e dezembro/05 e janeiro, fevereiro, março, maio, junho, julho, agosto, outubro e novembro/06), admitindo ter recolhido a menos o imposto em determinados meses (fls. 211 a 214).

Na primeira informação fiscal, o autuante reconheceu a improcedência parcial de R\$278,00 relativo aos fatos geradores de 31/03/05 e indicou como valor remanescente naquela data o valor de R\$54,00.

Em atendimento a diligência determinada pelo CONSEF o autuante refez o demonstrativo de débito original e apresentou novo demonstrativo à fl. 1044. O autuado foi cientificado do resultado da diligência e não se manifestou no prazo concedido, o que implica no reconhecimento do resultado apresentado pelo diligente. Pelo exposto, acato o mencionado demonstrativo, conforme resumo abaixo e considero devido o valor de R\$14.248,85, conforme demonstrativo abaixo, ficando excluído (zerado) os valores relativos aos meses de abril, agosto, outubro e dezembro/05 e também os valores referentes aos meses de fevereiro, julho, outubro e novembro/05, de acordo com o demonstrativo juntado pelo autuante à fl. 1044. Infração elidida em parte.

Data Ocorr	Data Venc	Base de Cálculo	Aliq %	Multa %	ICMS devido	Fl.
31/01/05	09/02/05	30.614,47	17,00	60,00	5.204,46	1044
28/02/05	09/03/05	16.304,29	17,00	60,00	2.771,73	1044
31/03/05	09/04/05	317,65	17,00	60,00	54,00	1044
30/04/05	09/05/05	1.952,94	17,00	60,00	332,00	1044
31/01/06	09/02/06	1.558,82	17,00	60,00	265,00	1044
31/03/06	09/04/06	13.400,00	17,00	60,00	2.278,00	1044
31/05/06	09/06/06	10.733,65	17,00	60,00	1.824,72	1044

30/06/06	09/07/06	6.013,53	17,00	60,00	1.022,30	1044
31/08/06	09/09/06	2.921,41	17,00	60,00	496,64	1044
Total					14.248,85	

No tocante à segunda infração, o impugnante juntou com a defesa diversos documentos para tentar provar que eram regulares os documentos fiscais cujos créditos do ICMS foram escriturados, conforme relacionado às fls. 214 a 223, e documentos juntados às fls. 274 a 442.

Em atendimento a diligência determinada pelo CONSEF, o diligente refez o demonstrativo original, fazendo a exclusão dos valores que foram comprovados, tendo acostado novo demonstrativo de débito ao processo (fl. 1.044). Saliento que na segunda informação fiscal o autuante ressaltou que não fez qualquer alteração no valor exigido relativo ao fato gerador de 31/05/05, porque “o contribuinte não apresentou uma justificativa isenta de dúvida”. O autuado foi intimado para tomar conhecimento da informação fiscal e do novo demonstrativo de débito juntado pelo autuante com a diligência, porém, até a data do julgamento não se manifestou, o que implica tacitamente ter aceitado seu resultado. Dessa forma, acato o demonstrativo à fl. 1044 e considero devido o valor de R\$70.288,23 que reproduzo abaixo.

Data Ocorr	Data Vencido	Base de Cálculo	Aliq %	Multa %	ICMS devido	Fl.
31/12/04	09/01/05	132,88	17,00	60,00	22,59	1044
31/01/05	09/02/05	132,88	17,00	60,00	22,59	1044
31/05/05	09/06/05	316.273,65	17,00	60,00	53.766,52	1044
31/01/06	09/02/06	2.629,41	17,00	60,00	447,00	1044
30/06/06	09/07/06	21.176,47	17,00	60,00	3.600,00	1044
31/07/06	09/08/06	47.494,76	17,00	60,00	8.074,11	1044
31/08/06	09/09/06	19.324,82	17,00	60,00	3.285,22	1044
30/09/06	09/10/06	3.421,18	17,00	60,00	581,60	1044
31/10/06	09/11/06	2.874,12	17,00	60,00	488,60	1044
Total					70.288,23	

Quanto à infração 3, o contribuinte fabricante de compostos termoplásticos, foi acusado de não recolher a parcela incentivada do ICMS prevista no Programa Desenvolve, em decorrência da perda do benefício, por ter recolhido a parcela não incentivada fora do prazo.

Na defesa apresentada, o autuado apresentou os seguintes argumentos defensivos:

- a) que parcelou seus débitos tributários relativo ao período fiscalizado, e
- b) que a Lei 7.980/01, que trata da aplicação do programa DESENVOLVE, estabeleceu uma única penalidade prevista no art. 9º (cancelamento), que não prevê suspensão de benefícios fiscais e o disposto nos artigos 4º e 18 do Dec. 8.205/02, regulamentando o programa DESENVOLVE, contraria o ordenamento jurídico.

Conforme apreciado nas preliminares de nulidade, o Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia (DESENVOLVE), instituído pela Lei 7.980/01 tem como objetivo fomentar e diversificar a matriz industrial do Estado. O art. 5º da mencionada Lei estabelece que o contribuinte enquadrado no mencionado Programa deve obedecer aos procedimentos, para fins de apuração e recolhimento do ICMS apurado e declarado “na forma e prazos regulamentares”, e o art. 8º do citado diploma legal determina que o “Regulamento estabelecerá” os critérios e condições para enquadramento no Programa e fruição de seus benefícios.

O artigo 18 do Decreto Estadual nº 8.205/2002, que regulamenta o Programa DESENVOLVE, abaixo transcrito, com as redações aplicáveis da norma legal estabelece:

Até 10/08/2005, vigorava a seguinte redação:

Art. 18. A empresa habilitada que atrasar ou deixar de recolher o ICMS ao Tesouro do Estado, por 03 (três) meses consecutivos, ou 06 (seis) meses alternados, terá automaticamente suspenso o incentivo.



*Parágrafo único. A empresa voltará a gozar do financiamento após a regularização total das obrigações vencidas, não tendo direito, entretanto, ao benefício relativo àquelas parcelas correspondentes aos meses em que realizou o pagamento com atraso.*

A partir de 11/08/2005 a redação passou a ser:

Art. 18. A empresa habilitada que não recolher ao Tesouro do Estrado, 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.

§ 1º Caso o atraso ocorra por 03 (três) meses consecutivos ou 06 (seis) meses alternados, o incentivo será automaticamente suspenso.

§ 2º A empresa que tiver o benefício suspenso, somente voltará a gozar do incentivo após a regularização total das obrigações de que trata o caput deste artigo.

Pela análise dos elementos constantes do processo verifiko que pelo confronto do demonstrativo juntado pelo autuante às fls. 154, 156 e 157 com os documentos juntados pelo impugnante às fls. 928 a 1037, verifiko que todas as parcelas não incentivadas foram recolhidas fora do prazo, conforme, a exemplo do mês de março/05, vencido em 09/04/05 e recolhido em 27/04/05, conforme documento acostado pelo recorrente à fl. 928. Da mesma forma, o ICMS relativo ao mês de maio/05, foi objeto de pedido de parcelamento, conforme documento à fl. 932, cuja parcela inicial foi recolhida em 28/06/05 (fl. 935). A análise vale para todos os demais valores relativos aos meses indicados na infração 3, que foram recolhidos em atraso ou foi parcelado.

Conforme disposto no art. 18 do Dec. 8.205/02, com redação vigente até 10/08/05, a empresa habilitada que atrasasse ou deixasse de recolher o ICMS por três meses consecutivos, ou seis meses alternados, ficaria automaticamente suspenso o incentivo previsto no Programa DESENVOLVE, fato que ocorreu em relação aos meses de março, abril, maio e julho/05 e conforme disposto no parágrafo único do mesmo artigo, a empresa só voltaria a gozar do financiamento após a regularização total das obrigações vencidas, não tendo direito ao benefício relativo às parcelas correspondentes aos meses em que realizou o pagamento com atraso. Logo, pela análise dos fatos, a empresa infringiu o citado dispositivo e com isso, perdeu o direito da dilação das parcelas incentivadas previstas no mencionado Programa, estando correta a exigência fiscal.

Com relação às parcelas relativas ao período de agosto/05 a fevereiro/07, de acordo com a redação instituída do art. 18 pelo Decreto nº 9.513, de 10/08/05, a empresa habilitada que não recolhesse na data regulamentar, a parcela do ICMS não sujeita à dilação de prazo, perderia o direito ao benefício em relação à parcela incentivada naquele mês e conforme previsto no § 2º do mesmo artigo, somente voltará a gozar do incentivo após a regularização total das obrigações. Conforme indicado no demonstrativo às fls. 154 a 157, confrontado com os documentos juntados pelo impugnante às fls. 945 a 1037, só houve recolhimento no prazo correto das parcelas vencidas em 09/09/05 e 09/08/06, tendo as demais parcelas sido recolhidas fora do prazo ou parceladas mediante Denúncia Espontânea.

Pelo acima exposto, conforme disposto no art. 18 do Dec. 8.205/02, ao recolher as parcelas incentivadas fora do prazo, o estabelecimento autuado perdeu o direito a dilação dos prazos para recolhimento das parcelas incentivadas e de acordo com o mencionado dispositivo e diploma legal, só pode voltar a usufruir dos benefícios instituídos para o Programa DESENVOLVE após a regularização total das suas obrigações, fato que não ocorreu no período fiscalizado.

Com relação ao argumento de que a exigência fiscal não se enquadra na previsão contida no art. 19 do Regulamento do Programa, instituído pela Lei 7.980/01, não pode ser acatada, tendo em vista que o mencionado dispositivo trata de ato de cancelamento do benefício previsto no programa DESENVOLVE, fato que não ocorreu neste processo e sim aplicada a penalidade de suspensão do benefício prevista na regulamentação do Programa, conforme anteriormente apreciado.

Concluo que em se tratando de concessão de benefício fiscal, a dilação de prazo, como norma de exceção, no plano da incidência do tributo, deve ser aplicada de forma restrita à previsão da lei e extensivamente à sua regulamentação. Infração subsistente.

No tocante à infração 4, que trata da exigência da parcela incentivada com dilação do prazo e também da parcela não incentivada totalizando R\$192.441,29 relativo ao saldo devedor do mês de setembro/05, na defesa apresentada o autuado reconheceu o débito no valor de R\$38.488,26 que corresponde a parcela não dilatada, e contestou a diferença relativa a parcela dilatada. Da mesma forma que foi apreciada na infração 3, conforme disposto no art. 18 do Dec. 8.205/02, não tendo recolhido a parcela não incentivada relativo àquele mês, a empresa, perdeu o direito de usufruir do benefício fiscal previsto relativo à parcela incentivada no mesmo mês, estando correta a exigência fiscal tanto da parcela dilatada, como da não dilatada. Infração mantida.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

### **VOTO VENCEDOR RELATIVO À INFRAÇÃO 3**

Quanto à infração 03, sem adentrar no exame do Decreto Executivo nº 8.205/2002, haja vista que foge da competência dos órgãos julgadores a declaração de inconstitucionalidade de lei ou de atos normativos, a teor do art. 167, I do RPAF/99, passo a analisar o mérito da autuação.

A empresa autuada, indústria fabricante de compostos termoplásticos, incentivada pelo Programa Desenvolve, de acordo com a Resolução 53/2004 de 08/10/2004, em decorrência de necessidade financeira, dirigiu-se à Inspetoria Fazendária de sua circunscrição, efetuou Denúncia Espontânea e mediante autorização da autoridade fiscal, o Inspetor Fazendário, recebeu autorização para parcelar seu recolhimento de ICMS, referente à parcela não dilatada. Fato ocorrido nos meses de março, maio, e nos demais meses indicados na infração 03.

Deste modo, constato que todo o procedimento do contribuinte foi acompanhado pela inspetoria fazendária, que estava ciente da falta de recolhimento no vencimento, das parcelas com prazo de recolhimento não dilatado.

A administração Pública está adstrita ao princípio da segurança jurídica, que deve nortear as relações com os seus administrados, principalmente no âmbito tributário, em que vige o princípio da legalidade e da tipicidade cerrada. Daquele primeiro princípio decorre a lealdade que deve nortear os atos da administração em relação aos administrados, em todos os campos de atuação.

Estando o Programa Desenvolve alicerçado no espírito de desenvolvimento regional, visando a atração de novas indústrias para o Estado da Bahia, por meio de incentivos fiscais, a certeza do direito e a segurança jurídica funcionam como verdadeiras garantias para o contribuinte que aqui veio instalar seu negócio.

Como salientou o ilustre Relator, “Pela análise dos elementos constantes do processo verifico que pelo confronto do demonstrativo juntado pelo autuante às fls. 154, 156 e 157 com os documentos juntados pelo impugnante às fls. 928 a 1037, verifico que todas as parcelas não incentivadas foram recolhidas fora do prazo, conforme, a exemplo do mês de março/05, vencido em 09/04/05 e recolhido em 27/04/05, conforme documento acostado pelo recorrente à fl. 928. Da mesma forma, o ICMS relativo ao mês de maio/05, foi objeto de pedido de parcelamento, conforme documento à fl. 932, cuja parcela inicial foi recolhida em 28/06/05 (fl. 935). A análise vale para todos os demais valores relativos aos meses indicados na infração 3, que foram recolhidos em atraso ou foi parcelado.”

Assim, embora tenha ocorrido atraso no pagamento das parcelas não dilatadas, a Inspetoria Fazendária estava ciente, acatou os pedidos de parcelamento efetuados pelo contribuinte, e para que o princípio da segurança jurídica fosse salvaguardado, entendendo que deveria ter exigido que a parcela dilatada, que o contribuinte teria perdido o direito ao prazo, fosse incluída no parcelamento, ou seja, desde aquele momento, deveria ter sido cientificada a empresa da sanção a que estava sujeita, a perda do benefício previsto no programa Desenvolve. Ocorrido os parcelamentos e os pagamentos dele decorrentes, o sujeito passivo tornou-se cumpridor com suas obrigações tributárias, não figurando como inadimplente.

Sendo a denúncia espontânea a situação em que o contribuinte oferece as informações ao fisco de que cometeu alguma infração, e ao mesmo tempo solicita o pagamento por parcelamento, que é uma condição oferecida pelo ente tributante, nada mais razoável que a parcela dilatada fosse também incluída, naquele momento, inclusive a salvo de aplicação de multa por infração.

Quando o sujeito passivo denuncia a infração e pede o parcelamento, a autoridade administrativa verifica que possui ou não todos os requisitos para deferi-lo.

Ademais, os prazos e os valores concedidos nos parcelamentos foram fielmente cumpridos pelo autuado, e em nenhum momento ficou caracterizada a má-fé da empresa, que, a contrario sensu, de imediato, procurou a Repartição Fazendária, buscando uma solução para suas pendências tributárias, ao tempo em que cumpriu com suas obrigações acessórias, registrando no livro RAICMS, no campo 14, o valor da parcela do ICMS com prazo de pagamento dilatado.

Diante dessas explicações, voto pela Improcedência da autuação, em relação à terceira infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **130610.0002/07-6**, lavrado contra **TRM RESINAS TERMOPLÁSTICAS INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 276.978,37**, acrescido das multas de 50% sobre R\$192.441,29 e 60% sobre R\$84.537,08, previstas no art. 42, I, “a”, II, “f” e VII, “a”, da Lei n.º 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, I, “a”, 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/99, com efeitos a partir de 10/10/00.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de março de 2008.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – RELATOR/PRESIDENTE

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – JULGADORA/VOTO VENCEDOR (INFRAÇÃO 3)

FRANCISCO ATANÁSIO DE SANTANA – JULGADOR