

A. I. N° - 146528.0032/11-6
AUTUADO - ITAZUL INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PRODUTOS DE LIMPEZA LTDA.
AUTUANTE - JOILSON JOÃO LAGE DE MAGALHÃES
ORIGEM - INFAS INDÚSTRIA
INTERNET - 26.09.2012

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0215-02/12

EMENTA: ICMS. 1. PROGRAMA DESENVOLVE. FALTA DE RECOLHIMENTO DA PARCELA NÃO ALCANÇADA PELO PRAZO DA DILAÇÃO. PERDA DO BENEFÍCIO EM RELAÇÃO À PARCELA INCENTIVADA. Restou comprovado o não recolhimento no prazo regulamentar da parcela não incentivada o que culminou na perda do direito relativo à parcela sujeita a dilação do prazo, nos referido meses. 2. IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO. Infração caracterizada. Rejeitadas as alegações de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração foi lavrado em 19/09/2011, para constituir o crédito tributário no valor de R\$492.755,84, em razão de:

Infração 01 – Recolheu a menos o ICMS, no valor de R\$399.386,41, 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. Em vista de não ter recolhido a parcela do ICMS não sujeita à dilação, glosou-se a parcela do incentivo fiscal do Desenvolve, da qual abateu-se os valores recolhidos a título de antecipação, sob o código de receita 2167. Conforme Anexo I – Demonstrativo PERDAS DA PARCELA INCENTIVADA MENSAL, EM CONFORMIDADE COM O ART. 18, do Dec. 8.205/2002, na redação do Decreto nº 9.513/2005.

Infração 02 – Deixou de recolher o ICMS, no valor de R\$93.369,43, nos prazos regulamentares o imposto declarado em DMA – Declaração e Apuração Mensal do ICMS. Conforme Anexo II- Demonstrativo de ICMS LANÇADO E NÃO RECOLHIDO. Os valores também estão corroborados pela DPD – Declaração do Programa Desenvolve.

O autuado às folhas 161 a 175 impugnou o lançamento tributário, arguindo de nulidade da infração 01, alegando que a jurisprudência deste CONSEF é de que o Auditor Fiscal não possui atribuição funcional para determinar a perda do Benefício do Desenvolve em relação à parcela incentivada. Entende que a competência exclusiva para decretação da perda do benefício é do Conselho Deliberativo do Desenvolve, não cabendo tal atribuição ao Auditor Fiscal, conforme art. 18 do Decreto nº 8.205/02.

Nesse sentido, complementa que a Fiscalização não poderia determinar, por ato próprio, a perda do benefício do DESENVOLVE, cobrando o ICMS integralmente da impugnante. Deveria, em verdade, representar ao Conselho Deliberativo informando fato supostamente ensejador da perda do benefício. Só após a eventual decretação da perda do benefício pelo Conselho Deliberativo poderia a Auditoria Fiscal lançar o ICMS eventualmente devido, cobrado pelo regime normal.

Traz, para tanto, decisão do CONSEF, relativo ao AI n° 207090.0005/06-0, *in verbis*:

“2ª CAMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0351-12/08

EMENTA: ICMS. BENEFÍCIO FISCAL. PROGRAMA DESENVOLVE. a) **ERRO NA DETERMINAÇÃO DOS VALORES DO IMPOSTO. RECOLHIMENTO A MENOS.** Infração caracterizada. Mantida a Decisão recorrida. b) **PERDA DO DIREITO EM RELAÇÃO À PARCELA INCENTIVADA.** É da competência exclusiva do Conselho Deliberativo do DESENVOLVE a decretação da perda do direito ao incentivo fiscal concedido por meio de suas Resoluções. Por falta de competência, a decretação pela autuante da perda do direito ao incentivo fiscal é nula, nos termos do art. 18, inc. I, do RPAF/99 e, em consequência, é nula a infração. Modificada a Decisão recorrida. c) **RECOLHIMENTO A MENOS EM RAZÃO DE ERRO NA DETERMINAÇÃO DA PARCELA SUJEITA A DILAÇÃO DE PRAZO.** A autuante acata alegações defensivas e refaz os cálculos reduzindo o valor do débito exigido. Infração parcialmente procedente. Mantida a Decisão recorrida. 2. **SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES INTERNAS.** a) **FALTA DE RETENÇÃO E DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO.** As atividades econômicas exercidas pelos adquirentes indicam a obrigatoriedade de retenção e recolhimento do imposto pelo autuado, na condição de sujeito passivo por substituição. Excluída da exigência parcela consignada no demonstrativo de débito do Auto de Infração que não consta no levantamento fiscal. Infração parcialmente procedente. Mantida a Decisão recorrida. b) **RETENÇÃO E RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO.** O valor reclamado foi reduzido em decorrência de ajustes realizados pela autuante ao acatar as alegações defensivas. Infração parcialmente subsistente. Mantida a Decisão recorrida. 3. **NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA.** É nulo o procedimento que implique cerceamento de defesa. Intimação apresentada ao contribuinte contendo erro de indicação quanto ao exercício exigido. Infração nula. Mantida a Decisão recorrida. 4. **BASE DE CÁLCULO. ERRO NA DETERMINAÇÃO. FALTA DE INCLUSÃO DO IPI. OPERAÇÕES DESTINADAS À EMPRESAS DE CONSTRUÇÃO CIVIL.** Caracterizado que as empresas destinatárias não desenvolvem atividades sujeitas à tributação do ICMS. Infração subsistente. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Incompetência do órgão julgador administrativo para declarar inconstitucionalidade na legislação tributária estadual. Mantida a Decisão recorrida. Recurso de Ofício NÃO PROVIDO. Decisão unânime. **Recurso Voluntário PARCIALMENTE PROVIDO.** Decisão não unânime quanto ao item 2.

Destaca que, na oportunidade, o ilustre Relator do voto Vencedor em relação à infração 02, Dr. Álvaro Barreto Vieira, esclareceu que:

"Não obstante a excelente qualidade do voto proferido pelo ilustre conselheiro relator, divirjo do seu posicionamento quanto à Infração 2. Inicialmente, ultrapasso a questão da aplicabilidade retroativa de modificações introduzidas pelo Decreto nº 9.513/08, pois entendo que a redação original do art. 18 do Decreto nº 8.205/02 já previa a perda dos incentivos fiscais previstos no DESENVOLVE, quando ocorresse o atraso ou a falta de recolhimento do ICMS por três meses consecutivos ou seis meses alternados. Dessa forma, não há razão para a nulidade da autuação com base nesse argumento, todavia, no meu entendimento, há um vício procedural que acarreta a nulidade da infração em tela, conforme passo a demonstrar. Consta na acusação (fl. 2) e nos demonstrativos que acompanham o Auto de Infração (fls. 72 e 73) que o imposto foi apurado tomando por base a "perda do benefício fiscal" a que o autuado, ora recorrente, tinha sido habilitado pela Resolução nº 23/2004 do Conselho Deliberativo do DESENVOLVE.

O cancelamento a que ser reporta o § 1º do art. 18 do Decreto nº 8.205/02 não pode ser aplicado pelos auditores fiscais da Secretaria da Fazenda, pois o cancelamento do citado benefício fiscal é da competência exclusiva do Conselho Deliberativo do DESENVOLVE. Esse entendimento é corroborado pelo disposto no § 1º do artigo 18 do Decreto nº 8.205/02, com a redação vigente à época dos fatos, que determina ser o cancelamento do incentivo fiscal um ato reservado ao Conselho Deliberativo do DESENVOLVE. Dessa forma, por falta de competência para tanto, não poderia a autuante decretar a perda do referido benefício fiscal.

Ao decretar a "perda do benefício fiscal" a que o recorrente fazia jus, a autuante praticou um ato que extrapolava a sua competência, o que acarreta a nulidade da infração 2, nos termos do disposto no art. 18, inc. I, do RPAF/99.

Quanto aos demais itens do Recurso Voluntário, acompanho o voto proferido pelo ilustre relator. Voto, portanto, pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, para modificar Apesar de decidir pela nulidade da infração 2, ressalto que a autuante no demonstrativo de fl. 72 apurou a ocorrência de recolhimentos de ICMS a menos no período de setembro de 2005 a outubro de 2006. Desse modo, nos termos do art. 156 do RPAF/99, represento à autoridade competente para que seja instaurada nova ação fiscal visando a cobrar o imposto que foi apurado à fl. 72.

Por fim, ressalto que não há superposição de cobrança entre a infração 1 e 2, conforme alegado pelo recorrente, uma vez que os valores cobrados nessas duas infrações são referentes a períodos distintos. Também indefiro a diligência solicitada pelo recorrente, pois considero que os elementos existentes nos autos já são suficientes para o deslinde das questões.

Quanto aos demais itens do Recurso Voluntário, acompanho o voto proferido pelo ilustre relator. Voto, portanto, pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, para modificar a Decisão recorrida e julgar NULA a infração 2, mantendo inalterados os demais itens da Decisão recorrida."

Ressalta que os artigos 18 e 19 do Decreto nº 8.205/02, citados pelo Ilustre Relator, guardam a seguinte redação:

"Art. 18. A empresa habilitada que não recolher ao Tesouro do Estado, na data regulamentar, a parcela do ICMS não sujeita à dilação de prazo, perderá o direito ao benefício em relação à parcela incentivada naquele mês.

Art. 19. Implicará cancelamento da autorização para uso dos incentivos do Programa:

I - a ocorrência de infração que se caracterize como crime contra a ordem tributária.

II - inobservância de qualquer das exigências para a habilitação do estabelecimento ao Programa, durante o período de sua fruição.

§ 1º O cancelamento da autorização, nos termos deste artigo implicará no vencimento integral e imediato de todas as parcelas vincendas do imposto incentivado pelo Programa, com os acréscimos legais;

§ 2º O cancelamento a que se reporta este artigo dar-se-á por Resolução do Conselho Deliberativo com fundamento em parecer da Secretaria Executiva."

Reitera que a perda do benefício é ato reservado ao Conselho Deliberativo do DESENVOLVE, na forma do entendimento proclamado pela 2ª Câmara de Julgamento Fiscal. Ressalta que o Superintendente de Administração Tributária da SEFAZ/BA, visando disciplinar os procedimentos na fiscalização de empresas habilitadas ao Programa DESENVOLVE, expediu a INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 047/2011, ratificando, integralmente, os argumentos expendidos pela defesa, e corroborados pelo CONSEF/BA, acerca da ausência de competência funcional dos prepostos fiscais da SEFAZ para determinar a perda do benefício, transcreveu:

"1 - Na fiscalização de empresas habilitadas ao Programa DESENVOLVE deverá ser observado:

1.1 - o atendimento dos termos constantes no projeto que serviu de base para habilitação do contribuinte ao programa de incentivos fiscais;

1.2 - a observância da resolução expedida pelo Conselho Deliberativo do Programa DESENVOLVE;

1.3 - o cumprimento da legislação tributária relativa à apuração do benefício fiscal;

1.4 - o cumprimento das obrigações tributárias relativas às operações ou prestações não incentivadas.

2 - Constatado que os termos do projeto não foram atendidos pelo contribuinte beneficiário do Programa DESENVOLVE, o preposto fiscal deverá circunstanciar os fatos, reunir as provas e encaminhar, através do titular da sua repartição fiscal, relatório de auditoria ao Superintendente de Administração Tributária para imediato encaminhamento de denúncia à Secretaria Executiva do Conselho Deliberativo do DESENVOLVE.

3 - O envio da denúncia à Secretaria Executiva do Conselho Deliberativo do DESENVOLVE, conforme previsto no item 2, não impede a continuidade da ação fiscal para verificação da observância dos termos da resolução e do cumprimento da legislação tributária em relação à apuração do benefício fiscal, CONSIDERANDO O CONTRIBUINTE COMO ENQUADRADO NO PROGRAMA DESENVOLVE, bem como para verificação do cumprimento das obrigações tributárias principais e acessórias relativas às operações ou prestações não incentivadas do contribuinte.

4 - Na hipótese de cancelamento da autorização para utilização dos incentivos fiscais, nos termos do § 2º do art. 19 do Regulamento do Programa DESENVOLVE, aprovado pelo Decreto nº. 8.205, de 03 de abril de 2002, nova ação fiscal deverá ser iniciada para cobrança do imposto não recolhido ao Erário Estadual em virtude da fruição indevida dos benefícios fiscais.

5 - Os órgãos de planejamento, programação e execução da fiscalização deverão, tratando-se de contribuinte beneficiário do Programa DESENVOLVE, manter as auditorias fiscais atualizadas em, no mínimo, dois exercícios anteriores ao vigente.

6 - Esta Instrução Normativa entrará em vigor na data de sua publicação." (g. n.)

Frisa que, pela leitura dos dispositivos acima transcritos, é possível extrair, com clareza que, em momento algum, foi atribuída aos Auditores Fiscais a competência para decretar perda do desenvolve, muito menos para realizar a cobrança integral e direta do ICMS em razão da fruição

indevida do referido benefício. Aduz que o procedimento é diverso, podendo ser resumido da seguinte forma:

- a) Verificar se os termos do projeto estão sendo atendidos pelo contribuinte beneficiário do Programa DESENVOLVE;
- b) Caso não estejam sendo atendidos, adotar as medidas cabíveis ao encaminhamento de denúncia à Secretaria Executiva do Conselho Deliberativo do DESENVOLVE;
- c) Da continuidade com a ação fiscal para:
 - c.1) verificar a observância dos termos da resolução e do cumprimento da legislação tributária em relação à apuração do benefício fiscal, considerando o contribuinte como enquadrado no Programa DESENVOLVE, como por exemplo, verificar se o contribuinte está recolhendo regularmente o ICMS relativo à parcela não sujeita a dilação de prazo, se está recolhendo as parcelas relativas à parte incentivada, etc., realizando, assim, eventuais cobranças das diferenças apuradas;
 - c.2) verificar o cumprimento das obrigações tributárias principal e acessórias relativas a outras operações ou prestações não incentivadas do contribuinte;
- d) Caso a denúncia de descumprimento dos termos do Programa seja acatada pela Secretaria Executiva do Conselho Deliberativo do DESENVOLVE, cabe ao preposto instaurar nova ação fiscal para cobrança do imposto não recolhido ao Erário Estadual em virtude da fruição indevida do benefício.

Diz que a IN nº 047/2011 delimitou a competência dos prepostos fiscais da SEFAZ/BA, quando atuando perante contribuintes habilitados no Programa DESENVOLVE.

Argumenta que ao decretar a "perda do benefício fiscal" a que o autuado fazia jus, procedendo à cobrança integral e direta do imposto, o autuante praticou ato que extrapola a sua competência funcional, o que acarreta a nulidade da infração 01, nos termos do disposto no art. 18, inc. I, do RPAF/99.

Ao tratar do mérito da autuação, reitera que o autuante descumpriu as regras estabelecidas pela Instrução Normativa nº 047/2011, violando, assim, o princípio da tipicidade cerrada, a que a fiscalização está vinculada. Repisa que a Instrução Normativa nº 047/2011 é cristalina ao estabelecer que, caso fosse constatada irregularidade no gozo do Programa DESENVOLVE, além do encaminhamento de denúncia à Secretaria Executiva do Conselho Deliberativo do DESENVOLVE, seria dada continuidade à ação fiscal apenas "para verificação da observância dos termos da resolução e do cumprimento da legislação tributária em relação à apuração do benefício fiscal, considerando o contribuinte como enquadrado no Programa DESENVOLVE, bem como para verificação do cumprimento das obrigações tributárias principal e acessórias relativas às operações ou prestações não incentivadas do contribuinte".

Entende que a única irregularidade apurada pelo auditor fiscal foi a suposta falta de recolhimento, na data regulamentar, da parcela não incentivada do ICMS não sujeita a dilação de prazo (correspondente a 20% do imposto), caberia à fiscalização, portanto, exigir, exclusivamente, o valor relativo a esta parcela, mantendo intacto, por outro lado, o benefício relativo à parcela incentivada pelo Programa DESENVOLVE (correspondente à 80% do ICMS).

Explica que o autuado goza do benefício fiscal de dilação do prazo de pagamento de 80% do seu saldo devedor mensal de ICMS, até o limite de 72 meses. Ou seja, normalmente apura o valor devido do imposto e recolhe apenas 20% do débito, parcelando o saldo remanescente (80%) em até 6 (seis) anos. Assim, não tendo autorização do Conselho Deliberativo do DESENVOLVE para exigir direta e integralmente o ICMS, o autuante somente poderia ter cobrado os 20% não pagos à vista, mantendo-se íntegro o benefício do DESENVOLVE em relação aos 80% restantes.

Conclui assim, que houve ofensa ao princípio da tipicidade cerrada, pois o autuante descumpriu as regras estabelecidas pela Instrução Normativa nº 047/2011, sendo assim, caso ultrapassada a

preliminar de nulidade argüida, o que não se acredita, apenas poderia ser exigida da Impugnante a parcela não sujeita a dilação de prazo (correspondente a 20% do ICMS), já que esta foi a única irregularidade apurada pela fiscalização. Deste modo, a impugnante pleiteia que seja julgada parcialmente procedente a Infração 01, a fim de que seja cobrado apenas o valor de 20% do ICMS devido no período fiscalizado.

Quanto a infração 02 aduz que, antes mesmo da lavratura do Auto de Infração, o ICMS exigido já havia sido declarado, conforme se verifica por meio das DMA's. Deste modo, há nulidade, na medida em que pretende lançar de ofício crédito tributário já constituído pela DMA, o que revela violação frontal ao art. 129-A, do COTEB.

Esclarece que na Declaração e Apuração Mensal do ICMS - DMA são informadas, em síntese, as operações e prestações realizadas em cada estabelecimento, do primeiro ao último dia do mês anterior, devendo constituir-se em resumo e exato reflexo dos lançamentos efetuados nos livros Registro de Entradas, Registro de Saídas e Registro de Apuração do ICMS, consoante o disposto no art. 333, RICMS/97.

Nota que a DMA reúne todos os elementos típicos do lançamento tributário, pois o contribuinte verifica a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determina a matéria tributável, calcula o montante do tributo devido e o informa ao Fisco (art. 142 do CTN). Por força disso, o legislador constatou que seria desnecessária a lavratura do lançamento de ofício pela autoridade administrativa quando, por meio da DMA, o próprio contribuinte declara a existência de débitos do ICMS.

Frisa que nesse espírito, a Lei nº 9.837, de 20 de dezembro de 2005, acrescentou o art. 129-A ao Código Tributário do Estado da Bahia, assim redigido:

"Art. 129-A. A declaração de obrigação tributária pelo sujeito passivo em documentos de informações econômico-fiscais previstos na legislação, ou através de denúncia espontânea inadimplida, integral ou parcialmente, importa em confissão de dívida e torna constituído o crédito tributário, sendo dispensada a emissão de notificação fiscal para sua exigência.

Parágrafo único. Na falta de recolhimento no prazo regulamentar e decorridos 30 (trinta) dias da entrega da declaração ou de sua retificação, o crédito tributário poderá ser inscrito diretamente na Dívida Ativa Tributária, acrescido da penalidade aplicável, acréscimos moratórios e demais encargos previstos na legislação."

Argumenta que, a partir de janeiro de 2006, quando entrou em vigor o art. 129-A do COTEB, todo o saldo devedor de ICMS declarado em DMA passou a ser confissão de dívida e tornou constituído o crédito tributário, independentemente da lavratura de lançamento de ofício (Auto de Infração). Frisa que o débito de ICMS ora exigido já havia sido constituído pela entrega da DMA antes da lavratura do Auto de Infração, sendo o lançamento de ofício nulo, uma vez que:

- a) viola o princípio da legalidade – pois pretende “constituir” crédito tributário já constituído pela DMA, em contrariedade ao disposto no art. 129-A do COTEB c/c art. 142 do CTN;
- b) viola o devido processo legal, pois o procedimento correto deveria ser a inscrição do débito em Dívida Ativa e não a instauração de um processo administrativo contencioso;
- c) viola o princípio da economia, pois cria um processo desnecessário e ilegal custeado pelo Estado da Bahia.

Ao finalizar, requer a nulidade ou improcedência do Auto de Infração.

O autuante ao prestar a informação fiscal, fls. 213 a 221, diz concordar que a decretação da perda do benefício do Desenvolve é de competência exclusiva do Conselho Deliberativo do Programa, em face de disposição do art. 19, seus incisos e parágrafos, contudo ressalta que a infração 01 não trata da "perda do benefício do Desenvolve", mas somente da perda do direito ao benefício em relação à parcela incentivada, nos meses em que não houve o recolhimento da parcela não dilatada. Para que não parem quaisquer dúvidas, transcreveu os artigos 18 e 19 do Dec. 6.205/2002 com a redação atualizada pelas posteriores alterações.

Observa que os dois artigos tratam de aspectos diversos. Enquanto o art. 18 estabelece a penalidade a ser aplicada ao contribuinte que não recolher a parcela mensal do ICMS não sujeito à dilação do prazo de recolhimento, que conforme o referido artigo consistirá de perda do "direito ao benefício em relação à parcela incentivada naquele mês"; o art. 19 trata do cancelamento da autorização para uso dos incentivos do Programa Desenvolve, a qual conforme o seu parágrafo 2º exige de forma expressa e taxativa que este "cancelamento" seja determinado mediante Resolução do Conselho Deliberativo do Desenvolve, fundamentado em parecer da sua Secretaria Executiva.

Argumenta que o art. 18 estabelece de forma taxativa a penalidade de perda do benefício da parcela incentivada do mês (ou seja, perda do benefício da dilação do prazo de recolhimento de parte do ICMS do mês), para a hipótese prevista do não recolhimento do ICMS não dilatado do mês. Não determina de forma específica a quem (qual Órgão da Administração Estadual) competirá apurar e exigir a parcela perdida em face do não recolhimento da parcela não dilatada do ICMS do mês. Argumenta que se não existe no decreto regulador do programa de incentivo fiscal a indicação de quem compete a exigência de parcelas do ICMS não recolhido, recai-se no quadro geral, onde este mister e da competência da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia.

Ressalta que a perda do benefício fiscal da dilação do prazo para recolhimento de parte do ICMS é de natureza temporária, ocorrendo apenas nos meses em que não houver o recolhimento da parcela do ICMS não dilatada. Nos meses posteriores em que houver o recolhimento da parcela não dilatada, o benefício financeiro da dilação do prazo de recolhimento da parcela do ICMS autorizada pela Resolução do Conselho Deliberativo do Desenvolve que concedeu o benefício permanece eficaz. No artigo 18 não consta previsão da perda de caráter permanente do benefício do Programa Desenvolve.

Salienta que conforme Anexo I - Perdas da Parcela Incentivada Mensal - em conformidade com o art. 18 do Dec. 8.205/2002, com a redação do dec. 9.513/10.08.2005, acostado ao presente PAF à fls. 07, não houve recolhimento do ICMS não dilatado nas competências de julho/2009 a junho/2011, o que ensejou a perda do ICMS dilatado conforme o referido Anexo I, do qual abateu-se os valores antecipados, comprovadamente recolhidos, sob o Código de receita 2167 - ICMS Programa Desenvolve, conforme os DAE's dos períodos de 2011 e 2010, fls. 103 a 107 dos autos.

Reitera que o art. 18 também não faz qualquer alusão a necessidade de intervenção do Conselho Deliberativo do Desenvolve e nem estabelece qualquer formalidade particular para a perda do benefício no mês do não recolhimento da parcela não dilatada do ICMS. Apenas estabelece de forma cabal e impositiva, que o beneficiário do Desenvolve **'que não recolher ao Tesouro do Estado, na data regulamentar, a parcela do ICMS não sujeita à dilação de prazo, perderá o direito ao benefício em relação a parcela incentivada naquele mês'**. Ou seja, não ocorre a "perda" ou "cancelamento" do benefício do Desenvolve, que é contemplada nº art. 19, a qual exige conforme § 2º, Resolução do Conselho Deliberativo do Desenvolve.

Destaca que o art. 19 do Dec. 8.205/2002 e suas alterações posteriores trata do cancelamento da autorização para uso dos incentivos fiscais do Programa Desenvolve, que dependerá de parecer exarado pela Secretaria Executiva do Conselho Deliberativo do Programa Desenvolve, nas hipóteses previstas neste artigo 19 e também nº art. 16. Não é o caso, neste Auto de Infração.

Salienta que com a redação vigente após 08/08/2008, poder-se-á observar que na redação atual o teor do parágrafo primeiro (§ 1º) do art. 19 é completamente diferente, na medida em que antes havia a exigência expressa de Resolução do Conselho Deliberativo do Desenvolve para cancelamento do benefício concedido pelo Programa Desenvolve, o que atualmente não mais é necessário em virtude da redação atual do § 1º tratar de matéria diversa. Ainda, o art. 19 na redação atualmente vigente não faz qualquer menção ao art. 18, como antes era feita, o que demonstra a firme intenção do legislador em tratar de coisas distintas em cada um dos artigos 18 e 19: nº art. 18, a perda do direito ao benefício em relação a parcela incentivada naquele mês, toda vez que não recolher ao Tesouro do Estado, na data regulamentar, a parcela do ICMS não sujeita a

dilação de prazo; já no art. 19, a observância dos termos do projeto, com base no qual, a empresa foi habilitada ao programa de incentivos fiscais constante do Desenvolve, mediante Resolução concessiva emitida pelo Conselho Deliberativo do Desenvolve.

Em relação ao Acórdão CJF nº 0351-12/08, aduz que trata de lide tributária referente a período anterior a 08/08/2008, em que as normas tributárias referentes a matéria em foco eram diferentes, portanto, não podem ser aplicadas ao presente PAF, quando as normas tributárias mudaram de forma radical.

No período alcançado pela ação fiscal deste PAF, a vontade do legislador manifestada na legislação, qual seja a redação atual do art. 18 do Dec. 8.205/2002 e taxativa: '*a empresa que não recolher ao Tesouro do Estado, na data regulamentar, a parcela do ICMS não sujeita a dilação de prazo, perderá o direito ao benefício em relação a parcela incentivada naquele mês*'.

Destaca que os artigos seguintes do referido Decreto 8.205/2002, na sua redação atualizada, não fazem qualquer menção ao art. 18 e o art. 19, seus incisos e parágrafos foram modificados para tratar exclusivamente do "cancelamento da autorização para uso dos incentivos do Programa", quando da inobservância do projeto que serviu de base para a concessão do regime favorecido previsto pelo Programa Desenvolve. Já o art. 18 trata taxativamente como já vimos da perda do benefício autorizado pela Resolução do Conselho Deliberativo do Desenvolve, apenas nº mês em que não houver o recolhimento ao Tesouro do Estado da parcela não sujeita a dilação de prazo.

Assevera que o art. 18 trata dos recolhimentos dos contribuintes do Estado, mesmo aqueles beneficiários do Desenvolve, o que é de competência da Secretaria da Fazenda e, portanto dos seus prepostos, no caso a fiscalização. Já o art. 19 trata do cancelamento da 'autorização para uso dos incentivos do Programa Desenvolve', o que é da competência do Conselho Deliberativo do Programa Desenvolve, através da sua Secretaria Executiva.

Conclui que o entendimento proclamado pela 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do CONSEF, citado pela defesa, vale em outro período, que não o discutido neste PAF, o qual refere-se a período a partir de agosto/2009, quando o quadro legal é diferente do existente quando foi proclamado o Acórdão da 2ª CJF.

Quanto a infração 02, aduz que aponta todos os meses em que não foi efetuado o recolhimento da parcela do ICMS Não DILATADA, o que igualmente pode ser visto à fl. 8, no Anexo II - Perdas da Parcela Incentivada Mensal, em conformidade com o art. 18, do Dec. 8.205/2002 na redação do Decreto 9.5131/2005, que novamente mostra todos os meses em que o recolhimento da parcela "não dilatada" mensal deixou de ser efetuado. Nos meses de "não recolhimento" da parcela não dilatada, conforme o art. 18, a autuada perderá o direito ao benefício em relação à parcela incentivada respectiva do mês A infração 01 constitui a autuação da perda do benefício fiscal naqueles meses.

Destaca que o ICMS constante da Infração 02 já fora declarado na DMA, contudo, conforme previsto no parágrafo único, art. 129-A do COTEB, o tributo não foi recolhido no prazo regulamentar e tampouco foi inscrito na Dívida Ativa Tributária. Em virtude de não ter sido inscrito na Dívida Ativa Tributária, o que na verdade constitui-se numa opção da Administração Tributária, na medida em que o legislador estabeleceu que '**poderá ser inscrito**', ou seja, não é uma obrigatoriedade, o legislador não estatuiu de forma taxativa, optou-se por incluir a parcela não dilatada do ICMS não recolhida neste PAF, procedimento este que encontra-se previsto nos sistemas informatizados da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, no caso o SEAI - Sistema de Emissão de Auto de Infração, onde aparece sob o Código 02.12.01 - Falta de Recolhimento do ICMS. ICMS declarado e não recolhido. DMA.

Em nova manifestação defensiva, fl. 227, o autuado acosta aos autos cópias de DMA's e reitera o pedido de nulidade ou procedência parcial do Auto de Infração.

O PAF foi convertido em diligência para que o autuado prestasse nova informação.

Em nova informação o autuante destacou que os documentos acostados às folhas 229 a 237, já se encontravam nos autos, não havendo nenhum fato novo.

VOTO

Após analisar as peças que compõem o presente PAF, constatei que o autuante lavrou o Auto de Infração em tela para exigir imposto relativo ao programa DESENVOLVE.

Na infração 01 é imputado ao sujeito passivo o recolhimento a menos do ICMS, em razão 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. Em vista de não ter recolhido a parcela do ICMS não sujeita à dilação, glosou-se a parcela do incentivo fiscal do Desenvolve, da qual abateu os valores recolhidos a título de antecipação, sob o código de receita 2167. Conforme Anexo I – Demonstrativo PERDAS DA PARCELA INCENTIVADA MENSAL, EM CONFORMIDADE COM O ART. 18, do Dec. 8.205/2002, na redação do Decreto nº 9.513/2005.

Pela análise dos elementos contidos no processo verifico que conforme planilha elaborada pelo autuante, fl. 08 dos autos, no período fiscalizado foi apurado que o autuado deixou de recolher o ICMS da parcela não sujeita à dilação de prazo no período de julho/09 a julho/11, totalizando R\$93.369,43.

Nesta condição, estabelece art. 18 do Dec. 8.205/02 que:

A empresa habilitada que não recolher ao Tesouro do Estado, na data regulamentar, a parcela do ICMS não sujeita à dilação de prazo, perderá o direito ao benefício em relação à parcela incentivada naquele mês.

Considerando que o autuado deixou de recolher o ICMS da parcela mensal não sujeita à dilação de prazo no período fiscalizado e consequentemente, com a aplicação da regra prevista no art. 18 do Dec. 8.205/02, acima transcrita, perdeu o autuado o direito ao benefício da parcela incentivada de cada mês indicado na autuação, sendo correto o procedimento fiscal. O citado dispositivo legal estabelece, de forma objetiva, a penalidade de perda do benefício da parcela incentivada do mês (ou seja, perda do benefício da dilação do prazo de recolhimento de parte do ICMS do mês), para a hipótese prevista do não recolhimento do ICMS não dilatado do mês. Nele não consta nenhuma limitação ao exercício das funções típicas da Secretaria da Fazenda relativo ao ICMS, devendo ser constituir o lançamento tributário relativo ao referido imposto, como ocorreu na presente lide.

Cabe salientar que no caso em tela não se trata de cancelamento do benefício fiscal, a perda dos incentivos do DESENVOLVE é de competência do Conselho Deliberativo do Desenvolve. No caso concreto, o autuado continua usufruindo os benefícios fiscais em tela, entretanto, somente quando atender as determinações contidas na legislação, entre elas a obrigação de recolher o ICMS relativo a parcela não dilatada.

Portanto, não resta dúvida de que o autuante, apenas, aplicou a legislação em vigor, continuando o autuado enquadrado nas normas do DESENVOLVE, não havendo nenhuma ofensa a Instrução Normativa nº 047/2011, pois a mesma não alcança as questões de natureza tributária, que já estão contempladas na legislação superveniente existente e não pode ser alteradas por uma Instrução Normativa, cujo escopo é orientar o corpo funcional ligado a determinada área funcional da organização ou mesmo subordinado a quem a emite.

Na situação presente ocorreu falta de recolhimento da parcela do ICMS não sujeita à dilatação do prazo e não recolhimento a menos, o que culminou na perda do direito ao benefício da parcela incentivada.

Quando ao Acórdão citado pela defesa o mesmo foi exarado com base na legislação anterior aos fatos geradores objeto da presente lide.

Portanto, ante ao acima exposto, entendo que não pode ser acolhido a alegação de nulidade da autuação vez que não vislumbro nos autos qualquer mácula o lançamento de ofício ora em lide.

No mérito, observo que não houve questionamento relativo aos levantamentos realizados pela fiscal, nem mesmo em relação aos valores apurados.

Logo, entendo que a infração 01 deve ser mantida na autuação.

Na infração 02 é imputado ao sujeito passivo ter deixado de recolher o ICMS, nos prazos regulamentares, o imposto declarado em DMA – Declaração e Apuração Mensal do ICMS. Conforme Anexo II- Demonstrativo de ICMS LANÇADO E NÃO RECOLHIDO. Os valores também estão corroborados pela DPD – Declaração do Programa Desenvolve.

Em sua defesa o autuado, em nenhum momento, nega a existência do crédito tributário reclamado. Entretanto, sustenta que, como a autuação se baseou na própria Declaração de Apuração Mensal do ICMS – DMA enviada pelo autuado, não deveria se condicionar o pagamento do débito ao pagamento da multa, requerendo a nulidade da autuação. Diz que o legislador constatou que seria desnecessária a lavratura do lançamento de ofício pela autoridade administrativa quando, por meio da DMA, o próprio contribuinte declara a existência de débitos do ICMS. E, nesse espírito, a Lei nº 9.837, de 20 de dezembro de 2005, acrescentou o art. 129-A ao Código Tributário do Estado da Bahia. Salienta que já havia ocorrido a denúncia espontânea do referido valor, ao ser declarado na DMA.

Entendo que o argumento defensivo não pode ser acolhido, pois apesar de existir a previsão de confissão de dívida, a mesma somente se aplica para o caso de Notificação Fiscal, não tratando de lavratura do Auto de Infração. O Código Tributário do Estado da Bahia -COTEB no seu art. 129, com a redação vigente à época dos fatos geradores citados na autuação, previa que a exigência de crédito tributário será feita através de:

I - auto de infração, sempre que, mediante ação fiscal relativa a estabelecimento de contribuinte ou desenvolvida no trânsito de mercadorias, for constatada infração à legislação tributária; Grifei.

II - notificação fiscal, para lançamento de ofício: Grifei.

a) revogada

b) de multa pelo descumprimento de obrigação acessória;

c) de crédito tributário decorrente de descumprimento de obrigação principal relativo ao ITD, às taxas estaduais e ao IPVA;

d) quando o tributo for inferior a R\$ 3.000,00 (três mil reais);

e) nos casos em que se atribua a responsabilidade supletiva ao contribuinte substituído, após esgotadas todas as possibilidades de exigência do ICMS do sujeito passivo por substituição estabelecido em outra unidade da Federação.

III - revogado.

Por sua vez, o art. 129-A do COTEB, com a redação vigente a partir de 01/01/06, assim dispõe:

Art. 129-A. A declaração de obrigação tributária pelo sujeito passivo em documentos de informações econômico-fiscais previstos na legislação, ou através de denúncia espontânea inadimplida, integral ou parcialmente, importa em confissão de dívida e torna constituído o crédito tributário, sendo dispensada a emissão de notificação fiscal para sua exigência. Grifei.

Parágrafo único. Na falta de recolhimento no prazo regulamentar e decorridos 30 (trinta) dias da entrega da declaração ou de sua retificação, o crédito tributário poderá ser inscrito diretamente na Dívida Ativa Tributária, acrescido da penalidade aplicável, acréscimos moratórios e demais encargos previstos na legislação.

Da leitura dos dispositivos acima transcritos, resta cristalino que o **Auto de Infração** e a **Notificação Fiscal** são instrumentos distintos de constituição de crédito tributário, sendo utilizados nas situações especificadas no artigo 129 do COTEB.

Como visto acima, o disposto no art. 129-A do COTEB prevê que a declaração de obrigação tributária em DMA importa em confissão de dívida e torna constituído o crédito tributário, sendo dispensada a emissão de **notificação fiscal**.

Entretanto, o crédito tributário em lide não se enquadra em nenhuma das hipóteses previstas para a emissão de **notificação fiscal**. Na presente lide, a fiscalização fiscal decorre de uma ação fiscal desenvolvida no estabelecimento do autuado, mediante a emissão de ordem de serviço.

De igual modo, a matéria tributável não se tratava de multa por descumprimento de obrigação acessória, de crédito tributário decorrente de ITD, taxas estaduais ou IPVA, não era inferior a R\$ 3.000,00 e nem se tratava de hipótese de responsabilidade solidária. Nessa situação, com base no art. 129, I e II, do COTEB, acima transcrito, é o Auto de Infração o instrumento hábil para a constituição do crédito tributário em tela. Dessa forma, ultrapasso a preliminar de nulidade suscitadas na defesa, pois não houve a arguida violação aos princípios do devido processo legal, da legalidade e da economia processual administrativa.

No mesmo sentido, o artigo 48 do RPAF/99, estabelece que a Notificação Fiscal constitui o instrumento pelo qual será feito o lançamento de ofício para exigência, entre outras situações diferente do caso em tela, quando o tributo for inferior a R\$ 3.000,00 (três mil reais).

No caso em análise, infração 02, o valor histórico devido pelo sujeito passivo é de R\$93.369,43, portanto, o procedimento do autuante foi o correto, qual seja, lavrar o Auto de Infração, inclusive com a aplicação da multa correspondente, que no caso é de 50%.

De igual modo, também não pode ser acolhido o argumento defensivo de teria ocorrido a denúncia espontânea, uma vez que para caracterização da mesma, em se tratando de falta de recolhimento de ICMS, conforme artigo 95 do RPAF/99, caberia ao autuado, antes do início da ação fiscal, procurar, espontaneamente, a repartição fazendária de sua circunscrição para recolher tributo não pago na época própria, observando, ainda, que deveria ser instruída com o comprovante do recolhimento do tributo, acrescido da atualização monetária e dos acréscimos moratórios cabíveis. Tal fato não ocorre com o simples envio da DMA.

Assim, não pode ser acolhida a preliminar de nulidade requerida pela defesa, pois não têm amparo fático ou jurídico os argumentos relativos aos pressupostos de validade do procedimento fiscal, pois a autuante expôs com clareza a fundamentação de fato e de direito, na medida em que descreve as infrações, fundamentando com a indicação dos fatos, normas e documentos, bem como de seus dados, assim como indica o supedâneo jurídico. Não foi identificada nenhuma violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer princípios de Direito Administrativo ou Tributário, em especial os do processo administrativo fiscal, tendo sido observado o direito à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizados pelos aspectos abordados na impugnação, bem como pela narrativa dos fatos e correspondente infrações imputadas.

No mérito, como já consignado no início do voto, a defesa reconhece a existência do valor autuado, sendo devida a multa aplicada na infração, uma vez que não restou caracterizada a denúncia espontânea alega pela defesa.

Logo, a defesa não apresentou argumentos capazes de elidirem a imputação consignada na infração 02.

Pelo exposto, voto pela **PROCEDÊNCIA** do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 146528.0032/11-6, lavrado contra **ITAZUL INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PRODUTOS DE LIMPEZA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$492.755,84**, acrescido das multas de

*ESTADO DA BAHIA
SECRETARIA DA FAZENDA
CONSELHO DE FAZENDA ESTADUAL (CONSEF)*

50% sobre R\$93.369,43 e de 60% sobre R\$399.386,41, previstas no art. 42, I e II, “f”, da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de setembro de 2012.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – RELATOR

ANGELO MÁRIO DE ARAUJO PITOMBO – JULGADOR