

PROCESSO - A. I. Nº 279862.0012/14-1
RECORRENTE - AQUATUBOS INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PLÁSTICOS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0176-05/15
ORIGEM - INFAZ INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET 10/06/2016

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F Nº 0081-11/16

EMENTA: ICMS. BENEFÍCIOS FISCAIS. DESENVOLVE. a) FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO NO PRAZO REGULAMENTAR. Comprovado o pagamento do ICMS relativo ao mês de setembro de 2011, que teria sido efetuado em 07/04/2014, com os devidos acréscimos moratórios, referente à parcela não incentivada. b) RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS EM VIRTUDE DA FALTA DE PAGAMENTO NA DATA REGULAMENTAR, DA PARCELA NÃO SUJEITA À DILAÇÃO DE PRAZO. PERDA DO BENEFÍCIO RELATIVAMENTE À PARCELA INCENTIVADA. O sujeito passivo comprovou que por meio do Decreto nº 12.645, de 24 de fevereiro de 2011, foi prorrogado o vencimento da parcela relativa ao mês de fevereiro de 2011. Infrações parcialmente elididas. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão da 5ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 30/09/2014 para exigir ICMS no valor histórico de R\$121.209,66, acrescido de multa, em decorrência do cometimento de 2 infrações, a seguir transcritas:

Infração 01 - Deixou de recolher o ICMS no prazo regulamentar referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios. Imposto devido calculado considerando a perda do Benefício Fiscal DESENVOLVE, nos meses em que o imposto foi apurado e não recolhido. Artigo 18 do Decreto 8.205/2002. ICMS no valor de R\$ 63.499,00.

Infração 02 - Recolheu a menor 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 pelo Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – Desenvolve. Imposto devido calculado considerando a perda do Benefício Fiscal DESENVOLVE, nos meses em que o imposto foi apurado e recolhido em atraso ou a menor que o valor determinado no livro de Apuração, para a parcela não incentivada. Artigo 18 do Decreto 8.205/2002. ICMS no valor de R\$ 57.710,66.

Após a apresentação da Defesa administrativa (fls. 123 e 138) e da correspondente Informação Fiscal (fl. 164), a instrução foi concluída e os autos remetidos à apreciação da 5ª JJF que dirimiu a lide nos seguintes termos:

VOTO

O Programa DESENVOLVE, entre outros, tem como objetivo complementar e diversificar a matriz industrial e agroindustrial do Estado, incentivando a instalação de novos empreendimentos industriais ou expansão, reativação, modernização de empreendimentos já instalados; desconcentração espacial dos adensamentos industriais e formação de adensamentos industriais nas regiões com menor desenvolvimento econômico e social; a integração e a verticalização das cadeias produtivas essenciais ao desenvolvimento econômico e social e à geração de emprego e renda no Estado; o desenvolvimento tecnológico dos processos produtivos e assimilação de novas tecnologias; a geração de novos produtos ou processos e redução de custos de produtos ou processos já existentes.

A concessão de benefícios fiscais implica em renúncia de receitas tributárias em detrimento de outros benefícios sociais. Na situação presente, ao conceder dilação do pagamento do saldo devedor do ICMS incidente sobre as operações próprias (bem como diferimento do pagamento do ICMS na aquisição de bens do ativo e insumos utilizados na produção), o Estado deixou de arrecadar o imposto relativo a diversas operações e o valor do imposto que deveria ser arrecadado de imediato ao ser postergado, significa de fato redução do seu valor, visto que conforme previsto na legislação, o valor devido a ser pago no futuro pode ser pago em valor presente com deságio. A contrapartida desta renúncia fiscal é que a empresa se comprometeu a fazer investimentos no Estado, implementar nova tecnologia, gerar empregos e renda, o que de fato não provou ter feito.

O sujeito passivo, na defesa apresentada suscitou a nulidade do lançamento por diversos motivos: cancelamento ilegal dos benefícios concedidos e aplicação de multas não previstas, bem como impossibilidade de lavrar Auto de Infração antes do cancelamento formal do benefício pelo Conselho Deliberativo (CD) do DESENVOLVE de acordo com o seu Regulamento (Dec. 8.205/02). Rejeito as nulidades pretendidas, tendo em vista que a competência da plenária do mencionado Conselho, conforme definido no art. 7º da Res. 03/2007 é de definir política de investimentos; propor instituição de programas; deliberar sobre pedidos e concessão de incentivos e benefícios; apreciar e decidir sobre cancelamento de benefícios. Portanto, uma vez concedido benefícios fiscais mediante resoluções emanadas por aquele Conselho, para empresas integrantes dos programas instituídos, cabe à fiscalização verificar se os procedimentos adotados pelos contribuintes atendem o que determina a legislação tributária e, caso se constate práticas adotadas que conflitem com as normas, é de competência dos auditores fiscais, fazer o lançamento de ofício nos termos do art. 6º da Lei nº 8.210/02 e art. 42 do Dec. 7.629/99. Quanto ao questionamento da capacidade dos autuantes para avaliar os benefícios concedidos, por se tratar do mérito da questão, será apreciado no momento próprio.

Também rejeito a nulidade pretendida, sob o argumento de que só poderia ser feito o lançamento de ofício mediante a revogação do benefício concedido pelo CD do DESENVOLVE. Conforme apreciado anteriormente, uma vez concedido os benefícios fiscais previstos no DESENVOLVE, constatado descumprimento da legislação tributária, é de competência do Fisco fazer o lançamento de ofício para exigir o tributo devido, independentemente do cancelamento dos benefícios. O certo é que a fiscalização não tem competência para cancelar o benefício concedido, competência esta do CD DESENVOLVE. Portanto, não pode ser acatada a alegação de que os atos foram praticados por servidor incompetente nos termos do art. 18, I do RPAF/BA. Entendo não existir conflito de competência entre a ação fiscal que culminou com o lançamento de ofício, privativa dos auditores fiscais e das competências do mencionado Conselho, como quis fazer crer o impugnante na sua defesa. Além do mais, o Auto de Infração foi lavrado em conformidade com o disposto no art. 39 do mencionado diploma legal, notificado o autuado, que apresentou sua defesa contestando a exigência fiscal.

Com relação à nulidade suscitada sob argumento de que houve cerceamento do direito de defesa, por desconhecer o processo que motivou o cancelamento do benefício fiscal concedido pelo CD DESENVOLVE, também fica rejeitada, tendo em vista que a DITRI – Diretoria de Tributação desta SEFAZ, já se posicionou em matéria semelhante, e trouxe a orientação de que se comprovado irregularidade na utilização do benefício fiscal, poderia ser lavrado Auto de Infração independentemente do desenquadramento por meio de resolução do CD Desenvolve. Portanto, o Parecer constitui apenas uma manifestação da DITRI que poderia ser seguida ou não para tomada de Decisão da lavratura do Auto de Infração. Por sua vez, lavrado o Auto de Infração, foi descrita a infração, indicados os dispositivos infringidos e tipificada à multa aplicada prevista na Lei nº 7.014/96 que não tem correlação com a prevista no art. 19, §2º do Regulamento do DESENVOLVE, que se aplica em caso de desenquadramento do benefício. Diante da acusação o autuado pode exercer o seu direito de defesa, e acompanhar o procedimento fiscal desde a sua instauração até a lavratura do competente Auto de Infração.

Quanto ao percentual da multa aplicada entendo que faz parte do mérito da questão e será apreciado no momento próprio.

Observe que o levantamento fiscal efetuado pela fiscalização foi feito com base nos dados e documentos escriturados na contabilidade do contribuinte, o que possibilitou demonstrar possíveis inconsistências.

No mérito o Auto de Infração acusa o cometimento de duas infrações: Falta de recolhimento do ICMS nos prazos regulamentares, referente às operações escrituradas nos livros fiscais próprios. Imposto devido calculado considerando a perda do Benefício Fiscal DESENVOLVE, nos meses em que o imposto foi apurado e não recolhido. Versa a acusação de que nos meses de setembro e de novembro de 2011, o imposto foi apurado e não recolhido.

O auditor fiscal efetuou o somatório da parcela incentivada em cada mês, com o imposto a recolher no mesmo período mensal, consoante Resumo da Apuração do ICMS de R\$ 36.114,40, fls. 109 (mês de novembro/2011), e de R\$ 27.384,60, fl. 101 (mês de setembro/2011).

O sujeito passivo argumenta que houve o pagamento do ICMS relativo ao mês de setembro de 2011, que teria sido efetuado em 07/04/2014, com os devidos acréscimos moratórios, consoante DAE anexo. De fato, constato que a sociedade empresária pagou o valor de R\$ 2.738,46 relativo à parcela não incentivada, valor que deve ser abatido nesta ocorrência. Assim, o valor referente ao mês de setembro de 2011 perfaz o de ICMS de R\$

24.646,14.

Quanto ao mês de novembro de 2011, não restou comprovado que o pagamento do ICMS tenha sido realizado, pelo que fica mantida a exigência fiscal.

Voto pela procedência em parte da infração, no valor de R\$ 60.760,54.

A infração 02, decorre do recolhimento a menor do ICMS em razão da falta de recolhimento, na data regulamentar, da parcela não sujeita a dilação do prazo, perdendo o direito ao benefício em relação à parcela incentivada prevista pelo Programa DESENVOLVE, nos meses de fevereiro e dezembro de 2011.

Verifico que a infração relaciona-se com os valores lançados no livro Registro de Apuração do ICMS, relativo à “Dilação do Prazo ICMS AUTORIZADA PELA Resolução nº 186/2005 do Desenvolve, conforme art. 5º, § 2º do Decreto 8.205/02.”, livro de fls. 73 (fevereiro de 2011) e de fl. 113 (dezembro de 2011), nos valores respectivos de R\$ 30.753,85 e de R\$ 26.660,57.

O sujeito passivo comprovou que por meio do Decreto nº 12.645, de 24 de fevereiro de 2011, foi prorrogado o vencimento da parcela relativa ao mês de fevereiro, para o dia 10 de março de 2011, ocasião em que o recolhimento do ICMS fora efetuado. Assertiva que o próprio autuante acolheu.

Dessa forma, a infração permanece em parte, devendo ser exigido o valor relativo ao mês de dezembro de 2011, com ICMS de R\$ 26.956,80.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

Inconformado com o Julgamento proferido pela Primeira Instância, o Contribuinte apresenta Recurso Voluntário (fls. 181 a 192), onde alega que a Decisão recorrida merece ser reformada, repisando alguns dos argumentos apresentados na sua Defesa, anteriormente apresentada, e refazendo os pedidos já postulados.

Após um breve historio dos fatos e da Decisão recorrida, passa a expor os argumentos recursais.

Inicialmente, falar que é ilegal o artigo 18 do Decreto nº 8.205/2002. Diz que a autuação originou-se na cobrança de tributo calculado a partir da perda do benefício fiscal, conforme redação constante do próprio Auto de Infração. Nesses termos, se não houve manifestação do Conselho Deliberativo do DESENVOLVE cancelando a habilitação no programa, somente se pode concluir que o auditor autuante extrapolou os limites de sua competência ao considerar, unilateralmente, o benefício cancelado para fins de cobrança da exação

Sustenta que o Auto de Infração deverá ser julgado improcedente, pois a cobrança fundamenta-se no art. 18 do Decreto nº 8.205/2002 e não na legislação do programa DESENVOLVE. Entretanto, assevera que “*tal dispositivo regulamentar não é mera explicitação de sanção estabelecida em qualquer outro dispositivo legal. Trata-se de sanção estabelecida em Decreto sem qualquer fundamento legal válido, violando, portanto, o art. 97, V, do Código Tributário Nacional.*”

Noutra senda, alega que, com base no artigo 11 do RICMS/A-97 vigente a época dos fatos, não oferece ao autuante as consequências que pretende aplicar ao caso concreto, “*uma vez que não suspende a aplicação do benefício específico do Programa DESENVOLVE, mas, tão somente, trata do termo inicial dos juros e acréscimos moratórios para apuração do valor do tributo devido em caso de fruição de benefício sujeita a condição suspensiva*”.

Em outro tópico, afirma que no lançamento vergastado há violação ao princípio da proporcionalidade.

Por fim, requer que seja acolhida a sua impugnação e o pronunciamento da Procuradoria Fiscal como *custus legis*.

Em termos, os autos foram remetidos à PGE/PROFIS para análise.

No Parecer de fls. 197 a 201, o n. Procurador José Augusto Martins Júnior, seguidamente a um breve intróito do fatos, discorre quanto as razões recursais.

No que tange a alegação de que o art. 18 do Decreto nº 8.205/2002 é ilegal por trazer uma sanção não prevista em lei (Lei nº 7980/2001, o n. Procurador assevera que o desenvolve é um mero benefício fiscal, condicionado ao cumprimento, por parte do administrado, “*das condições impostas na norma legal*”, constituindo-se condição *sine qua non* para efetivação da benesse.

Explica que “*dentro dessa lógica, inexistente qualquer ranhura a hierarquia das normas que o Decreto Estadual explicita o momento da perda do benefício*”, concluindo que não há qualquer violação no texto legal, pois, a finalidade do artigo 18 era possibilitar o saneamento do vício que levaria ao cancelamento do incentivo.

Assevera que a redução atual do citado artigo, resta claro que não se trata de qualquer reprimenda, “*mas de mera perda do benefício por descumprimento de benefício condicionado*”. Logo, numa análise do Decreto nº 8.205/2002, diz que se trata de um benefício cuja concreção ocorre de período a período, sendo existência sempre sujeita a uma ao longo do tempo.

Com esse norte, conclui afirmando que “*não há qualquer extrapolação do Decreto às disposições legais, pois a perda do benefício, sob nenhum aspecto, trata-se de uma penalidade, mas, tão somente, um consectário natural do não preenchimento da condição*” imposta pelo benefício fiscal, conforme prescrito pela Lei nº 7.980/01.

Já no que tange a incompetência do auditor fiscal a proceder o cancelamento do benefício do Desenvolve, alega que não se trata de cancelamento da habilitação do benefício, mas sim a fiscalização do cumprimento das condições impostas para sua fruição.

Fala que o Decreto do DESENVOLVE não poderia estabelecer restrições ou vedações às condições ao direito potestativo do Estado lançar, direito assegurado na Constituição Estadual. Alega que um raciocínio diferente é absurdo e sem amparo legal.

Entende que a Resolução do Conselho Deliberativo do Desenvolve se traduz em ato meramente declaratório e não se presta a legitimar efeito constitutivo de relação obrigacional, oriunda de benesse fiscal “*ainda mais quando o não cumprimento das lindes obrigacionais tracejadas na norma concessora do benefício*”.

Arremata seu posicionamento dizendo que apenas existiu um descumprimento de obrigação principal, cujo efeito é a perda do benefício de índole financeira.

Ao final de seu arrazoado, a Procuradoria opina pelo Improvimento do Recurso Voluntário.

Esse é o relatório.

VOTO

Vejo que reparo algum merece a decisão de piso.

O presente Recurso Voluntário tem como argumento a suposta ilegalidade do artigo 18 do Decreto nº 8.205/2002 e a incompetência do Auditor Fiscal em cancelar o programa Desenvolve.

Cabe lembrar que a presente autuação fora lançada com base na falta de recolhimento e no recolhimento a menor de ICMS relativo à parcela não sujeita à dilação de prazo, na data regulamentar, ocasionado a perda do direito ao benefício em relação à parcela incentivada do Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – DESENVOLVE.

O Programa DESENVOLVE, instituído pela Lei nº 7.980/01, trata da concessão de incentivos fiscais com o objetivo de diversificar a matriz industrial do Estado. Por versar sobre incentivos fiscais condicionados, a inobservância das condições previstas acarreta a cobrança do imposto que deixou de ser recolhido e da multa cabível, ao teor do disposto no artigo 38 c/c artigo 42, ambos da Lei nº 7.014/96.

No caso em tela, o autuante considerou que havia inadequações no cumprimento das condições necessárias para o gozo do incentivo fiscal da dilação de prazo e lavraram o Auto de Infração em epígrafe para cobrar o ICMS que deixou de ser recolhido e para impor a correspondente multa. Assim, as sanções lançadas não derivam somente do decreto, mas estão regularmente estabelecidas na Lei nº 7.014/96.

Vejo que não houve irresignação específica do mérito das autuações, mas tão somente a contestação de aspectos genéricos ao tema vergastado nos autos como o cancelamento de um contribuinte no programa desenvolve.

Não se tem dúvida que o cancelamento de um contribuinte do Programa do DESENVOLVE é da competência exclusiva do Conselho Deliberativo desse Programa e, coerentemente, com esse posicionamento, não houve no Auto de Infração em epígrafe o alegado cancelamento de incentivo fiscal.

De acordo com o art. 18 do Decreto nº 8.205/02, com redação vigente a partir de 11/08/05, dada pelo Decreto nº 9.513/10, “*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*”. O recorrente não recolheu o imposto não sujeito à dilação do prazo, sendo os mesmos exigidos através da presente autuação.

Portanto, correta a exigência dos valores da parcela incentivada apurada pelo próprio estabelecimento autuado nos meses de dezembro de 2012 a abril de 2013.

A questão do desenquadramento e do programa DESENVOLVE já é conhecida desse CONSEF (v.g. CJF 0235.12.14, CJF 0222-12.14, CJF 0221-13-13; CJF 0037-13-13 e CJF 0001-11/12), tendo sido, inclusive, magistralmente julgada pelo eminente Conselheiro José Antonio Marques Ribeiro no Acórdão CJF nº 0235-12/14, cujos argumentos eu me coaduno e abaixo os transcrevo, *in litteris*:

Trata o presente de Recurso Voluntário, tempestivo, interposto pelo contribuinte, a rigor do art. 169, inciso I, alínea “b”, do Decreto nº 7.629/99 – RPAF, no sentido de modificar a Decisão da 3ª Junta de Julgamento Fiscal deste CONSEF, com o propósito de desobrigá-lo do pagamento do imposto exigido no presente Auto de Infração.

Cinge-se o presente Recurso à apreciação da infração que acusa o Sujeito Passivo de haver deixado de proceder ao recolhimento, na data regulamentar, da parcela não sujeita a dilação de prazo, perdendo o direito ao benefício em relação à parcela incentivada prevista pelo Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia - DESENVOLVE.

Registre-se de logo, que não há insurgência quanto ao mérito, sendo a tese recursal atinente suposta falta de análise de ação judicial na qual é autora, e cujo resultado lhe é favorável, aí entendido que haveria créditos remanescentes em seu favor, supostamente suficientes para liquidar os valores cobrados no presente Auto de Infração. Derivado desse argumento há pedido de conversão do feito em diligência à PGE/PROFIS.

Entendo que não merece guarida a tese recursal. Em verdade, a afirmativa de que a JJF não apreciou detidamente todos os argumentos de defesa, dando especial atenção ao argumento da existência de ação judicial na qual a ora recorrente é autora.

Nessas circunstâncias, a considerar que a tese recursal repisa os argumentos de defesa, importante frisar que o recorrente, mesmo após julgamento de primo grau, não cuidou de trazer aos autos cópia da Ação Ordinária Declaratória que menciona, de modo a que se pudesse conhecer o teor da Decisão judicial que afirma ter sido decidida em seu favor.

Avançando, entendo que tal fato não impede o prosseguimento da presente lide, pois, da tese defendida pelo recorrente, denota-se que o objeto da discussão judicial se refere ao retorno do programa e a determinação do valor da parcela incentivada do DESENVOLVE.

Ora, se a base do Recurso apresentado é de que como possui créditos fiscais apurados através de perícia judicial, tais créditos além de servirem para pagamento do imposto anteriormente exigido, poderia quitar o presente, vê-se que o objeto da ação ajuizada pelo ora recorrente não tem vínculo direto com a autuação em discussão, pois, não se pode entender que o direito declarado judicialmente, conforme expressamente exposto pelo Sujeito Passivo, poderia determinar a compensação do imposto não recolhido nos meses autuados.

Há que se ressaltar que havendo, efetivamente, créditos fiscais, a compensação pode ser utilizada para quitar débitos na data do seu vencimento ou tributo constituído através de Auto de Infração, por exemplo, o que não coincide com o caso dos autos, cuja autuação decorreu da falta de recolhimento tempestivo do imposto, o qual foi exigido mediante lançamento de ofício.

Especificamente quanto à acusação fiscal, que cuida da falta de recolhimento do ICMS - parcela não incentivada - no prazo regulamentar conforme disposto no art. 18 do Decreto nº 8.205/02, resta claro que os valores do imposto exigido foram apurados pelo próprio estabelecimento autuado através de sua escrituração digital, donde se conclui que a matéria em discussão na Ação Judicial não tem pertinência com a acusação fiscal.

Quanto à parcela incentivada do Programa DESENVOLVE, em decorrência falta de recolhimento no prazo regulamentar da parcela não sujeita a dilação de prazo, a rigor do art. 18 do Decreto nº 8.205/02, com redação vigente a partir de 11/08/05 dada pelo Decreto nº 9.513/10, “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”.

Do trecho da norma acima transcrito, deflui-se que na medida em que o recorrente não recolheu o imposto não sujeito à dilação do prazo, por certo poderia ser exigido através de Débitos Declarados. Nessa esteira, correta a exigência dos valores da parcela incentivada apurada pelo próprio estabelecimento autuado nos meses objeto da autuação.

Quanto ao pedido de conversão do feito em diligência, registre-se que há nos autos Parecer detalhado da PGE/PROFIS abordando a matéria, o que acolho pelo indeferimento.

Pelo exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso interposto para manter inalterada a Decisão recorrida.

Portanto, pelo tudo quanto acima exposto, mantenho o julgamento de piso, com o NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **279862.0012/14-1**, lavrado contra **AQUATUBOS INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PLÁSTICOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$87.717,34**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “F”, da Lei n.º 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de maio de 2016.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

RODRIGO LAUANDE PIMENTEL – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS