

PROCESSO - A. I. Nº 206854.0006/17-3
RECORRENTE - CROMEX S/A.
RECORRIDO - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 3ª JJF nº 0096-03/18
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 20/12/2018

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0362-12/18

EMENTA: ICMS. PROGRAMA DESENVOLVE. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. ERRO NO CÁLCULO DA PARCELA SUJEITA À DILAÇÃO DE PRAZO. O §5º do Art. 10 do Decreto nº 8.205/02, incluído pelo Decreto nº 14.372/13, estabeleceu que o prazo para fruição do benefício do Programa DESENVOLVE, para os contribuintes que tiveram a prorrogação concedida mediante Resolução do Conselho Deliberativo, com base no §4º do Art. 10, do referido Decreto nº 8.205/02, somente terá início imediatamente após a data final da fruição do benefício do Programa BAHIAPLAST, nos termos da Resolução anterior, não cabendo restituição de importâncias recolhidas em decorrência da não utilização do benefício previsto na resolução. Recurso **PROVIDO**. Auto de Infração **Improcedente**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão que julgou pela Procedência do Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 19/12/2017, em função da seguinte irregularidade:

Infração 01 – 03.02.04 – Recolheu a menor ICMS em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto, nos meses de julho a dezembro de 2013, no valor de R\$1.292.778,12, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96.

Consta que o Autuado deixou de recolher o ICMS relativo ao piso instituído pelo Art. 2º da Resolução nº 23/09, concernente ao Programa DESENVOLVE, infringindo os Arts. 3º, §§4º e 5º, e 4º, do Decreto nº 8.205/02 c/c Art. 2º da Resolução nº 23/09, além dos Arts. 24 a 26 da Lei nº 7.014/96 c/c o Art. 305 do RICMS/12.

A 3ª JJF decidiu pela Procedência do Auto de Infração, por unanimidade, mediante o Acórdão nº 0096-03/18 (fls. 99 a 105), com base no voto do Relator, a seguir transcrito:

“O Auto de Infração em epígrafe exige crédito tributário, em decorrência da acusação de recolhimento a menos do imposto, em razão do não atendimento ao Piso instituído pelo art. 2º da Resolução nº 23/09, referente ao Programa Desenvolve, nos meses de julho a dezembro de 2013.

Em relação a preliminar de nulidade arguida pelo sujeito passivo, devo dizer que o lançamento obedeceu a todos os requisitos previstos na norma, para validade e consequente produção de efeitos, especialmente quanto à observância do art. 39, do RPAF/99. Os autuantes produziram o competente demonstrativo (fl. 20), bem como na intimação à fl. 15, explicaram perfeitamente o teor da exigência, documentos estes devidamente entregues ao representante do sujeito passivo, conforme assinaturas constantes nos mesmos. Ademais, o autuado compareceu em sede de defesa, abordando com clareza e precisão todos os aspectos do lançamento realizado, demonstrando ter plena ciência dos motivos da autuação, não se podendo falar da presença de cerceamento de defesa.

Deve-se acrescentar que ao contrário do que alega o autuado, o art. 2º, da Resolução nº 23/09, estabelece o seguinte:

“Art. 2º - Fixar, a partir de julho de 2013, a parcela do saldo devedor mensal do ICMS passível do incentivo, em o que exceder a R\$ 215.463,02 (duzentos e quinze mil, quatrocentos e sessenta e três reais e dois centavos), corrigido este valor a cada 12 (doze) meses, pela variação do IGP-M, a partir da data da publicação desta Resolução.”

Portanto, não há erro de fundamentação normativa, não prosperando o pedido formulado pelo impugnante para

retificação e reabertura de prazo de defesa. A acusação fiscal está efetivamente motivada no Auto de Infração, ou seja, está claramente especificada a infração, infrator, descrição dos fatos, enquadramento legal, montante do débito exigido e da multa aplicada.

Dessa forma, fica rejeitada a preliminar de nulidade arguida pelo impugnante, não se constatando qualquer das hipóteses elencadas no art. 18, do RPAF/99, no que diz respeito ao lançamento de ofício, ora guerreado.

No que diz respeito ao mérito, inicialmente vale ressaltar que o Programa Desenvolve tem como objetivos, estimular a instalação de novas indústrias, bem como estimular a expansão, reativação ou modernização de empreendimentos industriais, estando previsto no art. 3º do Regulamento do mencionado Programa, que o Conselho Deliberativo do Desenvolve poderá conceder dilação de prazo de até 72 meses para o pagamento de até 90% do saldo devedor mensal do ICMS, relativo às operações próprias, gerado em razão dos investimentos constantes dos projetos aprovados pelo Conselho Deliberativo.

O Autuado, beneficiário originalmente do Programa BAHIAPLAST, foi habilitado aos benefícios do Desenvolve através da Resolução nº 80/2005, que posteriormente (30/09/2009) foi alterada pela Resolução nº 23/2009, onde ficou estabelecido, a partir de julho de 2013, um piso de R\$215.463,02, e prazo até julho de 2019 para fruição, fls. 82 a 86. Em 03 de outubro de 2012 a Resolução nº 153/2012 prorrogou o prazo de fruição dos benefícios por mais 66 (sessenta e seis) meses, não fazendo referência ao piso. A Resolução nº 155/2013 de 17 de dezembro de 2013 retificou a Resolução nº 23/2009, para fixar o piso de R\$215.463,02, a partir de janeiro de 2019, sendo que o seu art. 2º determinou que esta Resolução mais recente entrasse em vigor na data de sua publicação.

Em suma, este é o cenário legal que norteou a apuração levada a efeito pelas autuantes que resultou na autuação, ora em lide, consoante demonstrativo à fl. 20, que considera o “Piso Desenvolve” no valor de R\$215.463,02, fixado pela Resolução nº 23/2009, válido para o período de julho a dezembro de 2013.

O impugnante em sede de defesa requereu a improcedência sob o fundamento de que não há que se falar em piso no período considerado pelos autuantes que nortearam a autuação. Sustentou que a prorrogação dos benefícios fiscais por mais 66 meses estabelecida pela Resolução nº 153/2012, implicaria que esse novo prazo não se iniciaria desde logo com a publicação da referida, e que o “piso” de ICMS só poderia ser considerado exigível, na pior das hipóteses, depois de 28.5.2018.

Acrescentou que efetuou pedido formal junto ao Conselho do DESENVOLVE, para postular a retificação do art. 2º da Resolução 80/05, protocolado em de 30.8.2013, com vistas a corrigir o termo inicial ali consignado em julho/2013, e que apesar da publicação da Resolução nº 155/2013, que retificou a Resolução nº 23/2009, ter sido feita em 29.12.2013, considera preexistente seu direito para não ser exigido o piso até janeiro/2019.

Entende que a Resolução 155/2013, mesmo tendo sido publicada apenas em Dezembro/2013, só fez CORRIGIR, no texto da Resolução 80/2005, uma regra que até então não tinha sido adaptada – mas que decorria de norma já em vigor e que já tinha sido incorporada no ordenamento jurídico por força da Resolução 153/2012.

Compulsando os elementos que constituem o contraditório em torno da acusação fiscal que consubstancia o presente Auto de Infração constata-se que a questão central da discussão em que se alicerça a lide é pontual, ou seja, gravita exclusivamente em torno do piso de R\$215.463,02, adotado pela fiscalização na apuração do débito exigido na autuação no período de julho a dezembro de 2013.

Verifica-se que o referido piso foi inicialmente estabelecido em 06/05/2009, quando foi publicada a Resolução nº 23/2009 (fls. 85/86), onde foi determinado no art. 2º, que o mesmo deveria vigorar a partir de julho de 2013, e que o prazo de benefício do Desenvolve seria finalizado em julho/2019 (art. 3º).

Em 30 de novembro de 2012, foi publicada a Resolução nº 153/2012 (fl. 87), que apenas prorrogou por mais 66 meses o prazo de fruição dos benefícios do Desenvolve.

A Resolução nº 155/2013 (fl. 89), publicada em 29/12/2013, que retificou a Resolução nº 23/2009, através do seu art. 2º, estabeleceu que o piso de R\$215.463,02, passaria a vigorar a partir de janeiro de 2019.

Analisando as Resoluções supracitadas, consta-se que a Resolução nº 153/2012, apenas prorrogou o direito do autuado ao benefício do Desenvolve, não fazendo qualquer menção ao piso que foi estabelecido pela Resolução nº 23/2009, com vigência a partir de julho/2013.

A Resolução nº 155/2013, sim, que retificou a vigência do mencionado piso, fixando que o mesmo deveria vigorar a partir de janeiro de 2019.

Ocorre que esta última Resolução, em seu último artigo, determina expressamente que seus efeitos entrarão em vigor na data de sua publicação, ou seja, 29/12/2013.

Dessa forma, não resta dúvida que para no período compreendido entre julho a dezembro de 2013, o contribuinte deveria pagar o piso de R\$ 215.463,02.

Portanto, não assiste razão ao autuado em suas alegações, não havendo do que se falar também que seu pedido junto ao Conselho do DESENVOLVE, para postular a retificação do art. 2º da Resolução 80/05, protocolado em

de 30.8.2013, lhe garantiria a não exigência do piso até essa data, uma vez que a Resolução nº 155/2013, que retificou a Resolução nº 23/2009, somente tem validade a partir de 29.12.2013, não determinando isenção de exigência do piso até a data de sua publicação.

Compete salientar que o valor do piso é determinado expressamente nas Resoluções emitidas pelo Conselho Deliberativo do Desenvolve ao longo da vigência dos benefícios, e quando o contribuinte está obrigado a recolher um determinado piso, não importa se o mesmo efetua vendas internas ou interestaduais, para a aplicação da alíquota de cobrança do imposto devido. O que está em foco é o valor mínimo, a partir do seu saldo devedor, que o contribuinte obrigatoriamente deve recolher.

Em relação ao pedido para dispensa da multa, que está legalmente prevista em lei (art. 42, inciso II, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96), não é de competência desse Órgão Julgador a sua redução ou cancelamento, uma vez que esse benefício restringe-se às multas por descumprimento de obrigações acessórias, a teor do que determina o art. 158, do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Em face ao acima analisado, concluo pela subsistência da autuação, pois restou comprovado, mediante o roteiro de auditoria fiscal aplicado, que o autuado não atendeu ao recolhimento do piso estabelecido para o período questionado.

Por tudo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.”

O Autuado apresentou Recurso Voluntário (fls. 115 a 128), nos termos do Art. 169, I, “b”, do RPAF/99, no qual alegou ter demonstrado duas nulidades existentes no Auto de Infração, mas só uma teria sido examinada na Decisão recorrida, referente à indicação do Art. 2º da Resolução nº 23/09, quando pretendia indicar o dispositivo que instituiu o piso de ICMS, o Art. 2º da Resolução nº 80/05, o qual foi modificado pela Resolução nº 23/09.

Disse que a retificação da autuação deverá impor a devolução do prazo para defesa, sendo nulo o Auto de Infração em razão do erro na fundamentação legal, o que implicou o cerceamento do seu direito de defesa.

Afirmou que também há uma nulidade por violação ao Art. 39, IV, “c”, do RPAF/99, a qual se agrava diante da omissão fazendária no que diz respeito ao disposto no Art. 41, II, do mesmo diploma regulamentar, não havendo comando normativo que permita presumir que todas as suas saídas foram internas, com aplicação da alíquota máxima de 17%, quando praticamente toda a sua produção é destinada a outras unidades da Federação, com incidência das alíquotas de 7% ou 12%, conforme o Estado destinatário.

Relatou que era originalmente beneficiado pelo Programa BAHIAPLAST, e que só foi submetido ao recolhimento de ICMS a título de piso após a migração para o Programa DESENVOLVE, com a publicação da Resolução nº 23/09, que modificou a redação da Resolução nº 80/05.

Acrescentou que a Resolução nº 153/12 prorrogou o prazo dos seus benefícios fiscais e, baseado no Art. 10, §§4º e 5º, do Decreto nº 8.205/02, o prazo de fruição do benefício do Programa DESENVOLVE era contado imediatamente após a data final do benefício do Programa BAHIAPLAST, sendo o piso de ICMS exigível apenas a partir de janeiro de 2019.

Asseverou que a retificação foi efetuada pela Resolução nº 155/13 por ser evidente o seu direito, corrigindo uma omissão existente na redação do Art. 2º da Resolução nº 80/05, fornecida pela Resolução nº 153/12, em função de pedido administrativo que efetuou em 30/08/2013, não podendo ser penalizado pela morosidade fazendária para a correção do equívoco.

Sustentou que é responsável somente pelo protocolo tardio de sua petição, devendo responder só pelo piso de ICMS devido no curso do prazo de 2 meses dentro do qual o Conselho Deliberativo do DESENVOLVE estava obrigado a decidir o pedido, nos termos do Art. 11 do Decreto nº 8.205/02, ou seja, apenas até 30/10/2013.

Solicitou a aplicação do disposto no Art. 100, I, e parágrafo único, do CTN, para afastar a exigência de multas, juros e atualização monetária, caso o imposto seja considerado devido, por ter seguido a orientação normativa contida na Resolução nº 155/13, que determinou o adiamento do pagamento do piso de ICMS para janeiro de 2019.

Requeru o recebimento e o julgamento pela procedência do Recurso Voluntário, na hipótese de

não serem acolhidas as alegações de nulidades que, se reconhecidas, devem impor a reabertura do prazo de defesa.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão que julgou pela procedência do Auto de Infração em epígrafe, em decorrência da acusação de recolhimento a menos do imposto, em razão do não atendimento ao piso instituído pelo Art. 2º da Resolução nº 80/05, alterado pela Resolução nº 23/09, referente ao Programa DESENVOLVE, nos meses de julho a dezembro de 2013.

Preliminarmente, o Autuado suscitou nulidade por cerceamento de defesa, em razão da indicação como fundamento da autuação do Art. 2º da Resolução nº 23/09, ao invés do Art. 2º da Resolução nº 80/05, e pela falta de elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração, em função da indicação da alíquota de 17% no Auto de Infração, já que quase toda a sua produção é destinada a outras unidades da Federação, situação que a alíquota aplicável é 12%.

Em relação à indicação como fundamento da autuação do Art. 2º da Resolução nº 23/09, quando o correto seria o Art. 2º da Resolução nº 80/05, verifico que assiste razão ao Autuado quanto ao fato, mas entendo que tal equívoco não se traduz em nulidade por cerceamento de defesa, já que ele próprio demonstrou exatamente o motivo pelo qual está sendo exigido o imposto, elaborando defesa detalhada sobre a matéria.

Deve ser ressaltado que, conforme estabelecido no §2º do Art. 18 do RPAF/99, não se declarará a nulidade se o ato praticado de forma diversa houver atingindo a sua finalidade, principalmente porque a Resolução nº 80/05 foi toda alterada pela Resolução nº 23/09, necessitando uma maior atenção para a interpretação do dispositivo.

Saliento que igual equívoco foi estampado na Resolução nº 155/13, retificando o Art. 2º da Resolução nº 23/09, quando queria retificar o Art. 2º da Resolução nº 80/05, dispositivo referenciado pelo Autuado em sua Defesa.

Além disso, foram indicados outros dispositivos como infringidos, quais sejam os Arts. 3º, §§4º, 5º e 4º do Decreto nº 8.205/02, os Arts. 24 a 26 da Lei nº 7.014/96 e o Art. 305 do RICMS/12, não causando nenhum prejuízo à impugnação.

No tocante à indicação da alíquota de 17%, ressalto que esta era a alíquota normal do ICMS à época dos fatos e que a infração decorre de erro na apuração dos valores do imposto, porque o Autuado não observou que deveria ser abatido do saldo devedor do ICMS o valor de R\$215.463,02, para se encontrar a parcela passível de incentivo do benefício do Programa DESENVOLVE.

Portanto, como o cálculo do imposto devido não decorre de bases de cálculo e alíquotas específicas, mas da apuração do imposto, as bases de cálculo e alíquotas constantes do Auto de Infração são meramente indicativas, também não resultando em nulidade.

Portanto, afasto as nulidades suscitadas.

Para análise do mérito, é necessário contextualizar os benefícios concedidos ao Autuado no âmbito dos Programas BAHIAPLAST e DESENVOLVE.

O Autuado, beneficiário originalmente do Programa BAHIAPLAST, foi habilitado ao benefício do Programa DESENVOLVE mediante a Resolução nº 80/05, que posteriormente foi toda alterada pela Resolução nº 23/09, onde ficou estabelecido, a partir de julho de 2013, um piso de R\$215.463,02, e prazo para fruição até julho de 2019. A Resolução nº 153/12, baseada no §4º do Art. 10 do Decreto nº 8.205/02, incluído pelo Decreto nº 14.176/12, prorrogou o prazo de fruição dos benefícios por mais 66 meses, sem fazer referência ao piso.

O §5º do Art. 10 do Decreto nº 8.205/02, incluído pelo Decreto nº 14.372/13, estabeleceu que o prazo para fruição do benefício do Programa DESENVOLVE, para os contribuintes que tiveram a prorrogação concedida mediante Resolução do Conselho Deliberativo, com base no §4º do Art.

10, do Decreto nº 8.205/02, somente terá início imediatamente após a data final prevista da fruição do benefício do Programa BAHIAPLAST, nos termos da Resolução anterior, não cabendo restituição de importâncias recolhidas em decorrência da não utilização do benefício previsto na Resolução.

Assim, o Autuado requereu e foi publicada a Resolução nº 155/13, publicada em dezembro de 2013, que retificou a Resolução nº 80/05 [23/09], para fixar o piso de R\$215.463,02, somente a partir de janeiro de 2019. Entretanto, o seu Art. 2º dispõe o seguinte: “*Esta Resolução entrará em vigor na data de sua publicação*”. Daí nasceu o equívoco interpretativo.

Enquanto os Autuantes entenderam que a parcela passível de incentivo do benefício do Programa DESENVOLVE seria apenas aquela que superasse o valor de R\$215.463,02, estabelecido no Art. 2º da Resolução nº 80/05, com a redação da Resolução nº 23/09, no período de julho a dezembro de 2013, o Autuado se filiou à tese de que a alteração promovida pela Resolução nº 155/13, em razão da inclusão dos §§4º e 5º ao Art. 10 do Decreto nº 8.205/02, prorrogou o início da aplicação do citado piso para o mês de janeiro de 2019.

Analisando a evolução dos fatos, constatamos que a interpretação efetuada pelo Autuado é a mais razoável, já que os dispositivos incluídos no Regulamento do Programa DESENVOLVE ao longo do período combinados com as Resoluções publicadas induzem ao raciocínio de que possuíam a finalidade de prorrogar o início das condições deste benefício para o período em que fosse encerrado o benefício do Programa BAHIAPLAST.

Assim, fundado nos métodos de interpretação lógico, histórico-evolutivo e teleológico, me filio a tese de que o citado piso no valor de R\$215.463,02 só deve ser exigido a partir de janeiro de 2019, conforme a redação do art. 2º da Resolução nº 80/05 promovida pela Resolução nº 155/13.

Diante do exposto, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário para declarar a improcedência do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº 206854.0006/17-3, lavrado contra **CROMEX S/A**.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de novembro de 2018.

MAURICIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

MARCELO MATTEDI E SILVA – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS