

A. I. Nº - 298579.0004/17-5
AUTUADO - GLOBALPACK DO NORDESTE INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.
AUTUANTES - HELIO RODRIGUES TORRES JUNIOR
ORIGEM - INFAZ FEIRA DE SANTANA
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 27/03/2013

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0035-05/18

EMENTA: ICMS. BENEFÍCIOS FISCAIS. DESENVOLVE. SUSPENSÃO DO BENEFÍCIO. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. FALTA DE PAGAMENTO NO PRAZO REGULAMENTAR DA PARCELA NÃO SUJEITA A DILAÇÃO DO PRAZO. 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. É a aplicação do art. 18 do Decreto nº 8.205/2002. No caso específico, ficou comprovado que o sujeito passivo recolheu a parcela não sujeita à dilação de prazo, relativo a data de ocorrência 31/07/2014, fora do prazo regulamentar. Infração subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 27/09/2017, reclama crédito tributário no valor de R\$182.409,88, na forma do demonstrativo de fls. 5, atribuindo ao sujeito passivo o cometimento da seguinte irregularidade concernente à legislação do ICMS:

INFRAÇÃO 1 – 03.08.03: Recolheu a menor 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 e de Integração Econômica do Estado da Bahia – DESENVOLVE, relativo ao mês de julho do ano 2014. Lançado ICMS no valor de R\$182.409,88, mais 60% de multa, com enquadramento nos artigos 37 e 38 da Lei nº 7.014/96, c/c artigos 4º e 18 do Decreto nº 8.205/02, e multa tipificada no art. 42, inc. II, “f”, da Lei nº 7.014/96.

O autuado apresenta defesa administrativa, fls. 12 a 18, com documentos anexos, contestando o Auto de Infração em tela, pelas razões que seguem.

Diz que a título de contextualização, habilitou-se ao Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia - DESENVOLVE, tendo sido autorizado tratamento tributário diferenciado, com a previsão de dilação de prazo para pagamento de parcela do ICMS devido, nos termos da legislação pertinente, especialmente art. 39 do Decreto nº 8.205/2002, que destaca.

Observa que a adesão ao DESENVOLVE, Resolução nº 93/2013, retificada pela Resolução nº 18/2014 foram regularmente publicadas no Diário Oficial do Estado, nas datas de 11.07.2013 e 15.03.2014, respectivamente, conforme reproduz.

Momento seguinte, pontua que a infração e a multa aplicada no Auto de Infração ora impugnado, foram capituladas nos artigos 37 e 38 da Lei nº 7.014/96, c/c artigos 4º e 18 do Decreto nº 8.205/02, que destacam.

Das razões para o cancelamento da autuação:

- “Quebra do princípio da legalidade pela imposição de sanção não prevista em Lei criada por

Decreto regulamentar”.

Cita que a autuação aqui discutida decorre de suposta falta de pagamento tempestivo da parcela do ICMS não sujeita à dilação de prazo, conferida pelo benefício fiscal concedido pelo Estado da Bahia (DESENVOLVE).

Com a ausência do pagamento dos 10% do tributo não alcançados pela dilação de prazo, acabou por ocasionar a perda do direito da Impugnante de utilizar-se da dilação para recolhimento do restante do montante apurado, ou seja, houve supressão integral do benefício fiscal concedido.

Aduz que o Fisco Estadual lastreou sua acusação no art. 18 do Decreto nº 8.205/2002, promulgado pelo governador, a fim de regulamentar a Lei nº 7.980/2001, que institui o DESENVOLVE.

Diz que, inexistente qualquer previsão de supressão do benefício em caso de não pagamento da parcela *"a vista"* na lei estadual. E, é lição básica de Direito, que os atos normativos do poder executivo (v.g. decreto) não têm o condão de inovar no ordenamento jurídico, servindo tão somente para regulamentar as leis produzidas pelo Poder Legislativo.

Sustenta que, somente o Legislativo pode criar ou suprimir direitos, assim como criar penalidades. A atuação do executivo limita-se a aplicar a lei de ofício, além de regulamentá-la, facilitando e esclarecendo sua aplicação, mas nunca criando direitos ou obrigações. Cita entendimento de José Afonso da Silva, acerca dos limites do poder regulamentar conferido ao Executivo.

- *“Da ausência de lei complementar no enquadramento legal a amparar o lançamento de ofício.*

Afirma que, o enquadramento legal do Auto de Infração ora combatido é contraditório, ao afirmar que benefícios fiscais só podem ser revogados desde que obedecidas as disposições constantes das leis complementares que tratem dessa matéria (art. 37 da Lei Estadual nº 7.014 de 04 de dezembro de 1996, supra reproduzido), sem elencar qualquer dispositivo oriundo de Lei Complementar que disponha sobre a revogação, cancelamento ou ainda perda do direito ao benefício fiscal. Cita o art. 155 da CF/88.

Destaca que é latente a necessidade de que o Auto de Infração em questão fosse amparado em dispositivo legal oriundo de Lei Complementar, o que não ocorreu. Aliás, sequer existe previsão de revogação do benefício em lei ordinária, existindo menção à revogação do incentivo tão somente em decreto produzido pelo executivo.

- *“Da ausência de competência da autuante para decretar a perda do direito ao incentivo fiscal concedido - competência exclusiva do conselho deliberativo do desenvolve”.*

Pontuou que, afora a impossibilidade de cancelar benefício fiscal sem lei que o ampare, como visto acima, o ente autuante (SEFAZ/BA) tampouco detém competência para fazê-lo. É que a supressão do benefício é de competência exclusiva do ente que o concedeu, *in casu*, do Conselho Deliberativo do DESENVOLVE, enquanto Diz que a ausência de Resolução do Conselho Deliberativo do DESENVOLVE determinando o cancelamento do benefício, publicada na imprensa oficial, torna nula qualquer iniciativa da fiscalização nesse sentido.

O fato de o Fisco ter procedido à apuração do imposto nos moldes do regime normal de apuração, considerando a perda do direito à dilação do prazo de pagamento para as operações que estão excluídas da forma de apuração resultante de fruição de benefício fiscal, significa evidente supressão de benefício.

Nesse sentido, diz que essa E. Corte (CONSEF), vem anulando autos de infração idênticos ao em apreço, em razão da incompetência funcional do Auditor para cancelar benefício fiscal concedido por outro órgão. Cita duas ementas de Acórdão deste Conselho de Fazenda.

- *“ Do erro de capitulação da multa”*

Aponta que, da leitura do relato das infrações constantes no Auto de Infração combatido nestes autos, é possível observar que a multa imposta à Impugnante foi capitulada no artigo 42, inciso II, alínea "f" da Lei nº 7.014/1996, que destaca.

Observa que a alínea "f" acima transcrita, é uma espécie de enquadramento geral e genérico de penalidade envolvendo o ICMS, geralmente utilizada quando a autoridade fiscal não encontra nas demais alíneas do dispositivo a real e específica infração cometida pelo contribuinte, ou alguma ou mais se aproxime da conduta perpetrada.

Por outro lado, menciona que numa simples leitura dos demais incisos do art. 42 da Lei nº 7.014/1996, é possível identificar hipótese tratada no inciso I que, sem embargos, representa com fidelidade o ato infracional do qual a Impugnante está sendo acusada de ter cometido, qual seja, recolher o tributo a destempo, que destaca.

Considera ser relevante salientar que os valores lançados foram apurados por meio de declarações eletrônicas, quais sejam, a DMA (Declaração Mensal de Apuração e informações complementares) e de DPD (Declaração do Programa DESENVOLVE), entregues ao fisco pela Impugnante, o que ainda mais se adequa ao inciso I acima transcrito.

Aduz que, a identidade entre a situação hipotética descrita na legislação e os fatos dos quais a Impugnante está sendo acusada de ter praticado com base no inciso I e não no inciso II, que a fiscalização optou por enquadrar está equivocada e, a consequência de tal erro significou um acréscimo de aproximadamente R\$18.000,00 (dezoito mil reais), ao se considerar que a capitulação correta das penalidades impõe uma multa de 50% do valor do imposto, quando a capitulação original previa 60%.

Desta maneira defende que, na hipótese de não ser integralmente cancelado o Auto de Infração em epígrafe, não pode subsistir, ao menos, a multa aplicada de maneira equivocada.

- *Dos pedidos.*

Ante o exposto, demonstrada a insubsistência e improcedência da ação fiscal, a Impugnante pede e espera que o Auto de Infração nº 298579.0004/17-5 seja integralmente cancelado. Por fim, a Impugnante protesta pela produção de todas as provas admitidas em direito, a fim de comprovar a veracidade dos fatos acima expostos, notadamente a documental, que já consta dos autos ou que venha a ser solicitada pelas decisões futuras neste processo.

O Autuante presta Informação Fiscal, fls. 37/41, destacando que se trata de Auto de Infração lavrado com o objetivo de exigir da Globalpack, o crédito de ICMS acrescido de multa e encargos, no valor histórico de R\$182.409,88.

Cita que o defendente alega que o lançamento de ofício sustentou-se na premissa de que a Globalpack teria deixado de recolher o tributo referente à parcela não sujeita à dilação de prazo, no prazo regulamentar, perdendo por esta razão, o direito ao benefício em relação à parcela incentivada pelo Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – DESENVOLVE, no mês de julho de 2014.

Diz que o defendente contextualiza, informando que se habilitou ao Programa DESENVOLVE (Resolução 93/2013, retificada pela Resolução 18/2014, publicadas nas datas de 11/07/2013 e 15/03/2014, respectivamente fls. 14 e 15).

Destaca que o sujeito passivo observa que a autuação decorre da falta de pagamento tempestivo da parcela do ICMS não sujeita a dilação de prazo, conferida pelo Programa DESENVOLVE, do qual se beneficia

Nesta perspectiva, traz aos autos, como Informação Fiscal, depois de desenvolver outras considerações, que o sujeito passivo, na defesa apresentada, suscitou o cancelamento do lançamento por incompetência legal do autuante para lavrar Auto de Infração, porque a

competência para suspender tal benefício é do Conselho Deliberativo do DESENVOLVE de acordo com o seu Regulamento (Decreto nº 8.205/02).

Diz discordar sobre a hipótese do cancelamento suscitado, tendo em vista que a competência da plenária do mencionado Conselho, conforme definido no art. 7º da Resolução nº 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.”*

Desta forma, uma vez concedido o benefício fiscal previsto no DESENVOLVE, 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 que conflitem com as normas, é da competência dos auditores fiscais da Secretaria da Fazenda, fazer o lançamento de ofício nos termos do art 6º da Lei nº 8.210/02 e art 42 do Decreto nº 7.629/99., que destaca.

Diz que a fiscalização pode não aplicar o benefício, que é condicionado, e apurar o imposto pelo regime normal de tributação, nos períodos mensais em que o sujeito passivo não atender os regramentos do DESENVOLVE. Como dispõem os artigos 37 e 38 da Lei nº 7014/96, c/c os artigos 4º e 18º do Decreto nº 8.205/02.

Pede que seja julgado Procedente o Auto de Infração em tela.

VOTO

Inicialmente constato que o presente Processo Administrativo Fiscal está revestido das formalidades legais no que preceitua o RPAF/99, onde não foi constatada violação ao devido processo legal, sendo o imposto, a multa e suas bases de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados (fls. 05, 07 e 08) aos autos, em que considero suficientes para formação de minha convicção na análise da lide, não ensejando qualquer outra produção de prova na forma do que dispõe o art. 147, inciso I, alínea “a” do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629 de 09/07/99.

Por sua vez, em que pese não ter visto arguições específicas de nulidade na autuação de forma clara e específica, observo alguns relances destacados pelo sujeito passivo no que diz respeito ao recolhimento do ICMS amparado pelo Programa Desenvolve, sob a perspectiva de que adentra em seara que não é de competência do autuante, vez que a Lei nº 7.980/01, que instituiu o citado programa, não incluiu o atraso no pagamento do imposto entre as situações que podem implicar na perda do referido benefício fiscal; bem como ao teor do artigo 19 do Decreto nº 8.205/02, que aprovou o Regulamento do Programa Desenvolve, onde dispõe que somente o Conselho Deliberativo do Desenvolve possui competência para cancelar os benefícios concedidos.

Ultrapasso essa possível preliminar de arguição de nulidade, pois a exigência do imposto na presente autuação, é decorrente da falta de preenchimento de condição para fruição do benefício fiscal sem que tenha ocorrido o cancelamento do benefício. A situação descrita na autuação em comento, não se confunde com o cancelamento da autorização de uso do benefício prevista no art. 19 do Decreto nº 8.205/02, procedimento este da competência exclusiva do Conselho Deliberativo do DESENVOLVE. Nos períodos seguintes, objeto da autuação, como assim está previsto no parágrafo único do art. 18 do mesmo diploma legal, sendo preenchido o requisito regulamentar, como o recolhimento do imposto no prazo, que é o objeto da citada infração, o benefício volta a prevalecer e o contribuinte retoma o gozo do benefício.

Adentrando ao mérito da lide, trata-se de Auto de Infração, lavrado para exigir o valor de R\$182.409,88, sob acusação de ter recolhido 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 e de Integração

Econômica do Estado da Bahia – DESENVOLVE, relativo ao mês de julho de 2014, em conformidade com o demonstrativo de fls. 5 dos autos, com enquadramento nos artigos 37 e 38 da Lei nº 7.014/96, c/c artigos 4º e 18 do Decreto nº 8.205/02, e multa de 60% tipificada no art. 42, inc. II, “f”, da Lei nº 7.014/96.

Assim dispõe o artigo 18 do Decreto nº 8.205/02, que regulamenta Regulamento do Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – DESENVOLVE:

“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”. (Grifos acrescidos)

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.(Grifo acrescido)

O Programa Desenvolve tem como objetivos, estimular a instalação de novas indústrias, bem como 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, podendo o saldo dilatado ser ainda pago com redução de até 90%, 85%, 80%, 45%, e 30%, antecipando seu pagamento em 60, 48, 36, 24 e 12 meses, respectivamente.

Visando demonstrar a irregularidade imputada ao sujeito passivo, o d. agente Fiscal aplicou o roteiro de auditoria fiscal específico para empresas beneficiadas pelo Programa DESENVOLVE. Como tal, à luz das documentações acostadas aos autos, vê-se que foi concedido ao defendente a dilação de 72 meses para o pagamento de 90% (R\$182.409,88) do saldo devedor mensal do imposto passível de incentivo pelo programa (R\$202.677,64), relativo às operações próprias incentivadas.

Neste contexto, de acordo com o demonstrativo de fl. 5, que dá embasamento a autuação na forma da descrição dos fatos à fl. 1 do auto, têm-se o seguinte:

Data Ocorr	Parcela Não Incentivada Recolhida	Data Prevista Recolhimento Parcela Não Incentivada	Data Efetiva Recolhimento Parcela Não Incentivada	Parcela Incentivada Benefício Desenvolve	Perda do Benefício Desenvolve	ICMS a Recolher
(a)	(b)	(c)	(d)	(e)	(f)	(g=f)
31/07/2014	21.932,55	11/08/2014	13/08/2014	182.409,88	182.409,88	182.409,88

Isto posto, sobre o mérito da autuação, observo que de fato em relação a data de ocorrência de 31/07/2014, a parcela não incentivada, correspondente ao valor de R\$21.932,55, prevista para recolhimento em 11/08/2014, primeiro dia útil após a data de vencimento devido de 09/08/2014, na forma da legislação, foi recolhida no dia 13/08/2014, o que não é negado pelo defendente.

Neste contexto, o art. 18 do Decreto nº 8.205/02, que regulamenta o Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – DESENVOLVE, é taxativo ao determinar que a empresa habilitada ao programa 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.

É o que assim, assertivamente procedeu o d. agente Fiscal, em relação à data de ocorrência de 31/07/2014, considerou que o defendente perdeu o direito ao benefício em relação as operações ocorridas no mês de julho de 2014, em razão da falta de recolhimento da parcela não incentivada na data regulamentar, apontando como ICMS recolhido a menor o valor de R\$182.409,88, correspondente à parcela incentivada pela perda do benefício.

Entendo portanto subsistente a autuação na forma apontada pelo agente Fiscal, que cumpriu o seu dever funcional, em obediência à legislação vigente no Estado da Bahia, relativo ao imposto

apurado no valor de R\$182.409,88, pela perda do direito ao benefício em relação à parcela incentivada, relativa ao mês de julho de 2014. Infração subsistente.

Sobre a multa aplicada, esta tem previsão legal e deve ser mantida, pois em conformidade com o art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96 é a devida para a infração cometida.

Por todo o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **298579.0004/17-5** lavrado contra **GLOBALPACK DO NORDESTE INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$182.409,88**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

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

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

JOÃO VICENTE COSTA NETO – RELATOR

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVEA – JULGADOR