

A. I. Nº - 271581.0007/17-0
AUTUADO - TRM RESINAS TERMOPLÁSTICAS INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.
AUTUANTE - RODOLFO LUIZ PEIXOTO DE MATTOS SANTOS
ORIGEM - INFAZ INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 14.02.2019

6ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0037-06/18

EMENTA: ICMS. INCENTIVOS FISCAIS. BENEFÍCIOS FISCAIS. PROGRAMA DESENVOLVE. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO OBJETO DE DILAÇÃO DE PRAZO. O Conselho Deliberativo do DESENVOLVE poderá conceder dilação de prazo de até 72 (setenta e dois) meses para o pagamento de até 90% (noventa por cento) do saldo devedor mensal do ICMS, relativo às operações próprias, gerado em razão dos investimentos constantes dos projetos aprovados. Sobre cada parcela do ICMS com prazo de pagamento dilatado, incidirão encargos financeiros correspondentes à taxa anual de juros de longo prazo, estabelecida na Resolução do Conselho Deliberativo do DESENVOLVE que conceder o incentivo. Infração caracterizada. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, foi lavrado no dia 27/06/2017, para exigir ICMS no valor histórico de R\$ 4.347.782,39, acrescido da multa de 50%, prevista no art. 42, I da Lei nº 7.014/1996, sob a acusação de falta de recolhimento do imposto “*dilatado*” no prazo regulamentar, devidamente informado em declaração eletrônica prevista na legislação tributária por contribuinte beneficiário do Programa Desenvolve (fevereiro de 2016 a janeiro de 2017).

Consta a seguinte informação no corpo da peça inicial, *in verbis*:

“Foi postergado o pagamento da parcela incentivada, havendo declaração de dedução na DMA, com o prazo de 72 meses, conforme determinado pelo Dec. 8.205/2002, e Resolução Desenvolve discriminada na planilha “DESENVOLVE – Apuração do ICMS com Prazo Dilatado Não Recolhido”, anexa a este Auto, e no vencimento do prazo não houve o recolhimento. Valores na planilha atualizados conforme Resolução citada. Nos meses em que o valor deduzido não corresponde ao valor de direito pelo Desenvolve, na planilha consta o cálculo do valor efetivamente postergado. Nos meses em que houve recolhimento antecipado parcial da parcela incentivada, foi calculado o saldo a recolher de acordo com o determinado no Regulamento do Programa Desenvolve, Dec. 8.205/2002, Art. 6º”.

O contribuinte ingressa com impugnação às fls. 32 a 62.

Entende que a autuação não merece prosperar, tanto pelos vícios de nulidade que maculam a lavratura do lançamento de ofício quanto por questões fáticas e jurídicas que influenciam o mérito.

Informa que foi equivocadamente enquadrado na Classe II da Tabela I do Regulamento do Programa Desenvolve, conforme Resolução nº 53/2004, posteriormente retificada pela de nº 170/2012, que o habilitou aos benefícios da Classe I (doc. 04).

O regime da segunda Resolução (nº 170/2012) permite pagar o valor correspondente a 10% do imposto apurado, ficando o saldo remanescente sujeito à dilação de prazo para recolhimento em até 72 meses. Facultada a antecipação do pagamento com desconto de até 90% sobre o valor postergado (90% do imposto devido).

Nesta condição, restariam devidos 9% do apurado. Considerando-se os 10% a recolher compulsoriamente, o percentual totaliza 19% (10% + 9%).

Nos seus dizeres, o auditor reconhece que o saldo supostamente pendente de pagamento corresponde a 80% do imposto apurado, pelo que tem como claro que efetuou o pagamento de 20% do total do imposto devido.

Segundo alega:

“No momento, necessário se faz ressaltar que, a Resolução 170/2012 veio para regularizar equivocado ato administrativo de enquadramento, posto que a habilitação da Impugnante no "PROGRAMA DESENVOLVE", analisada à época, deveria ter ocorrido na forma do artigo 10- A do Decreto nº 8.205 de 03 de abril de 2002, como migração, nos beneficiando com as reduções da Classe I de Enquadramento, e não uma nova habilitação como de fato ocorreu.

Da forma que foi recepcionado, avaliado e deferido o projeto de incentivo, a empresa ficou sujeita a aderência deste à matriz de desenvolvimento industrial do Estado, estabelecida na Tabela I, anexa ao Regulamento do Desenvolve e, por fim, "beneficiada" somente pela modalidade Classe II.

Deste modo, tendo em vista o errôneo enquadramento da empresa na Classe II do "PROGRAMA DESENVOLVE", foi necessário a alteração de sua habilitação no referido programa para Classe I, o que ocorreu com a Resolução 170/2012, alterando o estabelecido pelo inciso II, artigo 1º da Resolução 53/2004.

Portanto, as condições da Impugnante para ingresso na Classe I sempre existiram, e seus benefícios devem ser considerados desde sua habilitação.

A Resolução 170/2012, proclama situação preexistente capaz de conceder ao contribuinte o benefício fiscal de enquadramento na Tabela I do Decreto regulamentador do Programa Desenvolve. O ato de retificação tem efeito retroativo à data em que a Impugnante reunia os pressupostos legais para o reconhecimento dessa qualidade, que seja, desde o início da habilitação do referido programa. Declarando um direito do contribuinte que sempre existiu”.

Tece considerações acerca do princípio da legalidade, assinalando que a jurisprudência tem caminhado firme no sentido do reconhecimento da improcedência dos lançamentos efetuados sem qualquer critério lógico.

Indica o caráter supostamente confiscatório da multa e a inconstitucionalidade dos acréscimos moratórios aplicados:

“Assim, qualquer acréscimo que lhe seja imputado, além da multa, em percentual superior à SELIC, tal como acontece no caso vertente, em que há acréscimo moratório na razão de 1% ao mês, se mostra totalmente ilegal e inconstitucional”.

Protesta pela produção de provas e conclui requerendo o acolhimento das razões defensivas.

Na informação fiscal, de fls. 84/85, o auditor sustenta que o sujeito passivo postergou o pagamento do ICMS relativo ao Programa DESENVOLVE e não recolheu quando do vencimento, motivo pelo qual não encontrou os pagamentos nas informações econômico-fiscais. Por isso foi lavrado o presente Auto.

Nos documentos de arrecadação estadual (DAEs) referentes aos períodos de 2010 a 2018 não há registros de recolhimentos relativos ao ICMS-DESENVOLVE postergado.

Refuta a tese de nulidade e assinala que, no demonstrativo de fl. 04, embora haja citação à Resolução nº 53/2004, os cálculos tomaram como referência a Resolução nº 170/2012 (contribuinte beneficiário da Classe I).

Considerando que não foi comprovado o recolhimento do ICMS, pugna pela procedência do Auto de Infração.

VOTO

Inicialmente, cumpre analisar as consequências jurídicas da publicação no D.O.U. (Diário Oficial da União) de 18 de dezembro de 2017, do Convênio ICMS nº 190/2017, que regulamenta a Lei Complementar nº 160/2017, instituída para assegurar a validade dos benefícios fiscais, semelhantes ao Programa Desenvolve, criados unilateralmente pelos Estados e Distrito

Federal, em descumprimento ao quanto disposto na alínea "g", do inciso XII, do § 2º, do art. 155 da Constituição Federal de 1988, isto é, no bojo da denominada "guerra fiscal".

O objetivo da Lei Complementar e do Convênio é o de trazer segurança jurídica aos contribuintes que, atraídos pelas outorgas dos Estados e Distrito Federal, gozaram de redução, isenção, dilação de prazo para pagamento etc., como contrapartida de investimentos efetivados nos territórios das unidades instituidoras das benesses, mas que recentemente têm experimentado riscos não só de vê-las revogadas (as benesses), como também de serem cobradas por toda carga tributária até então reduzida ou isentada.

Isso porque o STF (Supremo Tribunal Federal), tem entendido que tais concessões unilaterais, sem a prévia celebração de Acordos entre as unidades da Federação, violam o art. 155, § 2º, XII, "g" da Constituição Federal, e a Lei Complementar nº 24/1975, devidamente recepcionada em 1988, visto que é reservada à Lei Complementar a regulação da forma como, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados (vide ADI 3.796, ADI 4.481, ADI 429, ADI 3.576 e RE 628.075, submetido ao regime da repercussão geral e ainda pendente de julgamento, entre outros).

Por conseguinte, com o advento do Convênio ICMS nº 190/2017, foram possibilitadas a remissão e a anistia dos créditos tributários do ICMS, constituídos ou não, decorrentes dos benefícios fiscais instituídos por legislação estadual ou distrital publicada até 08 de agosto de 2017 (ou até a data da reinstituição, desde que não ultrapasse 28 de dezembro de 2017, observadas as hipóteses das alíneas "a", "b" e "c", do inciso II, § 1º da cláusula oitava), em desacordo com o disposto na alínea "g", do inciso XII, do § 2º, do art. 155 da Constituição Federal, inclusive aqueles desconstituídos judicialmente.

O citado Convênio, no § 2º da cláusula oitava, condiciona a anistia ou a remissão dos créditos tributários decorrentes dos benefícios fiscais concedidos ao arrepio da Constituição Federal, à desistência de ações judiciais e de processos administrativos fiscais aos mesmos relacionados, inclusive da cobrança de honorários sucumbenciais da unidade federada pelo advogado do contribuinte:

Cláusula oitava Ficam remetidos e anistiados os créditos tributários do ICMS, constituídos ou não, decorrentes dos benefícios fiscais instituídos, por legislação estadual ou distrital publicada até 8 de agosto de 2017, em desacordo com o disposto na alínea "g" do inciso XII do § 2º do art. 155 da Constituição Federal.

(...)

§ 2º A remissão e a anistia previstas no caput desta cláusula ficam condicionadas à desistência:

I - de ações ou embargos à execução fiscal relacionados com os respectivos créditos tributários, com renúncia ao direito sobre o qual se fundam, nos autos judiciais respectivos, com a quitação integral pelo sujeito passivo das custas e demais despesas processuais;

II - de impugnações, defesas e recursos eventualmente apresentados pelo sujeito passivo no âmbito administrativo;

III - pelo advogado do sujeito passivo da cobrança de eventuais honorários de sucumbência da unidade federada.

O Decreto Estadual nº 18.270/2018, com vistas à remissão e à anistia, recepcionando o Convênio ICMS nº 190/2017 na legislação deste Estado, informou os atos normativos instituídos em desconformidade com a alínea "g", do inciso XII, do § 2º, do art. 155 da Constituição Federal, entre eles o Decreto nº 8.205/2002 (que aprovou o Regulamento do Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia - DESENVOLVE e constituiu o seu Conselho Deliberativo).

Com a edição do Decreto de 2018, nº 18.270, este Estado reconheceu o caráter de invalidez/inconstitucionalidade que revestia os benefícios do Programa Desenvolve. Ao reconhecer e ao incorporar o Convênio ICMS nº 190/2017 na legislação tributária do Estado, possibilitou a convalidação daquilo que até então corria sérios riscos no âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF), como já se disse.

A Lei Estadual de remissão encontra-se na Assembleia Legislativa da Bahia para publicação até 28 de dezembro do corrente ano (2018), conforme previsto no Convênio ICMS nº 190/2017.

Ressalte-se que, a teor do art. 167, I e III do RPAF-BA/1999, este órgão não tem atribuição para exercer controle de constitucionalidade ou para negar eficácia à sobredita cláusula do Convênio ICMS nº 190/2017, ou ao Decreto Estadual nº 18.270/2018:

Art. 167. Não se incluem na competência dos órgãos julgadores:

I - a declaração de inconstitucionalidade;

II - questão sob a apreciação do Poder Judiciário ou por este já decidida.

III - a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior.

Tendo sido o Decreto nº 8.205/2002 - que aprovou o Regulamento do Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – DESENVOLVE, e constituiu o seu Conselho Deliberativo -, objeto da remissão e da anistia de que tratam a Lei Complementar nº 160/2017 e o Convênio ICMS nº 190/2017, com fundamento na cláusula oitava do Acordo interestadual, acima transcrita, concluo que, a princípio, a impugnação deveria ser tida como PREJUDICADA, com o julgamento pela PROCEDÊNCIA do lançamento de ofício.

Entretanto, para que não se alegue suposta supressão de instância, por vislumbrar que o resultado prático do conhecimento da peça defensiva será equivalente ao do não conhecimento, passo a julgá-la nos parágrafos a seguir, assinalando que o Processo Administrativo Fiscal é norteado pelos Princípios da Verdade Material, Oficialidade e Informalidade, entre outros (art. 2º do RPAF-BA/1999):

Art. 2º Na instauração, preparo, instrução, tramitação e decisão do processo administrativo e dos procedimentos administrativos não contenciosos, atender-se-á aos princípios da oficialidade, da legalidade objetiva, da verdade material, do informalismo e da garantia de ampla defesa, sem prejuízo de outros princípios de direito.

§ 1º No preparo, instrução e tramitação do processo, ter-se-á sempre em vista a conveniência da rápida solução do pedido ou litígio, restringindo-se as exigências ao estritamente necessário à elucidação do processo e à formação do convencimento da autoridade requerida ou do órgão julgador.

§ 2º Quando por mais de um modo se puder praticar o ato ou cumprir a exigência, preferir-se-á o menos oneroso para o requerente.

Não possuem amparo fático ou jurídico, os argumentos relativos aos pressupostos de validade do procedimento administrativo, pois a Fiscalização expôs com clareza e correção a fundamentação de fato e de direito, descreveu a irregularidade, indicando os documentos e demonstrativos, com seus dados, anexos, informações e cálculos.

Inexistente violação ao Princípio do Devido Processo Legal ou a quaisquer outros de Direito Constitucional, Administrativo ou Tributário, em especial os do Processo Administrativo Fiscal (art. 2º; RPAF-BA/1999), tendo sido observada a garantia à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizada nos aspectos abordados na impugnação.

Aos valores históricos foram somados os acréscimos legais e a multa previstos nos artigos 42, I e 51 da Lei nº 7.014/1996, cuja constitucionalidade não pode ser apreciada neste foro, a teor dos artigos 167, I e III do RPAF-BA/1999.

A correção por meio da TJLP tem amparo no art. 3º, § 3º do Decreto nº 8.205/2002, segundo o qual:

Art. 3º O Conselho Deliberativo do DESENVOLVE poderá conceder dilação de prazo de até 72 (setenta e dois) meses para o pagamento de até 90% (noventa por cento) do saldo devedor mensal do ICMS, relativo às operações próprias, gerado em razão dos investimentos constantes dos projetos aprovados pelo Conselho Deliberativo.

(...)

§ 3º Sobre cada parcela do ICMS com prazo de pagamento dilatado, incidirão encargos financeiros correspondentes à taxa anual de juros de longo prazo, estabelecida na Resolução do Conselho Deliberativo do DESENVOLVE que conceder o incentivo, de acordo com a gradação constante da Tabela II anexa a este Regulamento, apurados pela seguinte fórmula:

(...).

Rejeitada a preliminar de nulidade.

Todos os elementos necessários para formar a convicção dos membros desta Junta estão presentes nos autos. Não é o caso de conversão em diligência, o que decidido com fundamento no art. 147, I, “a” do RPAF-BA/1999.

No mérito, o Programa DESENVOLVE tem por objetivos de longo prazo complementar e diversificar a matriz industrial e agroindustrial do Estado.

A Resolução nº 170/2012, anexada à fl. 79, retificou a Resolução nº 53/2004, de fls. 17/18, para alterar a partir de 1º de janeiro de 2013, o enquadramento do benefício, que passou a ser na Classe I.

Os saldos devedores dos quais resultaram o presente lançamento de ofício foram os apurados entre janeiro e dezembro de 2010 (prazo de carência de 06 anos, previsto na Tabela I do Regulamento do Programa Desenvolve; levantamento de fl. 04).

Os valores de ICMS com prazos postergados são aqueles informados pelo próprio impugnante (campo “*Deduções*”; fls. 05 a 16), corrigidos pela TJLP. Qualquer alteração no sentido de considerá-los sob o percentual de 90%, de que trata a Classe I da Tabela I do Regulamento do Programa Desenvolve, significaria reforma para pior, e exigência de tributo já recolhido (campo “*Imposto a Recolher*”; fls. 05 a 16).

Não há previsão legal para redução ou cancelamento de penalidades por descumprimento de obrigações principais.

Em face do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 6ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **271581.0007/17-0**, lavrado contra **TRM RESINAS TERMOPLÁSTICAS INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$4.347.782,39**, acrescido da multa de 50%, prevista no art. 42, I da Lei nº 7.014/1996, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de novembro de 2018.

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

PAULO DANILO REIS LOPES - RELATOR

ANTONIO EXPEDITO SANTOS DE MIRANDA - JULGADOR