

A. I. Nº - 232857.000917-0
AUTUADO - BAHIA EMBALAGENS PLÁSTICAS LTDA.
AUTUANTE - JOSE LUCIANO MATURINO DE SOUZA
ORIGEM - INFAZ FEIRA DE SANTANA
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 14.12.2018

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF 0196-04/18

EMENTA: ICMS. PROGRAMA DESENVOLVE. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. PERDA DO BENEFÍCIO EM RELAÇÃO À PARCELA INCENTIVADA. Restou comprovado que o sujeito passivo efetuou recolhimento a menos da parcela não sujeita à dilação de prazo, após os ajustes efetuados pela fiscalização, em obediência a Instrução Normativa nº 27/09, o que não implica em perda do direito ao benefício em relação à parcela incentivada, nos termos do art. 19, §3º do Decreto nº 8.205/02. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 27/09/2017, exige ICMS no valor de R\$503.812,32, acrescido da multa de 60%, em decorrência do recolhimento a menos do ICMS, 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. Multa aplicada de 60%.

O autuado através de advogado legalmente habilitado ingressa com defesa, fls. 11 a 15, e inicialmente fala sobre a tempestividade da mesma. Após transcrever o teor da infração assevera que a acusação não se encontra em total conformidade com os fatos efetivamente ocorridos, bem como com a legislação que rege o ICMS pelos motivos que passa a expor:

Diz que conforme narrado pelo preposto fiscal, a presente autuação fora lavrada em razão de recolhimento a menor do ICMS não sujeito a dilação de prazo dentro da data regulamentar. Verifica-se que o autuado deveria ter recolhido o ICMS referente à parcela não incentivada até o dia 09/07/2014. E assim o fez, como o próprio fiscal informa.

Explica que após apuração e recolhimento do tributo, a empresa verificou que cometera alguns equívocos do seu lançamento, o que acabou por gerar uma diferença na referida parcela. Desta forma, agindo em total boa-fé e cumprimento de suas obrigações para com o Fisco Estadual, realizou retificação dos cálculos e recolheu a diferença apurada mediante DAE complementar em 10/07/2014, como comprova a documentação que apresenta.

Explica que pela análise dos cálculos elaborados pelo Autuante, é possível verificar que foi aplicado o disposto no artigo 18 do Decreto 8.205/2012, visto que desconsiderou a parcela incentivada em sua integralidade para o mês de referência. Todavia, o art. 18 do referido diploma estabelece tal sanção para os casos em que o contribuinte deixe de realizar o pagamento da parcela não incentivada na data correta, porém, o que ocorreu foi um pagamento a menor, e não a ausência de pagamento.

Externa o entendimento de que sendo cabível alguma sanção em razão do recolhimento a menor, esta não poderia ter sido a de perda integral do benefício, por ausência de previsão legal expressa, cabendo a aplicação do quanto disposto pelo art. 18, §3º, no máximo, perdendo o contribuinte o benefício apenas parcialmente, na proporção do recolhimento a menor.

Diz que a legislação que culmina sanção pela existência de erro na apuração da parcela incentivada, o artigo 18 do Dec. 8.205/02, por sua vez, fala em inexistência de recolhimento da parcela não dilatada, situação essa imediatamente descartada, até mesmo pelo autuante.

Assevera ter ficado claro que o contribuinte, de fato, recolheu a menor, mas não deixou de recolher o imposto, entretanto, foi aplicado o dispositivo citado, considerando cometimento de infração, realizando interpretação *contra legem*, vedada pelo ordenamento jurídico pátrio.

Esclarece que no que concerne aos dispositivos de interpretação da norma tributária, para o caso concreto, não se pode deixar de observar o quanto disposto pelo artigo 112 do CTN, visto que, dúvidas não podem haver, quanto à natureza sancionatória do dispositivo citado para fundamentação da infração, qual seja, o art. 18 do Dec. 8.205/02, cujo teor transcreve, assim como explanação de Ricardo Lobo Torres afirmando que o mesmo entendimento é seguido pelas Câmaras de Julgamento deste Conselho, conforme ementas que transcreve.

Por fim observa que sendo caso ultrapassada a improcedência total da infração, o imposto devido no mês foi de R\$52.774,14, tendo sido pago fora do prazo regulamentar R\$12.774,14, ou seja, 21%. Logo, pela dinâmica do disposto na proporcionalidade prevista pelo §3º do art. 18 supracitado, como a parcela incentivada do mês correspondeu a R\$419.558,12, o contribuinte deveria perder tão somente o benefício proporcional no valor de R\$101.555,30 e não nos valores apontados pelo autuante.

Finaliza solicitando a Improcedência total do auto de infração por inexistência de infração ao regulamento do DESENVOLVE. Caso não seja acatada a improcedência requerida, requer seja o auto julgado PARCIALMENTE PROCEDENTE, com fito de ver aplicado o quanto disposto pelo art. 18, §3º do Dec. 8.205/02, cobrando apenas a diferença apurada pela proporção aplicada nos termos legais.

O Autuante ao prestar a Informação Fiscal, fl. 31 após falar sobre a tempestividade da apresentação da defesa diz que a infração e enquadramento legal encontram-se claramente descritos no Auto de Infração e o contribuinte reconhece o equívoco do seu lançamento o que resultou em recolhimento a menor do imposto.

Reafirma o procedimento fiscal e opina pela Procedência do Auto de Infração.

Na assentada de julgamento do dia 29 de maio de 2018 o autuado, por intermédio de seu patrono, apresentou memorial, fls. 36 a 38, destacando que o Decreto 8.205/02 (art. 18) previa à época dos fatos geradores a perda total do benefício referente a parcela incentivada para o caso em que a parcela não incentivada não fosse paga na data prevista.

Entretanto, em 22/12/2017 foi publicada a Lei nº 13.816/17 acrescentando o art. 9º-A à Lei nº 7.980/01, que instituiu o Desenvolve, assim dispondo:

Art. 9º -A. A empresa habilitada que não recolher ao Tesouro do Estado, até o último dia útil do mês do vencimento a parcela do ICMS não sujeita à dilação de prazo, perderá o direito ao benefício em relação à parcela incentivada naquele mês.

A este respeito acrescentou que recentemente, através do Decreto nº 18.406/2018, foi alterado o art. 18 do Decreto nº 8.205/2002, adequando ao mesmo o texto acima, constante na referida lei.

Com isso pontuou que a norma deixa de definir como infração sujeita a perda do benefício fiscal, a ausência de pagamento da parcela não incentivada na data de seu vencimento, defendendo que diante do quanto preconiza o ordenamento jurídico-tributário, o referido dispositivo deverá retroagir a fatos geradores passados por se tratar de ato não definitivamente julgado, nos termos do art. 102, II do CTN.

Diante disto e considerando que o Art. 18 está inserido no Capítulo V – DEVERES E SANSÕES do Dec. 8.205/02, portando se trata de norma apenadora, decidiu esta 4ª Junta de Julgamento pelo encaminhamento do presente PAF à PGE/PROFIS, no sentido de que fosse emitido Parecer Jurídico

esclarecendo se a alteração na legislação retro mencionadas aplica-se ao caso presente, com sucedâneo no art. 106, II do CTN.

Às fls. 44 a 48 foi anexado Parecer da lavra do Sr. Procurador José Augusto Martins Junior onde externa o entendimento de que a situação objeto do lançamento não se amolda a nenhuma das hipóteses elencadas no inciso II do art. 106 do CTN.

Diz que tem como “indevida a classificação da perda do benefício como penalidade. Em verdade, o não pagamento dentro do prazo legal configura-se tão somente um descumprimento de um dos requisitos dum benefício condicional, engendrando-se perda do incentivo fiscal.”

Conclui que: “Não há que se falar em hipótese alguma de penalidade e, por conseguinte, de possível retroação com amparo no art. 106 do CTN” e transcreve jurisprudências se posicionando neste sentido.

Em despacho à fl.48, a procuradora assistente em exercício da PGE/PROFIS, Paula Gonçalves Morris Matos acolheu integralmente o Parecer de fls. 44/47.

VOTO

Exige-se do sujeito passivo o ICMS em razão do recolhimento fora do prazo de parte da parcela não incentivada do ICMS, resultando em perda do benefício em relação à parcela incentivada prevista pelo Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – DESENVOLVE.

O Defendente alega que a fiscalização equivocou-se quando realizou o cálculo do imposto a ser recolhido, visto que considerou como devido, no mês de junho de 2014, a parcela incentivada em sua integralidade, com base no disposto no artigo 18 do Decreto 8.205/2012. Acrescentando que o referido diploma estabelece tal sanção para os casos em que o contribuinte deixe de realizar o pagamento da parcela não incentivada na data correta, o que não restou configurado, conforme esclareço adiante.

Assevera que após a apuração e recolhimento do tributo, verificou que cometera equívocos, gerando uma diferença, e de boa-fé realizou a retificação dos cálculos e recolheu a diferença no dia seguinte, 10/07/2014, mediante DAE complementar.

Como prova de sua assertiva, anexa às fls. 18 e 19, DAE no valor de R\$40.000,00, com vencimento em 09/07/14, e pagamento efetuado em 08/07/14, e às fls. 16 e 17, DAE no valor de R\$12.774,14, pago em 10/07/14, com acréscimos moratórios.

Da análise dos documentos que embasaram o presente lançamento, fl.04, verifico que a fiscalização apurou o valor devido relativo à parcela não sujeita à dilação de prazo, deduziu dos valores recolhidos apurando o montante de R\$30.114,00, e em razão desta constatação, foi exigido o valor de R\$ 503.812,32, relativo à parcela incentivada no mês, com respaldo no disposto no art. 18 do Dec. 8.205/02 (perda do benefício), nesse mês.

O mencionado dispositivo que regulamentava o Desenvolve, à época dos fatos geradores, estabelecia 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”.

Em 22/12/2017, o citado artigo foi alterado através do Decreto nº 18.406, de 22 de maio de 2018, passando a ter a seguinte redação:

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

Ante ao argumento defensivo de que a norma deixou de definir como infração sujeita a perda do benefício fiscal, a ausência de pagamento da parcela não incentivada na data de seu vencimento,

e o referido dispositivo deveria retroagir a fatos geradores pretéritos por se tratar de ato não definitivamente julgado, nos termos do art. 102, II do CTN, esta Junta de Julgamento converteu o processo em diligência à PGE/PROFIS, no sentido de que fosse emitido Parecer Jurídico visando esclarecer se a alteração na legislação seria aplicável ao caso presente.

Às fls. 44 a 48 foi anexado Parecer da lavra do Sr. Procurador José Augusto Martins Junior, se posicionando contrariamente à tese defensiva do contribuinte, conforme trecho que a seguir reproduzo:

“Prefacialmente, com a devida licença, temos como indevida a classificação da perda do benefício como penalidade. Em verdade, o não pagamento dentro do prazo legal configura-se tão somente um descumprimento de um dos requisitos dum benefício condicional, engendrando-se perda do incentivo fiscal.

Não há que se falar em hipótese alguma de penalidade e, por conseguinte, de possível retroação com amparo no art. 106 do CTN” e transcreve jurisprudências se posicionando neste sentido.”

Ocorre que, de acordo com a planilha que embasa a acusação, fl. 04, o caso em tela não se trata de ausência de pagamento da parcela não incentivada do DESENVOLVE na data de seu vencimento, o que configuraria a perda do benefício, prevista no artigo 18 do Decreto 8.205/02, vigente à época do fato gerador, e sim saldo devedor mensal do ICMS apurado a menor pelo contribuinte, em razão de interpretação equivocada da legislação.

Observe que o parágrafo 3º, do art. 19 do citado Decreto, acrescentado pelo Decreto nº 11.913 de 31/12/09, estabelece que: *“Na hipótese do saldo devedor mensal do ICMS passível de incentivo ser apurado a menor, fica assegurado o benefício em relação à parcela calculada como incentivada naquele mês, caso o pagamento correspondente à parcela do ICMS não sujeita à dilação de prazo, escriturada pelo contribuinte, ocorra na data regulamentar”*

Dessa forma, considerando que o caput do art. 18, vigente à época do fato gerador é que estabelece a restrição de que o não recolhimento da parcela não incentivada implica na perda do direito ao benefício fiscal, e o parágrafo 3º, do art. 19 do mencionado Decreto, interpreta que fica assegurado o benefício fiscal, caso seja recolhido a menor a parcela não incentivada, desde que no prazo, situação esta, que se aplica ao caso presente.

Neste lançamento, constato que a apuração do saldo devedor mensal do ICMS a recolher passível de incentivo pelo Programa DESENVOLVE, foi ajustado pela fiscalização obedecendo ao disposto na Instrução Normativa nº 27/09.

Na referida Instrução Normativa, constam as orientações necessárias para ajustar o saldo devedor do ICMS escriturado pelo contribuinte no final de cada período de apuração, expurgando os valores referentes às operações e prestações não vinculadas aos investimentos constantes do projeto aprovado pelo Conselho Deliberativo do Programa Desenvolve.

Ressalte-se que consta no rodapé do demonstrativo elaborado pela fiscalização, fl. 04, a seguinte nota: *a diferença entre o cálculo do contribuinte e o apurado pelo auditor é a inclusão da saída em bonificação no SDPI, que conf. IN 50/10 que altera IN/09 item 2.12.3 incluindo 5.910, 6.910 e 6.911 com exceção.*

Tal informação, corrobora o meu entendimento de que a irregularidade apurada diz respeito ao saldo devedor mensal do ICMS apurado a menor pelo contribuinte, em razão de interpretação equivocada da legislação.

Dito isto, entendo não existir respaldo legal para se aplicar a perda do benefício fiscal fundamentado no disposto no art. 18 do Decreto 8.205 de 03 abril de 2002, vigente à época dos fatos geradores, já que o contribuinte recolheu a parcela complementar da obrigação, demonstrando a sua boa fé, valor que adimpliu na sua totalidade a parcela não incentivada, por ele calculada.

Entretanto, conforme apontado na planilha de fl. 04, restou ainda demonstrada a diferença no valor de R\$30.114,40, entre o valor calculado pela fiscalização, após os ajustes realizados de acordo com a Instrução Normativa, 27/09 e o apurado e recolhido pelo sujeito passivo.

Ante ao exposto voto pela Procedência Parcial do Auto de Infração no valor de R\$30.114,40, conforme demonstrado à fl. 04.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **232857.0009/17-0**, lavrado contra **BAHIA EMBALAGENS PLASTICAS LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$30.114,40**, acrescido da multa de 60%, prevista na Lei 7.014/96, artigo 42, inciso II, alínea “f”, e dos acréscimos legais.

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do artigo 169, inciso I, alínea “a”, item 1 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto 7.629/99, alterado pelo Decreto 18.258/18, com efeitos a partir de 17 de agosto de 2018.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de outubro de 2018

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – RELATORA

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR - JULGADOR