

PROCESSO - A. I. Nº 087461.0007/17-8  
RECORRENTE - IPC DO NORDESTE LTDA.  
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4º JJF nº 0047-04/18  
ORIGEM - INFAZ INDÚSTRIA  
PUBLICAÇÃO - INTERNET 16/10/2019

#### 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACORDÃO C.J.F. Nº 0254-11/19

**EMENTA:** ICMS. BENEFÍCIO FISCAL. PROGRAMA DESENVOLVE. PAGAMENTO INTEMPESTIVO DA PARCELA NÃO SUJEITA À DILAÇÃO DE PRAZO PARA RECOLHIMENTO. PERDA DO BENEFÍCIO. Aplicação do art. 106, II do CTN (Código Tributário Nacional), referente à retroatividade benigna, em se tratando de ato não definitivamente julgado: a) quando deixe de defini-lo como infração; b) quando deixe de tratá-lo como contrário a qualquer exigência de ação ou omissão, desde que não tenha sido fraudulento e não tenha implicado em falta de pagamento de tributo; c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo de sua prática. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO**. Auto de Infração **Improcedente**. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

Cuidam os autos de Recurso Voluntário contra a Decisão proferida por meio do Acórdão da 4ª JJF nº 0047-04/18, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração, lavrado no dia 28/06/2017 para exigir ICMS no montante de R\$127.038,75, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/1996, sob a acusação do cometimento da irregularidade assim discriminada na peça inaugural, *in verbis*:

*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. Parcela não sujeita a dilação de prazo com vencimento em 09/08/2013 recolhida em 12/08/2013 resultando na perda total do benefício no referido mês, devendo recolher a diferença do saldo devedor apurado no mês no valor de R\$106.927,98.*

A Junta de Julgamento Fiscal (JJF) apreciou a lide no dia de 03/04/2018 e decidiu pela Procedência Parcial por unanimidade (fls. 51 a 54), nos seguintes termos:

#### VOTO

*As acusações que versam no presente Auto de Infração referem-se a duas ocorrências, ambas relacionadas ao benefício concedido pelo Programa Desenvolve, consignadas em uma única infração: a primeira refere-se a recolhimento a menos da parcela não sujeita a dilação do prazo para pagamento, com data de ocorrência em 28/02/2013, enquanto que a segunda, com data de ocorrência em 31/07/2013, diz respeito ao recolhimento intempestivo da parcela não sujeita a dilação.*

*Na primeira ocorrência, apesar do autuante não demonstrar no lançamento como chegou a tal valor, este esclarecimento veio à tona no momento da informação fiscal, quando o autuante prestou o seguinte esclarecimento:*

*“Que em 09/04/2013, quando o autuado deveria recolher o valor de R\$46.916,65, pagou apenas R\$39.343,62, restando a recolher a importância de R\$ 7.573,03, e que está previsto no art. 4º, combinado com o art. 18, do Dec. 8205/02, que o não recolhimento na data regulamentar da parcela não sujeita a dilação do prazo, resultará na perda do benefício, sendo que, no mês em questão, a parcela de R\$7.573,03 deixou de ser recolhida em qualquer data, portanto, o benefício a ela correspondente deverá ser retirado. Como R\$7.573,03 representa 16,14% da parcela não incentivada, este percentual aplicado ao valor total do saldo devedor do mês (sem o*

*benefício) passa a ser de R\$20.110,77". Como esta explicação não consta do lançamento inicial, este fato deveria ser motivo para que o autuado fosse cientificado e reaberto o prazo para defesa, entretanto, pelos motivos adiante exposto, supero esta questão.*

*A segunda observação que faço em relação a este item é que, apesar da ocorrência se referir ao mês de março, com vencimento em 09/04/2013, o autuante consignou no Auto de Infração, incorretamente, como sendo data de ocorrência em 28/02/2013 e vencimento em 09/03/2013. Este equívoco poderia ser sanável, entretanto, torna-se desnecessário ante aos motivos que passo a me reportar.*

*A terceira observação, e a mais importante, diz respeito a capitulação da infração, questionada pelo autuado. O autuante, à luz da explicação supra, considerou que houve pagamento a menos do imposto não sujeito a dilação no valor de R\$7.573,03. Em vista disto, citou que de acordo com previsão no Art. 4º c/c com o Art. 18, ambos do Decreto no 8.205/02, retirou o benefício fiscal que considerou inerente a essa parcela não recolhida, a qual representa 16,14% da parcela não incentivada, percentual este, que aplicado sobre o total do saldo devedor do mês, ou seja R\$124.602,07, fl. 06, encontrou o saldo devedor do mês sem o benefício, no valor de R\$20.110,77, o qual foi autuado.*

*Os dispositivos regulamentares acima citados pelo autuante, para respaldar o lançamento assim se apresentam:*

*Decreto no 8.205/02 – Desenvolve.*

*Art. 4º O recolhimento do ICMS pelo beneficiário do DESENVOLVE obedecerá às normas vigentes na legislação do imposto.*

*Parágrafo único. As parcelas do imposto cujo prazo tenha sido dilatado serão recolhidas até o dia 20 do mês de vencimento*

*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.*

*(...)*

*§ 3º 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.*

*Portanto, à luz do quanto consta acima, não vejo na norma regulamentar posta, nenhum indicador de que ocorrendo pagamento a menos do imposto não sujeito a dilação do prazo para pagamento, o contribuinte perderá o benefício proporcional ao valor que deixou de ser recolhido, ao contrário, no meu entender, a perda do benefício é integral, ocorre se o contribuinte registrou e recolheu a menos o valor apurado. Por outro lado, vejo que, nas situações em que diferenças são apuradas pela fiscalização, se aplica a norma prevista pelo § 3º, Art. 18 do Dec. 8.205/02, sendo exigida apenas a diferença que foi apurada.*

*Desta maneira, entendo que deve ser declarado nulo o lançamento no valor de R\$20.110,77 concernente a data de ocorrência em 28/02/2013.*

*Quanto a segunda ocorrência no valor de R\$106.927,98, com data de ocorrência em 31/07/2013, reputo correto o lançamento, pois o pagamento ocorreu fora da data do vencimento, não importando o tempo decorrido, situação esta plenamente prevista pelo Art. 18 do Decreto no 8.205/02, acima descrito, estando, desta maneira, a infração caracterizada e corretamente capitulada, inexistindo qualquer motivação para sua nulidade, razão pela qual a mesma fica mantida.*

*No que diz respeito a suspensão da exigibilidade do crédito pleiteada pelo autuado, esta se encontra assegurada enquanto o processo permanecer em fase de discussão administrativa e não inscrito em dívida ativa.*

*Em conclusão voto pela Procedência Parcial do presente Auto de Infração no valor de R\$106.927,98.*

Com respaldo no art. 169, I, "b" do Decreto nº 7.629/1999 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia; RPAF-BA/1999), a sociedade empresária interpõe Recurso Voluntário às fls. 64 a 72.

Após aduzir a tempestividade do apelo e sintetizar a demanda, com fundamento no art. 138 do CTN (Código Tributário Nacional), referente à denúncia espontânea, frisa que não houve falta de pagamento, mas pagamento realizado após um único dia útil ao prazo regulamentar, antes de qualquer procedimento de fiscalização, razão pela qual entende ser desproporcional, severa e irrazoável a exigência.

Em seguida, sustenta que o comando do art. 18 do Regulamento do Programa Desenvolve contém

penalidade e pugna pela aplicação do art. 118 do CTN, segundo o qual a responsabilidade é excluída pela denúncia espontânea da infração.

Menciona o Acórdão CJF Nº 0027-12/09 (fl. 69; da fl. 68 consta citação ao Acórdão CJF Nº 0207-12/08), em cuja demanda a Procuradoria do Estado emitiu Parecer reconhecendo não haver dúvida de que a norma do art. 18 do Regulamento do Programa Desenvolve tem natureza de sanção.

Traz à tona a discussão relativa ao Direito Civil acerca do instituto do adimplemento substancial ou *substantial performance*, que admite o cumprimento em parte quando o devedor observa a quase totalidade da prestação.

Requer o afastamento da multa, por entender que não houve descumprimento de obrigação principal.

Fornece endereço para correspondências processuais e encerra solicitando o provimento do Recurso.

## VOTO

Antes de ingressar no mérito das argumentações apresentadas no apelo, todas elas parametrizadas na redação do art. 18 do Regulamento do Desenvolve (Decreto nº 8.205.2002) dada pelo Decreto nº 9.513, de 10/08/2005, publicado no Diário Oficial do Estado de 11/08/2005, com efeitos entre 11/08/2005 e 31/05/2018), cumpre decidir se o referido texto é juridicamente apto a regular os fatos em enfoque.

Quando das ocorrências fiscalizadas, no mês de julho do exercício de 2013, o art. 18 do Decreto nº 8.205.2002 previa que o contribuinte habilitado que não recolhesse ao Tesouro do Estado, na data regulamentar, a parcela do ICMS não sujeita à dilação de prazo, perderia o direito ao benefício em relação à fração incentivada naquele mês (redação dada ao art. 18 pelo Decreto nº 9.513, de 10/08/2005, publicado no Diário Oficial do Estado de 11/08/2005, com efeitos entre 11/08/2005 e 31/05/2018).

Tal dispositivo regulamentar foi alterado pelo Decreto nº 18.406, de 22/05/2018, publicado no Diário Oficial do Estado de 23/05/2018, com efeitos a partir de 01/06/2018, que determinou a perda do benefício apenas para aqueles que não recolhessem a parcela não sujeita à dilação de prazo até o último dia útil do mês do vencimento.

Referido artigo do Regulamento do Desenvolve, de fato, contém prescrição de natureza claramente sancionatória, uma vez que estatui a perda provisória do benefício caso não cumprida a obrigação principal a termo.

A regra geral, é que a lei tributária deve reger o futuro, sem se estender a fatos ou a circunstâncias ocorridas antes do início da entrada em vigor. Só há legitimidade na norma se o contribuinte conhece previamente a obrigação tributária e todos os seus elementos de mensuração. A certeza só é assegurada se os sujeitos sabem que todos os atos que praticarem durante a vigência de uma lei serão regulados por ela, que foi aquela levada em conta quando do planejamento e da realização dos referidos atos.

Inegável que, na presente situação, devem ser observadas as normas do art. 106, II do CTN (Código Tributário Nacional), referentes à aplicação da retroatividade benigna, em se tratando de ato não definitivamente julgado: a) quando deixe de defini-lo como infração; b) quando deixe de tratá-lo como contrário a qualquer exigência de ação ou omissão, desde que não tenha sido fraudulento e não tenha implicado em falta de pagamento de tributo; c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo de sua prática.

Por conseguinte, os fatos em controvérsia devem ser regidos pela redação do art. 18 do Regulamento do Desenvolve (Decreto nº 8.205.2002) dada pelo Decreto 18.406, de 22/05/2018, publicado no Diário Oficial do Estado de 23/05/2018, com efeitos a partir de 01/06/2018.

O referido comando regulamentar, como já se disse, determina a perda do benefício apenas para aqueles que não recolherem a parcela não sujeita à dilação até o último dia útil do mês do vencimento.

Isso não ocorreu, pois, conforme informado pelo auditor à fl. 01, o valor cujo vencimento se deu no dia 09/08/2013 foi pago no dia 12/08/2013.

Deixo de julgar as argumentações contidas no Recurso, referentes, por exemplo, à denúncia espontânea, à desproporcionalidade da exigência e ao adimplemento substancial (instituto de Direito Civil), uma vez que, conforme o acima exposto, observada a retroatividade benigna de que trata o 106, II do CTN (Código Tributário Nacional), o ato administrativo restou carente de respaldo jurídico.

Quanto ao endereço para correspondências processuais, nada impede a utilização daquele fornecido pelo sujeito passivo, sendo inclusive recomendável que assim seja feito, tendo em vista a prescrição do art. 272, § 5º do CPC (Código de Processo Civil), de aplicação subsidiária no Processo Administrativo Fiscal.

*§ 5º Constando dos autos pedido expresso para que as comunicações dos atos processuais sejam feitas em nome dos advogados indicados, o seu desatendimento implicará nulidade.*

Entretanto, nenhuma irregularidade advirá na esfera administrativa, desde que observados os ditames dos artigos 108 a 110 do RPAF-BA/1999.

Modificada a Decisão recorrida.

Voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª 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 087461.0007/17-8, lavrado contra **IPC DO NORDESTE LTDA.**

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de setembro de 2019.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

PAULO DANILO REIS LOPES – RELATOR

VICENTE OLIVA BURATTO – REPR. DA PGE/PROFIS