

A. I. Nº - 299314.0002/19-5
AUTUADO - WHITE MARTINS GASES INDUSTRIAL DO NORDESTE LTDA.
AUTUANTES - SÉRGIO BORGES SILVA e CRIZANTO JOSÉ BICALHO
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 20/12/2019

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0185-01/19

EMENTA: ICMS. BENEFÍCIO FISCAL. FUNDO ESTADUAL DE COMBATE À POBREZA. RECOLHIMENTO DO IMPOSTO A MENOS. Existência de Recurso de Apelação em Mandado de Segurança. A escolha da via judicial pelo sujeito passivo implica renúncia à discussão da lide na esfera administrativa, devendo o PAF ser remetido à PGE/PROFIS para controle da legalidade e adoção das medidas cabíveis, conforme art. 126, do COTEB. Defesa do Auto de Infração **PREJUDICADA**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 27/03/2019, refere-se à exigência de ICMS no valor histórico de R\$549.181,78, mais multa de 60%, em decorrência da seguinte imputação:

Infração 01 - 03.02.18: Recolhimento a menor do ICMS em razão do uso indevido de benefício ou incentivo fiscal ou financeiro decorrente do não recolhimento do valor correspondente a 10% (dez por cento) do respectivo incentivo ou benefício em favor do Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza. Período de novembro e dezembro de 2016; fevereiro a junho, agosto, outubro e novembro de 2017. Multa de 60% prevista no Art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96.

Complemento: “*Contribuinte beneficiado pela Lei nº 7.980 de 12 de dezembro de 2001 que instituiu o Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia - DESENVOLVE conforme Res. nº 112/2006, que deixou de atender às condições estabelecidas na Lei 13.564/16. O Contribuinte foi intimado a apresentar os DAEs comprovantes de depósito em favor do Fundo Estadual de Combate à Pobreza, conforme previsto na Lei 13.564/16, no entanto, os comprovantes que foram apresentados não se referem a depósitos no referido fundo, mas sim a depósitos judiciais onde consta como depositante um CNPJ diverso, que não é o do Autuado. Por outro lado, o Mandado de Segurança N. 0562849-74.2016.8.05.0001, ao qual as guias de pagamento se apresentam vinculadas foi extinto pelo juízo, tendo sido negado, ainda, o efeito suspensivo à apelação no processo pelo Egrégio TJ/BA. Integram os demonstrativos desta infração as cópias de livros, documentos fiscais, planilhas e arquivos eletrônicos devidamente certificados e autenticados que se encontram anexados ao presente auto de infração*”.

O contribuinte tomou ciência do Auto de Infração, em 03/04/19, e ingressou tempestivamente com defesa administrativa em 03/06/19, peça processual que se encontra anexada às fls. 79 a 110. A Impugnação foi formalizada através de petição subscrita por seus advogados, os quais possuem os devidos poderes, conforme instrumentos de procura e de substabelecimento constantes nos Autos às fls. 113/116.

A Impugnante inicia sua peça defensiva, destacando sua tempestividade, além de fazer um breve resumo sobre a acusação fiscal que deu origem ao Auto de Infração.

Assevera que, na consecução de suas atividades empresariais no Estado da Bahia, que consistem na fabricação industrial de gases medicinais e industriais, no qual se beneficia do Programa “DESENVOLVE”, que impacta diretamente em toda sua cadeia produtiva. Reproduz a Lei nº 7.980/2001 (Doc. 03), com posterior regulamentação conferida pelo Decreto nº 8.205/2002 (Doc. 04) e seguintes, tendo como função precípua o fomento à expansão e diversificação da matriz

industrial do Estado da Bahia.

Diz que, a partir da leitura da Lei nº 7.980/2001, verifica-se que o procedimento de adesão ao referido benefício fiscal compreende a análise dos projetos apresentados pelo contribuinte, que necessitam, minimamente, cumprir uma série de requisitos.

Aponta que, somente após tal análise subjetiva da observância dos critérios para fins de adesão ao benefício fiscal, a Secretaria Estadual de Fazenda da Bahia, por meio do seu Conselho Deliberativo do DESENVOLVE, aprovará ou não a adesão ao programa, através de Resolução disposta sobre o enquadramento específico do contribuinte, dentre outras condições para fruição do programa nas hipóteses permitidas em lei.

Pontua que, a partir da adesão ao Programa, o contribuinte deverá periodicamente observar uma série de obrigações e comprovar o efetivo cumprimento das condições estipuladas na concessão do programa, sob pena de cancelamento da autorização e vencimento integral de todas as parcelas vincendas do ICMS.

Salienta que pleiteou habilitação de projetos relacionados a quatro de suas filiais localizadas no Estado da Bahia e obteve a concessão de autorização para fruição do Programa por meio das Resoluções do Conselho Deliberativo do DESENVOLVE, conforme a seguir discriminado:

| Filial | Resolução | Publicação (Doc. 05) | Prazo fruição | para | Data Final de fruição |
|---------------------------|-----------------|-------------------------|------------------|------|--------------------------|
| 24.380.578/0029-80 | 111/2006 | 18/11/2006 | 12 anos | | dez/2018 |
| 24.380.578/0043-38 | 112/2006 | 18/11/2006 | 12 anos | | dez/2018 |
| 24.380.578/0004-21 | 113/2006 | 18/11/2006 | 12 anos | | dez/2018 |
| 24.380.578/0009-36 | 114/2006 | 19/11/2006 | 12 anos | | dez/2018 |

Junta esquema do benefício de que goza a Impugnante consiste no seguinte:

| | |
|---------------------|--------------------------------|
| 100% DO ICMS DEVIDO | 80% de REDUÇÃO |
| | 10% PAGO NO MÊS DA COMPETÊNCIA |
| | 10% PRORROGADO PARA 12 MESES |
| | |

Explica que, visando mitigar os efeitos da crise econômica que assola os Estados da Federação e equilibrar os seus respectivos orçamentos, o Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ editou o Convênio ICMS 42/2016 (Doc. 06), publicado no Diário Oficial da União em 13 de abril de 2016, autorizando os Estados a imporem condições para a fruição de incentivos fiscais e benefícios fiscais que resultem em redução do valor do ICMS a ser pago, inclusive aqueles que já foram concedidos. Reproduz a integralidade do citado Convênio.

Discorre que, após a devida ratificação nacional do convênio por meio do Ato Declaratório nº 7/16, o Estado da Bahia publicou a Lei nº 13.564/2016 (Doc. 07) e internalizou, em sua legislação tributária, a imposição de condição para a concessão e manutenção de benefícios e incentivos fiscais ou financeiros, relacionados ao ICMS.

Assinala que a referida Lei estabelece que a fruição do benefício fica condicionada à obrigatoriedade do depósito de valor correspondente a 10% do incentivo em favor do Fundo Estadual de Combate e Erradicação à Pobreza. Em seguida, fala que a regulamentação da Lei nº 13.564/2016 a partir da publicação do Decreto nº 16.970/2016 (Doc. 08), cujos efeitos já estão em vigor desde o dia 1º de setembro de 2016. Destaca que o Decreto Regulamentador delimitou a aplicação das condições de que trata a Lei nº 13.564/2016 aos seguintes incentivos fiscais: (i) **Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – DESENVOLVE**; e (ii) **Créditos presumidos previstos no Decreto nº 6.734/97**.

No que tange ao Programa “Desenvolve”, determinou-se que “o cálculo do percentual 10% (dez por cento) do valor do benefício usufruído a ser depositado em favor do Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza, instituído pela Lei nº 7.988, de 21 de dezembro de 2001, será

efetuado com base no valor do desconto do ICMS obtido na data da liquidação antecipada da parcela do imposto cujo prazo tenha sido dilatado”.

Afirma que os beneficiários do Programa DESENVOLVE foram diretamente afetados pelo ato ilegal consubstanciado na exigência de depósito de 10% sobre o valor do benefício anteriormente concedido. Disse que, diante das manifestas ilegalidades e inconstitucionalidades perpetradas pela Lei nº 13.564/2016, a Impugnante impetrou o Mandado de Segurança nº 0562849-74.2016.8.05.0001 (Doc. 09), com pedido de concessão de medida liminar, a fim de que fosse reconhecido o seu direito líquido e certo de não se submeter à exigência de depósito de montante equivalente a, no mínimo, 10% (dez por cento) do valor do benefício usufruído, a ser depositado em favor do Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza.

Aduz que o referido *mandamus* foi regularmente processado e distribuído ao D. Juízo da 9ª Vara de Fazenda Pública da Comarca da Capital do E. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Acrescenta que a decisão (Doc. 10) concedendo a medida liminar pleiteada “*para determinar o afastamento do art. 1º da Lei Estadual nº 13.564/2016 em relação à Impetrante, bem como a suspensão da exigibilidade do crédito tributário pertinente à aplicação do referido dispositivo legal, com determinação de que não sejam levadas a efeito as penalidades previstas no art. 2º da mesma lei, até final decisão nestes autos.*” Posteriormente, foi proferida sentença (Doc. 11) julgando extinto o feito sem resolução do mérito.

Fala que interpôs o competente Recurso de Apelação (Doc. 12), para que seja integralmente reformada a r. sentença, a fim de que seja reconhecido o seu direito líquido e certo de não se submeter à exigência contida no artigo 1º da Lei nº 13.564/2016. Esclarece que o referido Recurso de Apelação está em curso perante à C. Quinta Câmara Cível do E. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia e encontra-se pendente de julgamento final, conforme se depreende do andamento processual disponibilizado no sítio eletrônico do Tribunal (Doc. 13).

Salienta que uma vez revogada a medida liminar concedida no aludido *mandamus*, a Impugnante realizou (a partir do mês de outubro de 2016) e continua realizando o depósito judicial correspondente à integralidade do crédito tributário sob controvérsia, a fim de que seja suspensa a exigibilidade do crédito, nos termos do artigo 151, II, do Código Tributário Nacional.

Aduz que, em 18 de dezembro de 2018, foi surpreendida com a lavratura do Auto de Infração nº 269190.0002/18-5, para cobrança de ICMS e multa no valor de R\$4.862.424,51, que considera exorbitante.

Reclama que a fiscalização cobra ICMS e multa sem a aplicação do benefício previsto no Programa DESENVOLVE, nos termos do artigo 2º da Lei nº 13.640/2016, pautada na equivocada premissa de que a Impugnante não estaria realizando o depósito do valor correspondente a 10% (dez por cento) do respectivo benefício em favor do Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza.

Suscita nulidade do Auto de Infração em decorrência do vício de fundamentação e de motivação. Transcreve e destaca o art. 129, §1º do COTEB, dizendo que se denota que o auto de infração deverá conter “*a descrição dos fatos considerados infrações de obrigações principais e acessórias, indicando as datas da ocorrência*”.

Alega que a D. Fiscalização pautou-se na equivocada premissa de que os depósitos realizados nos autos do Mandado de Segurança nº 0562849-74.2016.8.05.0001, não teriam sido feitos pela Impugnante, porque consta como depositante um CNPJ diverso. Ou seja, em que pese a autuada ter apresentado Resposta à Intimação Fiscal (Doc. 15), esclarecendo que realizou e continua realizando, nos autos do aludido mandado de segurança, o depósito do valor correspondente a 10% (dez por cento) do respectivo benefício, a D. Fiscalização entendeu por bem desconsiderá-los pelo fato de os depósitos judiciais estarem sendo realizados em CNPJ diverso da Impugnante. No entanto, entende que tal entendimento não merece prosperar na medida em que o CNPJ constante dos depósitos corresponde ao CNPJ da matriz.

Explica que o Mandado de Segurança nº 0562849-74.2016.8.05.0001 foi impetrado pela White Martins Gases Industriais Ltda., inscrita no CNPJ sob o nº 24.380.578/0001-89, em benefício das suas filiais situadas no Estado da Bahia, dentre elas a Impugnante, devidamente indicadas em quadro demonstrativo ao final da Exordial de fl. 87.

Sustenta que não pairam dúvidas, portanto, de que os valores supostamente devidos ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza vêm, efetivamente, sendo depositados pela Impugnante nos autos do aludido *mandamus*, razão pela qual sua exigibilidade encontra-se suspensa, nos termos do artigo 151, II do Código Tributário Nacional-CTN.

Esclarece que resta evidente que a premissa utilizada pela D. Fiscalização, para fundamentar e motivar a lavratura do Auto de Infração, está equivocada. Verifica que o lançamento fiscal impugnado violou o disposto no artigo 142 do CTN que exige que o auto de infração determine, de forma clara e precisa, a ocorrência do fato gerador.

Afirma que, além de violar o CTN, o lançamento fiscal infringiu também o disposto no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Secretaria de Fazenda do Estado da Bahia (Decreto nº 7.629/1999 – Art. 18, IV, “a”).

Visando amparar sua argumentação, apresenta, ainda, lições de Ives Gandra da Silva Martins e de Celso Antônio Bandeira de Mello.

Reforça que uma vez comprovado que os depósitos realizados nos autos do Mandado de Segurança nº 0562849-74.2016.8.05.0001 de fato abarcam os valores supostamente devidos pela Impugnante ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza, o cancelamento do Auto de Infração é medida que se impõe, sob pena de subverter os comandos legais contidos no artigo 129 do COTEB, no artigo 142 do CTN e no artigo 18 do Decreto nº 7.629/1999, que regulamenta o Processo Administrativo Tributário no âmbito da SEFAZ/BA.

Reclama quanto ao sobrerestamento do presente processo administrativo. Volta a esclarecer acerca dos valores depositados nos autos do Mandado de Segurança nº 0562849-74.2016.8.05.0001, objetivando demonstrar a relação de prejudicialidade, entre o presente processo administrativo fiscal e o referido *mandamus*.

Pontua que, na remota hipótese desta C. Turma Julgadora não entenda pelo cancelamento integral do auto de infração ora impugnado, o que se admite apenas a título argumentativo, deve ser determinado o sobrerestamento do presente feito até o trânsito em julgado do aludido mandado de segurança. Disse que com efeito, o artigo 313, inciso V, alínea “a”, do Código de Processo Civil-CPC, dispõe que **deve ser suspenso o processo quando a sentença de mérito “depender do julgamento de outra causa ou da declaração de existência ou de inexistência de relação jurídica que constitua o objeto principal de outro processo pendente”**.

Postula que, de acordo com a regra, o Julgador deve suspender o julgamento do processo sempre que a resolução do mérito depender do encerramento de outra causa que verse sobre o mesmo objeto daquele processo pendente de análise. Cita ensinamentos de Cândido Rangel Dinamarco (In *Instituições de Direito Processual Civil*, 5ª Ed., Malheiros, p.172).

Sustenta que, seria inequivocamente ilegal, representando verdadeira afronta ao Princípio da Verdade Material, a exigência do crédito tributário ora combatido antes do trânsito em julgado do Mandado de Segurança nº 0562849-74.2016.8.05.0001.

Diante do exposto, caso não se entenda pelo cancelamento integral da infração impugnada, o que se admite somente a título argumentativo, requer-se que esta C. Turma Julgadora determine o sobrerestamento do presente processo administrativo até o trânsito em julgado do Mandado de Segurança nº 0562849-74.2016.8.05.0001, em razão da nítida relação de dependência existente entre ambos processos.

No mérito, faz quatro alegações.

1 – Da ilegalidade da exigência do depósito ao fundo estadual de combate e erradicação da pobreza. Da impossibilidade da revogação, ainda que parcial, de benefício fiscal condicionado e com prazo certo. Discorre quanto à súbita alteração de comportamento do Poder Público e o Princípio da Proteção da Confiança.

Sustenta que a exigência de depósito de montante equivalente a, no mínimo, 10% (dez por cento) do valor do benefício usufruído, em favor do Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza, representa repentina alteração no comportamento da administração pública, que claramente pactuou os termos do benefício fiscal com a autuada (Resoluções – Doc. 05) e, posteriormente, sem qualquer consulta, implementou onerosa exigência não prevista inicialmente.

Pontua que a benesse fiscal foi oferecida pelo Estado da Bahia. A previsão de termo final de vigência para o benefício na forma como foi concedido fez surgir no contribuinte legítima expectativa e consequente estruturação financeira decorrente da manutenção do Programa DESENVOLVE. Cita Humberto Ávila (Segurança Jurídica, São Paulo, 2011, p. 360 – g.n.) sobre os comportamentos contraditórios que não podem vir a causar prejuízos ao particular em razão do Princípio Constitucional da Proteção da Confiança (Confiança Legítima).

Junta requisitos pontuados inegavelmente presentes:

- (a) a **base de confiança** consistia na concessão de benefícios e incentivos – no caso específico da Impugnante, o Programa DESENVOLVE, mediante condição, com data final de vigência prevista expressamente na legislação e mediante minucioso procedimento administrativo de concessão;
- (b) o **exercício da confiança** decorre do investimento na implementação do projeto relacionado ao Programa DESENVOLVE, o que permitiu o estímulo da economia Baiana, mediante a implementação de projeto industrial que gera empregos em áreas com baixo estímulo econômico; e
- (c) a **frustração por ato posterior e contraditório** consistente no condicionamento do benefício – repita-se, Programa DESENVOLVE - antes do fim de sua vigência.

Acrescenta jurisprudências do STJ (STJ - RMS 20572/DF – Relatora Ministra LAURITA VAZ – Quinta Turma - DJe 15/12/2009; REsp 1143216/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 24/03/2010, DJe 09/04/2010).

Relata que deve se admitir a aplicação do Princípio da Vedaçāo ao Comportamento Contraditório nas Relações Jurídico-Administrativas como decorrência lógica da aplicação dos valores constitucionais da Solidariedade Social, Segurança Jurídica, Boa-fé e Tutela da Confiança – nos casos de violação à confiança legítima não solucionados pelo formalismo do direito positivado – e, principalmente, da observância dos Princípios Constitucionais dirigidos à Administração Pública, em especial a Moralidade Administrativa (art. 37, caput da CF/88).

Argui que o Princípio da Moralidade Administrativa, também consagrado pela Lei nº 9.784/1999 como dever do Poder Público de “*atuação segundo os padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé*” (art. 2º, § único, inciso IV), constitui pressuposto de juridicidade de todo e qualquer ato da Administração Pública. Cita a doutrina.

Destaca ser possível verificar que a aplicação do princípio da vedação ao comportamento contraditório pressupõe a ocorrência cumulativa de quatro eventos: (i) uma conduta inicial – o *factum proprium*; (ii) a confiança legítima de outrem na preservação do sentido objetivamente extraído do *factum proprium*; (iii) o comportamento contraditório em relação ao sentido objetivo da conduta inicial; e (iv) dano efetivo ou potencial.

Lembra que, a partir da edição da Lei nº 13.564/2016, o Estado da Bahia incorre em ofensa ao Princípio Constitucional da Proteção à Confiança, bem como ao próprio Princípio da Segurança Jurídica, já que frustrou a legítima expectativa do particular de se valer do benefício fiscal de que trata o Programa DESENVOLVE até o prazo final estabelecido nas Resoluções (12 anos contados a partir da publicação no Diário Oficial).

Reporta que a invalidade desse condicionamento e exigência ao benefício fiscal encontra

ressonância no CTN.

Em seguida, aborda a “proibição legal da imposição de novas condições à benefício fiscal já outorgado por prazo determinado”.

Pontua que o prazo final de vigência, por fim, cumpre o propósito de permitir ao particular que pondere sobre a conveniência de cumprir a condição, permitindo que se projete estimativa da contrapartida outorgada pelo Poder Público, correspondente à economia tributária que será gerada desde tal momento até o termo final previsto pela lei. Considera que a proibição da revogação de exoneração condicionada e por prazo certo encontra, portanto, justificativa idônea e pertinente, a balizar a escolha do legislador.

Diz que o motivo por que o legislador diferencia a exoneração incondicional e por tempo indeterminado da exoneração condicional e por tempo determinado, deixando claro que esta segunda não é passível de revogação a qualquer tempo. Ressalta que na perspectiva do legislador complementar, a exoneração estabelecida sem condição, é sim mero favor fiscal e, como tal, sujeita a revogação de acordo com a conveniência da Administração Tributária. Por outro lado, a exoneração condicionada e por prazo certo não se sujeita à conveniência da Administração Pública, não podendo ser revogada antes de findo o prazo estabelecido para sua vigência.

Conclui que um benefício não pode ser alterado ou condicionado como pretende o Convênio ICMS 42/2016. Afirma ser indiferente, portanto, que o artigo 178 se refira expressamente à isenção. O influxo dos Princípios Constitucionais da Proteção da Confiança e da Segurança Jurídica aqui citados impõem que referida norma seja interpretada de maneira ampliativa, levando em consideração as situações em que há investimento promovido pelo particular em contrapartida à promessa de tratamento tributário vantajoso por parte do Estado. Em outras palavras, a tônica do artigo 178 do CTN não é a de tutelar a isenção especificamente, mas a de conferir segurança jurídica ao particular que, ante a promessa de alívio tributário, entende pertinente cumprir determinada condição que se mostre vantajosa ao Poder Público, com escopo de proteger o investimento promovido pelo contribuinte no cumprimento da condição nele prevista. Acosta manifestação do STF (RE 635688, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 16/10/2014, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-030 DIVULG 12-02-2015 PUBLIC 13-02-2015).

Sustenta que o condicionamento de benefício ou incentivo fiscal de que trata a Lei nº 13.564/2016 deve ser afastado, razão pela qual deve ser integralmente cancelada a infração objeto do presente lançamento fiscal.

Afirma pela impossibilidade do Estado da Bahia instituir depósito destinado ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza (FECOP) – reserva de lei complementar. Discorre quanto à violação ao art. 165, § 9º, II da CF.

Assinala que o Convênio ICMS 42/2016 autoriza aos Estados Membros a instituição de “*fundo de equilíbrio fiscal, destinado à manutenção do equilíbrio das finanças públicas*” para o recebimento do depósito mínimo de 10% a título de benefícios ou incentivos fiscais. Disse que a partir da referida orientação, verifica-se evidente estabelecimento de normas e condições relativas a fundos em matéria público-orçamentária, inclusive, dispondo-se acerca da destinação dos recursos nele depositados.

Explica que o artigo 165, § 9º da CF é claro ao delimitar a competência reservada à lei complementar para dispor a respeito de tal matéria. Mais especificamente, no inciso II do referido dispositivo legal, há expressa menção aos fundos.

Ressalta que a melhor interpretação do citado comando constitucional não se restringe à mera necessidade de lei complementar para tão somente instituir os aludidos fundos. Resta evidente que toda e qualquer disposição a respeito de fundos em matéria público-orçamentária seja veiculada por intermédio de lei complementar, seja na esfera federal ou estadual.

Pede vênia para inicialmente tecer breve exposição a respeito do Fundo Estadual de Combate à Pobreza e traçar paralelo aos desdobramentos a partir da edição da Lei nº 13.564/2016 pelo Estado da Bahia.

Aponta que a Emenda Constitucional (EC) nº 42/03 modificou a autorização constitucional para instituição dos fundos estaduais de combate à pobreza, suprimindo a necessidade de lei federal, contudo exigiu a implementação dos referidos fundos via *lei complementar*. É o que dispõe a redação do artigo 82, § 1º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Transcreve o artigo 155, § 2º, XII da CF. Verifica que foi adicionada uma matéria àquelas listadas como reservadas à lei complementar.

Aponta, neste ponto, que as alterações introduzidas pela EC nº 42/2003 são evidentes indicativos a respeito da interpretação do legislador, segundo qual os fundos estaduais de combate à pobreza subordinam-se ao regramento de lei complementar federal. Explica que, traçando-se um paralelo com as disposições da Lei nº 13.564/2016, a discussão a respeito da definição do conceito de *produtos supérfluos*, verifica-se que a redação pretérita do artigo 83 do ADCT previa a necessidade de lei federal para tanto.

Esclarece que, posteriormente, sobreveio a citada EC que, além de introduzir a expressão nas condições definidas na lei complementar de que trata o art. 155, § 2º, XII, da Constituição ao § 1º do artigo 82, supriu a necessidade de lei federal para definição dos produtos supérfluos sujeitos ao adicional de alíquota do ICMS a ser instituído para custeio do fundo estadual. Logo, passou-se a exigir lei complementar para disciplinar referido ponto.

Disse que, ainda que se entenda não ser necessária disciplina mediante ato normativo federal, a existência de lei complementar estadual mostra-se indiscutível. Portanto, sustenta que a referida analogia é hábil para reforçar a premissa geral no sentido de que o estabelecimento de normas a respeito dos fundos em discussão somente poderia ser legislado via lei complementar, como resta expressamente indicado pelo art. 165, § 9º, II da CF.

Acrescenta que, caso se entenda que é o Estado Membro que detém a prerrogativa para legislar sobre tal tema, infere-se que a EC 42/03 optou por deixar ao Estado-membro a autonomia para legislar sobre os fundos de combate à pobreza, *exigindo-se, no entanto, que a cobrança fosse deliberada por maioria qualificada*. Essa linha de interpretação foi endossada pela Corte Especial do Tribunal de Justiça de Goiás ao julgar a Arguição de Inconstitucionalidade nº 0111090-02.2014.8.09.0000, reproduz trecho extraído do voto do Exmo. Desembargador Relator Fausto Moreira Diniz.

Quanto ao exposto, a respeito da premissa geral aplicável aos fundos ora discutidos, verifica-se que o Estado da Bahia não poderia através da Lei nº 13.564/2016 internalizar as determinações advindas do Convênio ICMS 46/2016. Seja por falta de lei complementar federal ou estadual, os referidos dispositivos padecem de patente vício formal por violar expressa violação ao art. 165, § 9º, II da Constituição Federal.

Sem prejuízo do referido dispositivo legal, disse que a exigência de lei complementar estadual para implementação de depósito, referente ao condicionamento de benefícios e incentivos fiscais, destinado à manutenção do Fundo deflui do princípio da simetria. Reitera que o princípio da simetria dispõe que a legislação dos Estados-membros, não obstante a autonomia administrativa, financeira e política de tais entes, devem respeitar as diretrizes da Constituição Federal, nos moldes do que dispõe o artigo 25 da Carta.

Aduz que, segundo o artigo 79 do ADCT, o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza federal deve ser regulado por lei complementar. Nesse sentido, discorre que se o citado artigo do ADCT exige que a regulamentação do fundo federal de combate à pobreza seja feita na via da lei complementar, idêntica forma deve ser observada pelos Estados ao instituírem seus fundos nos moldes do artigo 82, § 2º do ADCT. Junta pontuação pelo Desembargador Relator Fausto Moreira Diniz no julgamento da Arguição de Inconstitucionalidade nº 0111090-02.2014.8.09.0000 (TJGO).

Nota que a observância ao princípio da simetria em tema atinente ao processo legislativo não infirma o princípio federativo, mas o reforça, conferindo coesão e segurança aos jurisdicionados sem retirar a autonomia dos Estados para instituir os fundos de combate à pobreza, que é, em última análise, a basilar ao sistema federativo. Acosta jurisprudência do STF (ADI 2872, Relator Min. Eros Grau, Relator p/ Acórdão Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, j. 1.8.2011) que reforça em diversas oportunidades a aplicação do princípio da simetria quando se trata de processo legislativo, quando definiu que a constituição estadual não pode exigir a edição via lei complementar para regular matéria que a Constituição Federal exige apenas lei ordinária.

Completa com transcrição da ementa do julgamento do RE 383123, Relatora Min. Cármem Lúcia, pela Segunda Turma, em 4.11.2014, onde estipulou a necessária observância da dinâmica constitucional federal para o processo legislativo mesmo quando ela é mais branda que a estadual, evidente que a situação oposta, em que a legislação federal prevê a edição por lei complementar, terá o mesmo deslinde: exigência de lei complementar local.

Diz ainda que a lei ordinária não demanda aprovação por quórum qualificado, como é o caso da lei complementar. Nesse sentido, se o legislador constituinte federal optou por exigir lei complementar para regulamentação do fundo federal de combate à pobreza, do mesmo modo deverão os Estados-membros observar tal modalidade legislativa ao instituir o fundo no âmbito estadual.

Afirma que o Estado da Bahia ao editar a Lei nº 13.564/2016 não observou a exigência de veiculação mediante lei complementar, referido dispositivo legal deve ser reputado inconstitucional, afastando-se, consequentemente, a exigência de depósito prévio para fruição de benefícios e incentivos fiscais.

Alega violação ao princípio da não-vinculação ou não-afetação da receita de impostos a órgãos, fundos ou despesas. Discorre quanto ao artigo 167, inciso IV da CF, onde reproduziu. Disse que, o depósito de 10% é condição para fruição de benefícios e incentivos fiscais exigido pelo Estado da Bahia possui todos os requisitos inerentes à espécie tributária, conforme erigido pelo art. 3º do CTN.

Reafirma que não há dúvidas que o montante exigido ao contribuinte corresponde a parcela do ICMS mensal devido, de maneira que o depósito corresponde a redução direta no benefício cuja contrapartida repercute em receita aos cofres públicos.

Disse que subdivide-se a classificação das espécies tributárias em *vinculados* e *não-vinculados*. A vinculação é adstrita à contraprestação estatal específica, diretamente ligada à pessoa do contribuinte. Por outro lado, não vinculação é situação exatamente contrária, em que nenhuma postura é exigida do Estado em consequência da tributação.

Frisa que, os comandos normativos construídos a partir da CF permitem a criação de tributos em virtude de uma atuação imediata ou mediata do Estado; ou de fatos ou acontecimentos sem nenhuma intervenção da atividade estatal. Com efeito, nosso ordenamento jurídico atribuiu a vinculação do produto da receita tributária somente à Taxa, Contribuição de Melhoria, Empréstimos Compulsórios e Contribuições Sociais, deixando de lado o legislador a aplicação do referido princípio aos impostos. Cita lições de Geraldo Ataliba (*Hipótese de Incidência Tributária*, 5ª Edição, Malheiros Editores, p. 130 e 131). Portanto, na Constituição Federal tem-se: “(i) os impostos, que são tributos não vinculados a atos estatais, já que seu aspecto material (núcleo da hipótese de incidência) não consiste numa atuação do Estado; e (ii) as contribuições e as taxas que são tributos vinculados a uma atividade estatal direta ou indireta, eis que seu aspecto material (núcleo da hipótese de incidência) consiste numa atividade do poder público imediata (taxa) ou mediata (contribuições)”.

Neste esteio, tendo em vista que o depósito de 10% (dez por cento) exigido pelo Estado da Bahia refere-se a receita de ICMS mensal devido, alega que não poderia o tributo ser destinado ao FECP, por violação ao princípio da não-vinculação ou não-afetação dos impostos plasmada no artigo

167, inciso IV, da CF. Portanto, considera que resta comprovada a inconstitucionalidade da Lei nº 13.564/2016 e sua posterior regulamentação dada pelo Decreto nº 16.970/2016. Junta jurisprudência do STF (RE nº 419.795 AgR, Rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, julgado em 22.02.11; ADI 2.529/PR, Rel. Min. Gilmar Mendes; AI 635.243-AgR/SP, Rel. Min. Ayres Britto).

Cita a impossibilidade de imposição da multa de ofício em razão dos depósitos efetuados nos autos do Mandado de Segurança nº 0562849-74.2016.8.05.0001.

Afirma que a multa aplicada tem finalidade confiscatória, que deve haver proporcionalidade entre as penalidades aplicadas e as infrações cometidas, e que deve existir uma graduação razoável. Acrescenta que a punição deve guardar relação direta entre a infração cometida e o mal causado, assim como com o bem jurídico que se deseja proteger.

Traz a colação algumas decisões do STF e do STJ, visando sustentar sua argumentação.

Finaliza a peça defensiva requerendo:

- que seja reconhecida a insubstância do Auto de Infração, dando-se provimento integral à presente impugnação, para que seja reconhecida a sua nulidade ou integralmente cancelado o lançamento fiscal, determinando-se o imediato arquivamento do processo administrativo, sem qualquer ônus para as partes.
- a juntada de documentos adicionais e a requisição de cópias de documentos e informações de quaisquer outros processos que se revelarem necessários à comprovação das alegações fáticas constantes da presente Impugnação, bem como seja autorizada a realização de sustentação oral de suas razões de defesa perante este órgão quando da inclusão do feito em pauta para julgamento, sendo que referida sustentação será realizada por um dos seguintes advogados abaixo indicados: (Alessandra Gomensoro, inscrita na OAB/RJ sob o nº 108.708 e Ricardo Cosentino, inscrito na OAB/RJ sob o nº 155.017).
- que toda intimação seja encaminhada ao endereço da Impugnante, descrito no início da presente impugnação e que as intimações sejam publicadas, exclusivamente, em nome dos advogados ALESSANDRA BITTENCOURT DE GOMENSORO, inscrita na OAB/RJ sob o nº 108.708 e PATRICIA BRESSAN LINHARES, inscrita na OAB/BA sob o nº 21.278.

Na informação fiscal, fls. 248/254, os autuantes passam a fazer as suas ponderações:

Preliminarmente, destacam que o Contribuinte recebeu uma cópia idêntica ao PAF em questão, com todos os elementos que descrevem, detalhadamente, a infração evidenciada na ação fiscal, inclusive através dos respectivos enquadramentos legais e multa aplicada, conforme se observa às fls. 01 a 03 do PAF. Observam também que, mesmo tendo sido entregues todos os demonstrativos ao Contribuinte, o mesmo poderia solicitar cópia adicional de parte ou de todo o PAF em tela.

Esclarecem que as circunstâncias nas quais o Auto de Infração foi lavrado encontram-se muito bem delineadas na fl. 01 do processo, sendo que está evidente que a irregularidade constatada decorre da irresignação do Contribuinte em relação às imposições previstas na Lei nº 13.564/16, cuja cópia do texto se encontra anexada ao PAF, fl.37.

Aduzem que, em se tratando do DESENVOLVE, um benefício fiscal de enorme magnitude e repercussão a favor do Contribuinte, cuja materialização, no caso em questão, se deu com a Resolução nº 112/2006 do Conselho Deliberativo do programa, cuja cópia se encontra anexada à fl. 36, cumprem ressaltar que o grupo econômico em questão vem sendo autuado repetidas vezes em diversas filiais no Estado da Bahia por erro na quantificação do benefício, como se confirma nos Autos de Infração nºs 2993140020/10-0, 2691903003/16-6, 2691900001/10-3, 2691900106/15-0, dentre outros, todos já julgados procedentes pelo CONSEF. Enfatizam que apesar de versarem sobre infrações distintas deste PAF, evidenciam um certo descuido em relação ao atendimento aos pré-requisitos estabelecidos no programa DESENVOLVE, já desde a sua concessão em 2006.

Dizem que, após fazer considerações referentes à tempestividade da apresentação da Impugnação na fl. 80, o Autuado inicia sua defesa à fl. 81 com o item “II. Breve Resumo da Lide”, e que apesar de apresentar uma proveitosa sequência de fatos para o entendimento da lide, o Demandante mergulha em completo equívoco quando apresenta a tabela, na qual o benefício consiste em 80% redução, 10% pago no mês da competência, 10% prorrogado para 12 meses.

Assinalam que a síntese dos percentuais acima descrita não condiz, absolutamente, com os percentuais constantes na Tabela I anexa ao Decreto nº 8.205/2002, que disciplina o montante dos descontos de ICMS a serem aplicados pelos beneficiários do DESENVOLVE. Asseveram que, por outro lado, o Autuado demonstra não ter qualquer conhecimento de que esta tabela foi alterada pela última vez em 24/08/2016, conforme o Decreto nº 16.983/16, com efeitos a partir de 01/09/2016, já que às fls 139 a 156, ele anexa a versão antiga do referido Decreto. Portanto, dizem que isto evidencia o que já se afirmou anteriormente, de que o beneficiário do programa apresenta certa resistência ao perfeito cumprimento das regras estabelecidas no programa DESENVOLVE.

Ademais, registram que não se pode perder de vista que o DESENVOLVE é um benefício de natureza financeira, onde é concedido um prazo dilatado para o recolhimento de determinadas obrigações tributárias, visando estimular investimentos na indústria no Estado da Bahia. Neste contexto, o desconto oferecido para que o pagamento das parcelas seja antecipado pelo contribuinte não pode ser confundido com isenção do tributo.

Reiteram que, após citar a Lei nº 13.564/16 que estabeleceu condições para o benefício do DESENVOLVE, o Autuado classificou tal ato como ilegal ao afirmar à fl. 84 que: “...os *Contribuintes, como é o caso da Impugnante, beneficiários do Programa DESENVOLVE foram diretamente afetados pelo ato ilegal consubstanciado na exigência de depósito de 10% sobre o valor do benefício anteriormente concedido.* Enfatizam que tal afirmativa evidencia o principal eixo de argumentação da Impugnação apresentada neste processo.

Pontuam que, após classificar como ilegais e inconstitucionais as exigências contidas na Lei nº 13.564/16 e citar o Mandado de Segurança nº 0562849-74.2016.8.05.0001, que impetrou, reconhece que foi proferida sentença julgando extinto o feito. Diante disso, esclarecem que não existe qualquer autorização judicial para que o Autuado deixe de cumprir o estabelecido na Lei, e que do mesmo modo, não existe qualquer autorização para que o Contribuinte faça depósito judicial dos valores que devem ser recolhidos ao Fundo Estadual.

Consignam que, por ocasião da lavratura deste auto de infração, não havia, também, qualquer decisão judicial no sentido da suspensão da exigibilidade do tributo em questão. Não existindo autorização para que fosse feito o depósito judicial, não há como identificar e/ou vincular, as cópias dos comprovantes apresentados aos valores que deveriam ter sido obrigatoriamente recolhidos pela White Martins Gases Industriais Ltda., IE 48.882.480, CNPJ 24.380.578/0043-38 ao referido Fundo, para que o mesmo pudesse gozar do benefício do DESENVOLVE. Os documentos apresentados (fls. 17, 23, 24, 28, 29, 32 etc.) reportam a uma inscrição de contribuinte do estado de Pernambuco, CNPJ 24.380.578/0001-89. Dessa forma, asseveram que se trata de contribuinte diverso daquele que foi submetido à ação fiscal, CNPJ 24.380.578/0043-38, do estado da Bahia.

Salientam que o Contribuinte foi intimado pela fiscalização para apresentar os comprovantes de depósito em favor do Fundo Estadual de Combate à Pobreza (fl. 7), mas que nada apresentou. Acrescentam que apesar do Contribuinte às fls. 87 declarar que “...os valores supostamente devidos ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza vêm, efetivamente, sendo depositados pela Impugnante nos autos do aludido mandamus, razão pela qual sua exigibilidade encontra-se suspensa, nos termos do artigo 151, Inciso II, do Código Tributário Nacional ...”, naquela data, conforme sentenças judiciais cujas cópias foram anexadas pelos autuantes às fls. 40 a 46 deste PAF, o citado processo já se encontrava extinto.

Acostam as informações constantes no despacho da Procuradoria Geral do Estado PGE/PROFIS no Processo N° PGEnet2016 01 040423, conforme imagem de fl. 251, sendo que tal processo foi levado em conta pelos autuantes por ocasião da ação fiscal empreendida.

Destacam que, ao adentrar no item “*III - PRELIMINARMENTE*”, o Contribuinte transcreve o parágrafo primeiro do art. 129 do Código Tributário do Estado da Bahia e conclui, corretamente, que o auto de infração deverá conter: “*a descrição dos fatos considerados infrações de obrigações principais e acessórias, indicando as datas da ocorrência*”. No entanto, afirmam que a seguir, tenta macular o procedimento fiscal quando despreza o conjunto de elementos que compõem a rica descrição dos fatos constantes à fl. 1 do PAF para focar exclusivamente em um deles, qual seja a falta de correspondência do número do CNPJ dos documentos que é perfeitamente comprovada no processo, no entanto, não pode ser dissociada dos demais elementos com o fim de confundir os ilustres julgadores. Consideram que a afirmação do Demandante à fl. 86 de que “*a D. Fiscalização entendeu por bem desconsiderá-los pelo fato de os depósitos judiciais estarem sendo realizados em CNPJ diverso da Impugnante*” visa ocultar uma situação que, na verdade, se encontra inserida em um contexto bem mais amplo, conforme acima disposto.

Apontam que ainda, na fl. 87, sem tecer qualquer comentário referente ao fato de que o mandado de segurança em questão se encontra extinto, o Autuado segue alegando que o CNPJ da matriz foi utilizado no processo judicial em benefício da filial autuada.

Salientam que a ausência de autorização judicial para depósito em juízo ou para suspensão de exigibilidade do tributo depõem contra a conclusão a que chega o Requerente ao final da fl. 87, quando afirma que: “*...os valores supostamente devidos ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza vêm, efetivamente, sendo depositados pela Impugnante nos autos do aludido mandamus, razão pela qual sua exigibilidade encontra-se suspensa*”.

Sustentam que não assiste razão ao Autuado quando alega violação aos artigos 142 do CTN e 18 do RPAF (Decreto nº 7.629/1999) que transcreve, já que todos os elementos necessários para a perfeita identificação do fato gerador, sujeito passivo, montante do tributo devido e penalidade cabível se encontram comprovadamente presentes às fls. 1 a 76 deste processo.

Aludem que o Defendente faz alegações e solicitação relativas ao sobreramento do processo, suscitando aspectos legais, e, em seguida, adentra no item “*DO DIREITO*”, onde passa a contestar a legalidade das exigências feitas pelo Estado da Bahia através da Lei nº 13.564/16, bem como a legalidade da multa aplicada. Ressaltam que o DESENVOLVE é um benefício de natureza financeira, onde ocorre uma dilação do prazo de pagamento para determinada parcela do tributo. afirmam que não houve qualquer alteração na legislação que modificasse tais prazos de recolhimento, conforme bem pontua a ilustre Auditora Fiscal da Gerencia de Consulta Tributária da Diretoria de Tributação da SEFAZ-BA, Cristiane da Sena Cova, em parecer referente à matéria:

o benefício da dilação de prazo de pagamento do ICMS, concedido pelo Estado da Bahia através do DESENVOLVE - Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia, é um benefício de natureza financeira e não fiscal, visto que concede ao contribuinte um desconto em função da antecipação do pagamento do ICMS incentivado. Em outras palavras: a concessão do incentivo leva o beneficiário (industrial), a buscar a melhor opção entre as condições de pagamento oferecidas pelo Estado: antecipar o recolhimento do ICMS e ter um desconto maior, ou adiar o pagamento e ter maior prazo para quitação da dívida. Leva-se em conta, portanto, os aspectos financeiros relativos ao desconto concedido pelo Estado em função dos anos de antecipação, e os juros incorridos durante este período.

Neste contexto, ao determinar a obrigatoriedade de depósito do valor correspondente a 10% do desconto concedido à empresa beneficiária do Desenvolve, a Lei 13.564/2016 e o Decreto 16.970/2016 não revogam ou reduzem benefícios fiscais, mas apenas provocam uma redução indireta do desconto oferecido pelo Estado em função da data em que o contribuinte efetua o recolhimento do imposto. Trata-se, portanto, de alteração de dispositivo legal de cunho financeiro, criado com o fim de estimular o contribuinte a efetuar o recolhimento antecipado do imposto, objetivando aumentar o ingresso de receita nos cofres públicos. Caso o contribuinte opte por não antecipar o pagamento da parcela do imposto incentivada, não haverá obrigatoriedade de efetivação do depósito destinado ao Fundo de Combate à Pobreza, fato esse suficiente para afastar a natureza tributária do depósito. A alteração do regramento que rege essa matéria, portanto, ao contrário do alegado pela Impetrante, não configura qualquer violação à disposição contida no art. 178 do CTN. “

Da mesma forma, não procede a afirmação da empresa de que a obrigatoriedade de depósito mensal no

referido Fundo Estadual representa uma violação direta ao art. 167, iV, da Constituição Federal (que trata da vedação de vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa), visto que a Emenda Constitucional nº 31/2000, que alterou o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, estabelece expressamente em seu art. 82 que os Estados, o Distrito Federal e os Municípios devem instituir Fundos de Combate à Pobreza com os recursos mencionados no referido artigo, e outros que vierem a destinar, ou seja, a destinação de novas receitas para o referido Fundo possui previsão constitucional. Ao contrário do alegado pela Impetrante, portanto, essa receita não está limitada ao percentual de 2% (dois por cento) sobre a alíquota do ICMS aplicável às operações internas com determinados produtos, mas pode ser oriunda de outras fontes estabelecidas pela legislação estadual."

Finalizam, aduzindo que, em vista do Impugnante passar a contestar a legalidade das exigências feitas pelo Estado da Bahia através da Lei nº 13.564/16, bem como a legalidade da multa aplicada, deve-se levar em consideração que compete ao agente fiscal tão somente aplicar o determinado em Lei, sendo sua atividade plenamente vinculada. Ressaltam que o crédito fiscal em questão foi constituído revestido de todas as provas e evidências necessárias, tendo a multa sido aplicada conforme previsto na Lei Estadual nº 7.014/96, e que não cabe aos autuantes adentrarem neste aspecto da esfera de discussão trazida na impugnação, que abrange regra estabelecida, e o caráter abusivo da multa aplicada.

Sustentam que não há nenhuma alegação apresentada em sua peça de defesa que deixou de ser atentamente verificada, e que do mesmo modo, não houve qualquer fato, documento ou argumento que não tenha sido verificado e considerado. Enfatizam que o Contribuinte, em sua defesa, produziu todas as provas que entendeu necessárias e suficientes para alcançar suas pretensões de bem defender-se relativamente às autuações de que trata o presente PAF, pois, ao mesmo não foi estabelecido nenhum obstáculo, garantindo seu amplo direito de defesa.

Ressaltam, ainda, que após verificar as fls. 01 a 76, restou comprovado que o Contribuinte recebeu cópia do auto e todos os demonstrativos, levantamentos, documentos e arquivos eletrônicos integrantes do Auto de Infração, tornando insustentável qualquer alegação de cerceamento de direito de defesa.

Ao final, pedem pela Procedência do Auto de Infração.

VOTO

Em preliminar, verifico que não assiste razão ao Autuado quando alega violação aos artigos 142 do CTN e 18 do RPAF (Decreto nº 7.629/1999) que transcreve, já que todos os elementos necessários para a perfeita identificação do fato gerador, sujeito passivo, montante do tributo devido e penalidade cabível se encontram comprovadamente presentes, às fls. 1 a 76 deste processo.

Restou comprovado que o Contribuinte recebeu cópia do auto e todos os demonstrativos, levantamentos, documentos e arquivos eletrônicos integrantes do Auto de Infração, tornando insustentável qualquer alegação de cerceamento de direito de defesa.

No mérito, trata-se de Auto de Infração com exigência do recolhimento do valor correspondente a 10% (dez por cento) do incentivo ou benefício em favor do Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza, por ter sido efetuado a menor do ICMS por contribuinte beneficiado pela Lei nº 7.980 de 12 de dezembro de 2001 que instituiu o Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – Desenvolve, conforme Resolução nº 112/2006, que deixou de atender as condições estabelecidas na Lei nº 13.564/16.

A Lei nº 13.564, de 20 de junho de 2016, dispõe a condição para concessão e manutenção de benefícios e incentivos fiscais ou financeiros relacionados ao ICMS, a comprovação de depósito em favor do Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza, instituído pela Lei nº 7.988, de 21 de dezembro de 2001, do valor correspondente a 10% (dez por cento) do respectivo incentivo ou benefício.

Isto se aplica, inclusive, em relação aos benefícios e incentivos fiscais ou financeiros cuja fruição esteja em curso.

O Decreto nº 16.970 de 19 de agosto de 2016 que regulamenta a Lei nº 13.564, entrou em vigor a partir de 01/09/2016, produz efeitos até 31 de dezembro de 2018, estipula no Art 1º, que a condição estabelecida na lei, somente será exigida dos contribuintes beneficiários dos programas de DESENVOLVE, e de créditos presumidos previstos no Decreto nº 6.734, de 09 de setembro de 1997.

Para os beneficiários do DESENVOLVE, o cálculo do percentual de 10%, do valor do benefício usufruído a ser depositado em favor do Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza, será efetuado com base no valor do desconto do ICMS obtido na data da liquidação antecipada da parcela do imposto cujo prazo tenha sido dilatado.

O depósito destinado ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza deverá ser efetuado em documento de arrecadação com código de receita específico, na data da liquidação antecipada da parcela do imposto cujo prazo tenha sido dilatado, em relação aos beneficiários do DESENVOLVE.

O demonstrativo da infração encontra-se às fls. 10/11 do PAF, e aponta o ICMS devido em razão de perda do benefício no mês, com base no Art. 2º da Lei nº 13.564, de 20/06/2016, corrigido pela TJLP, conforme art. 4 da Res. 112/2006.

Tudo em razão de o sujeito passivo ter efetuado o pagamento antecipado do ICMS, código de receita 2167, com o desconto de 90%, por antecipação de 5 anos, sem, contudo, efetuar o recolhimento do percentual relativo ao fundo de combate à pobreza (FECOP).

Assim, em razão do estatuído na Lei nº 13.564/2016, no art. 2º, o descumprimento recolhimento do valor correspondente a 10% do respectivo incentivo ou benefício, em favor do FECOP, resulta na perda automática, no mês de fruição dos respectivos benefícios e incentivos fiscais ou financeiros.

O contribuinte ingressou com o Mandado de Segurança com Pedido de Medida Liminar “inaudita altera pars”, nº 0562849-74.2016.8.05.0001, cópia às fls. 173/203, cuja Decisão Interlocutória, deferiu a liminar, fls. 205/210, e Sentença proferida pela 9ª Vara da Fazenda Pública (fls. 212/216), na qual foi acolhida a preliminar de ilegitimidade e julgada extinta, sem resolução de mérito a Ação Mandamental, em 19 de maio de 2017.

Inconformada com o *decisum*, ingressou a White Martins com Recurso de Apelação (fls. 218/242), em 16 de agosto de 2017, com pedido de que o Mandado de Segurança seja efetivamente apreciado, ou alternativamente o julgamento do mérito, nos termos do artigo 1.013, § 3º do Novo CPC, a fim de que seja reconhecido o direito líquido e certo da Apelante de não se submeter à exigência contida no Art. 1º da Lei nº 13.564/2016, que estabelece que “ a fruição de benefícios e incentivos fiscais ou financeiros que resultem em redução do valor a ser pago do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS fica condicionada ao cumprimento, pelo contribuinte beneficiário ou incentivado, da comprovação de depósito, em favor do Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza, instituído pela Lei nº 7.988, de 21 de dezembro de 2011, do valor correspondente a 10% (dez por cento) do respectivo incentivo ou benefício”.

De acordo com o entendimento pacificado deste CONSEF, em matérias semelhantes e, consoante o disposto no artigo 126, do COTEB – Código Tributário do Estado da Bahia e no artigo 117, do RPAF/99, “*a propositura de medida judicial pelo sujeito passivo importa a renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa ou a desistência da impugnação ou recurso acaso interposto*”.

Assim, a escolha, pelo Contribuinte, pela via judicial, importa em desistência da defesa pela via administrativa, situação na qual, o processo deve ser encaminhado à PGE/PROFIS, para controle da legalidade e adoção das medidas cabíveis, inclusive, acompanhamento do processo no âmbito do judiciário.

Ressalto ainda que, conforme disposto no Art. 167, I a III do RPAF/99, não se incluem na competência dos órgãos julgadores administrativos, a declaração de invalidade em tese de lei, ou outro ato normativo vigente no ordenamento jurídico, a negativa de aplicação de ato normativo

emanado dos poderes Legislativo e Executivo e as decisões transitadas em julgado proferidas por membros do Poder Judiciário.

Diante do exposto, fica PREJUDICADA a defesa apresentada, diante da escolha da via judicial, mantendo-se o lançamento até a decisão final do Poder Judiciário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar PREJUDICADA a defesa apresentada, relativo ao Auto de Infração nº 299314.0002/19-5, lavrado contra **WHITE MARTINS GASES INDUSTRIAIS DO NORDESTE LTDA.**, no valor de **R\$549.181,78**, acrescido da multa de 60%, prevista no art.42, II, “f” da Lei 7.014/96, e dos acréscimos legais, diante da renúncia à discussão da lide na esfera administrativa, em razão da propositura de medida judicial, devendo o PAF ser remetido à PGE/PROFIS para controle da legalidade e adoção das medidas cabíveis, conforme art. 126 do COTEB.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de novembro de 2019.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA – RELATOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ – JULGADOR