

PROCESSO - A. I. Nº 298579.0004/17-5
RECORRENTE - GLOBALPACK DO NORDESTE INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.
RECORRIDO - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO – Acórdão 2ª CJF nº 0182-12/19
ORIGEM - IFEP NORTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 09/12/2020

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0267-12/20-VD

EMENTA: ICMS. AUSÊNCIA DE PRESSUPOSTO DE ADMISSIBILIDADE DO RECURSO. Constitui pressuposto para a admissibilidade do Pedido de Reconsideração, a sua interposição, em face de Decisão da Câmara de Julgamento Fiscal, que haja reformado, no mérito, aquela de Primeira Instância, via Recurso de Ofício. Tal requisito não foi preenchido no caso concreto, conforme estabelece o artigo 169, I, “d” do RPAF/99. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO CONHECIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Pedido de Reconsideração, formalizado com amparo na regra do art. 169, I, “d” do RPAF/99, contra a Decisão da 2ª CJF, proferida através do Acórdão nº **CJF Nº 0182-12/19**, em referência ao Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 27/09/2017, para exigir ICMS no valor histórico de R\$182.409,88, pela constatação da seguinte infração objeto do presente apelo:

INFRAÇÃO 1 – Recolheu a menor ICMS em razão da falta de recolhimento, na data regulamentar da parcela não sujeita a dilação de prazo, perdendo o direito ao benefício em relação à parcela incentivada prevista pelo Programa de Desenvolvimento e de Integração Econômica do Estado da Bahia – DESENVOLVE, relativo ao mês de julho do ano 2014. Lançado ICMS no valor de R\$182.409,88, mais 60% de multa, com enquadramento nos artigos 37 e 38 da Lei nº 7.014/96, c/c artigos 4º e 18 do Decreto nº 8.205/02, e multa tipificada no art. 42, inc. II, “f”, da Lei nº 7.014/96.

Inconformado com a decisão proferida, cientificado da Decisão da 2ª CJF, o sujeito passivo interpôs Pedido de Reconsideração, sustentando o cabimento de reforma, em razão dos fatos abaixo articulados.

A 2ª CJF dirimiu a lide, com decisão por maioria, com base no voto abaixo transcrito:

VOTO VENCIDO

Trata o presente processo de Recurso Voluntário apresentado pela Recorrente ante a decisão proferida pela 5ª JJF, através o Acórdão JJF nº 0035-05/18, que determinou o recolhimento do ICMS no valor de R\$182.409,88, acrescido das penalidades determinadas na Lei nº 7.014/96, artigo 42, II, “f”, pelo cometimento da seguinte infração:

“Recolheu a menor ICMS em razão da falta de recolhimento, na data regulamentar da parcela não sujeita a dilação de prazo, perdendo o direito ao benefício em relação à parcela incentivada prevista pelo Programa de Desenvolvimento e de Integração Econômica do Estado da Bahia – DESENVOLVE, relativo ao mês de julho do ano 2014. Lançado ICMS no valor de R\$182.409,88, mais 60% de multa, com enquadramento nos artigos 37 e 38 da Lei 7.014/96, c/c artigos 4º e 18 do Decreto nº 8.205/02, e multa tipificada no art. 42, inc. II, “f”, da Lei 7.014/96.”

A política aplicada pelos entes federados, com a finalidade de desenvolver determinadas atividades ou regiões, é baseada na concessão de benefícios fiscais, mesmo ao arrepio das normas constitucionais, mas nacionalmente aceitas e praticadas, onde as partes contratantes, Estado e beneficiário, se obrigam a cumprir determinadas disposições previstas nos atos concessivos.

Pelo que analisei no processo, em especial na informação fiscal e no Acórdão prolatado pela 5ª JJF, em momento algum, se fala em cancelamento de benefício fiscal, o que, como afirma a Recorrente, somente poderia ser determinada com base no que dispõe tanto a Lei nº 7.980/2001, como o Regulamento do Desenvolve, portanto, não há que se falar em cancelamento e sim em perda temporária do benefício.

Quanto ao mérito, apesar de toda sua argumentação, a Recorrente não trouxe novidades aos autos, sendo que apenas reconhece como realmente recolhido fora do prazo regulamentar o valor devido referente à parcela não incentivada, não havendo na legislação nenhum outro atenuante que não o determinado no artigo 18, abaixo

referenciado, alterado pelo Decreto nº 18.406/2018, que concedeu o prazo de recolhimento sem a suspensão do benefício, até o final do mês de vencimento. Vejamos:

“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.

Nota: A redação atual do art. 18 foi dada pelo Decreto nº 18.406, de 22/05/18, DOE de 23/05/18, efeitos a partir de 01/06/18.”

A Recorrente, reconheceu o seu erro, e tão logo que tomou conhecimento da situação, de imediato recolheu o ICMS normal acrescido de todos os encargos devidos, conforme pode ser confirmado na Relação de DAEs – Ano 2014 (fl. 08).

O recolhimento efetuado pela Recorrente foi efetivado no dia 13/08/2014, quando o previsto seria dia 11/08/2014.

No tocante a perda do benefício no mês Julho/2014, em decorrência de pagamento efetuado após o dia 09 do mês subsequente, a Lei nº 7.024/97, alterada pela Lei nº 13.816/17, que deu nova redação ao artigo 9º-A, prevê que o pagamento da parcela não dilatada, poderá ser efetivada até o último dia do mês de vencimento. Assim, só perderá o direito ao benefício, se o contribuinte não recolher a parcela não incentivada até o último dia útil do mês do vencimento; “in verbis”:

“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. (grifo nosso),”

A nova redação do Decreto nº 18.406/18, que regulamenta a matéria, assim prevê:

“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. (grifo nosso)”

Neste sentido, de ofício, trago em discussão a questão da retroação benigna, assunto este não mencionado de forma clara pela Recorrente, em sua peça recursal.

Conforme de conhecimento de todos, o art. 106, inciso II do Código Tributário Nacional, prevê o princípio da retroação benigna, conforme pode-se inferir do texto abaixo:

“Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

I - em qualquer caso, quando seja expressamente interpretativa, excluída a aplicação de penalidade à infração dos dispositivos interpretados;

II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:

a) quando deixe de defini-lo como infração; (grifo nosso).

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 da sua prática, (grifo nosso).”

Neste diapasão, fica comprovado o alcance da norma acima citada, mais precisamente em suas alíneas “a” e “c”, haja vista, que ela deixa de definir como infração o pagamento entre o dia 09 e o último dia útil do mês de vencimento, que fora o fato ocorrido.

Desde o advento do Decreto-Lei nº 2.848/40, que prevê o noticiado “Princípio da Legalidade”, que ficou legitimado no direito brasileiro, a “APLICAÇÃO DA RETROATIVIDADE BENÍGNA DA LEI”, “in verbis”: “Art. 2º Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória. Parágrafo único. A lei posterior, que de outro modo favorece o agente, aplica-se ao fato não definitivamente julgado e, na parte em que comina pena menos rigorosa, ainda ao fato julgado por sentença condenatória irrecorrível.”

Pessoalmente, entendo ser injusta a penalidade aplicada ao recorrente no caso concreto, uma vez que, houve o pagamento do imposto posteriormente ao vencimento, com os devidos acréscimos legais, porém dentro do mês do vencimento do imposto, isto é, o imposto de código nº 806 foi recolhido no dia 13/08/2014, portanto antes mesmo do prazo estabelecido pelo art. 18 do Decreto nº 18.406/2018. Além do exposto, levo em consideração o direito do Recorrente de gozar do benefício da retroação benigna, conforme art. 106, inciso II do Código Tributário Nacional.

Em face do exposto, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para julgar IMPROCEDENTE o Auto de Infração.

VOTO VENCEDOR

Divirjo do nobre Relator.

Entendo que o Art. 9º-A da Lei nº 7.980/01, incluído pela Lei nº 13.816/17, não deve retroagir para beneficiar o Autuado, embasado no Art. 106, II, “a”, do CTN, ambos os dispositivos transcritos abaixo:

“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.”

“Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

...

II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:

...

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;”.

A regra questionada é relativa a um benefício sob condição, ou seja, para fruição do benefício, a dilatação da parcela incentivada, faz-se necessário cumprir a condição, que é efetuar o pagamento da parcela não sujeita à dilação de prazo no vencimento regulamentar, especificamente tratado no Art. 38 da Lei nº 7.014/96, transcrito abaixo:

“Art. 38. Quando o reconhecimento do benefício do imposto depender de condição, não sendo esta satisfeita, o imposto será considerado devido no momento em que ocorreu a operação ou prestação.”

Saliento que ficou comprovado nos autos que o Autuado não recolheu o imposto devido no correto vencimento, bem como não indicou qualquer equívoco no elemento quantitativo da autuação. Não há penalidade absurda em desfavor do Autuado, mas tão somente a aplicação das normas legais e regulamentares ao caso concreto.

A ideia de retroatividade do Art. 106 do CTN tem inspiração no Direito Penal, sendo que as alíneas que possibilitam a aplicação retroativa da norma tratam exclusivamente de infrações e punições, não havendo retroatividade do tributo em si, sendo a lei aplicável sempre a vigente na data do fato gerador.

Destaco que não se aplica a denúncia espontânea ao benefício do Programa DESENVOLVE, pois o pagamento seria do imposto devido, que compreenderia o pagamento de 100% do imposto, ou seja, do imposto normal e postergado, pois as parcelas dilatadas e não dilatadas são ambos componentes da acepção “imposto devido”.

Portanto, ainda que o Autuado tenha recolhido o imposto da parcela não incentivada antes da ação fiscal, porém após a data de vencimento, resta caracterizada a condição para a não fruição do benefício da dilação do prazo de pagamento da parcela incentivada no respectivo mês.

O Autuado arguiu a competência do Autuante para decretar a perda do benefício fiscal do Programa DESENVOLVE, o que entende que só poderia ser efetuado pelo seu Conselho Deliberativo, conforme estabelecido no Art. 4º, § 1º da Lei nº 7.980/01.

A competência do mencionado Conselho Deliberativo do Programa DESENVOLVE, conforme definido no Art. 7º da Resolução nº 03/07, é definir política de investimentos, propor instituição de programas, deliberar sobre pedidos e concessão de incentivos e benefícios e apreciar e decidir sobre cancelamento de benefícios.

No caso em tela, não foi efetuado o cancelamento do benefício, mas tão somente a sua inaplicabilidade no mês em que o pagamento não ocorreu no prazo regulamentar, conforme expressamente previsto no Art. 18 do Decreto nº 8.205/02.

Entretanto, ressalto que, uma vez concedido o referido benefício fiscal previsto no Programa DESENVOLVE, cabe aos Auditores Fiscais da Secretaria da Fazenda verificar se os procedimentos adotados pelos contribuintes atendem o que determina a legislação tributária e, caso constatem práticas que conflitem com as normas, é sua competência aplicar o roteiro de auditoria para apurar o ICMS devido.

Quanto ao questionamento de ilegalidade do Art. 18 do Decreto nº 8.205/02, esta 2ª CJF não tem competência para declarar a inconstitucionalidade ou ilegalidade da legislação em vigor, conforme estabelecido no Art. 167, I, e III do RPAF/99.

Saliento que a multa aplicada, indicada no Art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96, deve ser mantida por ter previsão legal e ser a devida para a infração cometida.

Os julgamentos mais recentes deste CONSEF convergem com a posição aqui adotada, como pode ser verificado nos Acórdãos CJF nº 0104-12/14, 0087-12/18, 0091-11/18, 0293-11/18 e 0327-11/18.

Diante do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

Inconformado com a decisão proferida, cientificado da Decisão da 2ª CJF, o sujeito passivo interpôs Pedido de Reconsideração, sustentando o cabimento de reforma, em razão dos fatos abaixo articulados.

Sinaliza a recorrente que metade dos julgadores da Câmara entendeu que o auto de infração deveria ser cancelado, haja vista a aplicação do art. 9º-A da Lei nº 7.024/97, com redação conferida

pela Lei nº 13.816/17 ao caso, que dispõe que o pagamento da parcela não incentivada pode se dar até o último dia útil do mês do vencimento.

O dispositivo seria aplicado mediante o princípio da retroatividade benigna da norma tributária, insculpido no art. 106, inciso II, alíneas ‘a’ e ‘c’.

Contudo, a outra metade dos julgadores – aí incluído o Presidente da Câmara – decidiu pela não aplicabilidade da norma retro uma vez que o art. 106 do CTN teria aplicabilidade tão somente no que concerne a infrações ou punições, não comportando em seu campo o tributo em si.

Contesta a recorrente que esse óbice levantado pelo voto vencedor é aplicável somente à alínea ‘c’, do inciso II, do art. 106 do CTN, quando, a bem da verdade, estamos diante de caso a ser normatizado pela alínea ‘a’:

Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

I - em qualquer caso, quando seja expressamente interpretativa, excluída a aplicação de penalidade à infração dos dispositivos interpretados;

II - tratando-se 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 da sua prática.

Aponta que o art. 9-A da Lei nº 7.980/01, com redação conferida pela Lei nº 13.816/17, deve ser interpretado em conjunto com os arts. 37 e 38 da Lei nº 7.014/96. Assim como o art. 4º do Decreto nº 18.406/18 (que regulamentou o art. 9-A), deve ser analisado conjuntamente com os arts. 4º e 18 do Decreto nº 8.205/02. Transcreve os dispositivos.

Conclui que o novel art. 9º-A deixou de definir como infração a ausência de pagamento da parcela não incentivada no lapso temporal tido entre a data regulamentar e o último dia útil do mês do vencimento. Ou seja, caso o imposto seja pago até o último dia útil do mês do vencimento (e não até o dia 11), não há infração alguma! Justamente o que se deu no presente caso. O que coincide com a alínea ‘a’, do inciso II, do art. 106 do CTN: “*deixe de defini-lo como infração*”.

Assim, de rigor a aplicação da norma do art. 9º-A, que enseja o cancelamento da autuação, pelo princípio da retroatividade benigna das leis tributárias.

Já no que concerne ao vício de capitulação, o acórdão limitou-se a asseverar que “*a multa deveria ser mantida por ter previsão legal e ser a devida par a infração cometida*”, sem maiores considerações. Da leitura do relato das infrações constantes no Auto de Infração combatido nestes autos é possível observar que a multa imposta à Recorrente foi capitulada no artigo 40, inciso II, alínea “f” da Lei nº Lei nº 7.014/1996. Transcreve.

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

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

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

Ante o exposto, requer a recorrente o conhecimento e provimento do presente recurso, com a reforma do acórdão, conforme abordado nos tópicos anteriores.

Este é o relatório.

VOTO

Após minuciosamente relatado, destaca-se, que a figura jurídica do Pedido de Reconsideração se lastreia no artigo 169, I, “d” do RPAF/99, prevendo que caberão às Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, dentre outras hipóteses recursais, analisar e julgar o “Pedido de Reconsideração da Decisão de Câmara, que tenha, em julgamento de Recurso de Ofício, reformado no mérito a de Primeira Instância, em Processo Administrativo Fiscal.

Por seu turno, o inciso V, do art. 173 do mesmo Diploma Administrativo (RPAF), preconiza que não se conhecerá do Recurso que não demonstre a existência de matéria de fato ou fundamento de direito arguidos pelo sujeito passivo e não apreciados em decisões anteriores, com referência ao Pedido de Reconsideração estatuído na alínea “d”, do inciso I do art. 169.

Da leitura dos dispositivos normativos invocados, constata-se a exigência de dois pressupostos para a admissibilidade do Pedido de Reconsideração, quais sejam:

1. A Decisão da Câmara de Julgamento Fiscal tenha reformado, no mérito, a de Primeira Instância em Processo Administrativo Fiscal;
2. Verse acerca de matéria de fato ou fundamento de direito arguidos pelo sujeito passivo na impugnação, e não apreciados nas fases anteriores de julgamento.

Pois bem, a Decisão da Câmara no processo ora em análise, foi pela Procedência do Auto de Infração e Não Provimento do Recurso Voluntário, ou seja, não foi ali apreciado Recurso de Ofício, nem tampouco se trata de reforma de mérito.

Não há matéria de fato ou fundamento arguidos pela recorrente, que não tenha sido apreciado pela Câmara naquela oportunidade.

Assim sendo, verifico que o apelo da recorrente não atende aos requisitos acima expostos, de forma que voto pelo NÃO CONHECIMENTO do presente Pedido de Reconsideração.

Saliento, contudo, que o presente tema “aplicação da retroatividade benigna” para os pagamentos intempestivos do DESENVOLVE, já apresenta alguns precedentes favoráveis ao contribuinte nesta 2ª CJF, e, portanto, recomendo que seja requerido a análise pela PGE junto ao Controle da Legalidade.

Este é o voto.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO CONHECER** o Pedido de Reconsideração apresentado, e manter a decisão recorrida que **NEGOU PROVIMENTO** ao Recurso Voluntário interposto para homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **298579.0004/17-5**, lavrado contra **GLOBALPACK DO NORDESTE INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$182.409,88**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 24 de setembro de 2020.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

LEILA BARRETO NOGUEIRA VILAS BOAS - RELATORA

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS