

PROCESSO - A. I. Nº 108880.0011/19-7
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - INCENOR INDÚSTRIA CERÂMICA DO NORDESTE LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 3ª JJF nº 0052-03/20
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 27/01/2021

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0314-12/20-VD

EMENTA: ICMS. ESTORNO DE DÉBITO. IMPOSTO EM DESACORDO COM A LEGISLAÇÃO. O sujeito passivo logra êxito em elidir a acusação fiscal ao comprovar nos autos que a Resolução nº 27/14 encontrava-se em vigor no período fiscalizado. Infração insubsistente. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto pela 3ª Junta de Julgamento Fiscal em face da sua decisão exarada através do Acórdão JJF nº 0052-03/20, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 26/06/2019, para exigir o pagamento do imposto no valor histórico de R\$2.415.115,70, acrescido da multa de 60%, em decorrência da infração 01 abaixo transcrita. As 02 outras infrações foram julgadas procedentes e reconhecidas pela empresa autuada, inclusive a mesma informou ter pago tais infrações e, portanto, não foram objeto do presente Recurso de Ofício.

Infração 01 (01.06.01) - Estorno de débito de ICMS em desacordo com a legislação deste imposto, no mês de julho de 2014. Exigido o valor de R\$2.414,731,58, acrescido da multa de 60%.

Consta como complemento: “A empresa é detentora dos benefícios fiscais do PROBAHJA e DESENVOLVE, através das Resoluções 08/2003, 0912004, 06/2007,36/2014,27/2014, 7612014 e 03/2015. Algumas dessas resoluções estão com o prazo de validade vencido, mas, estão sendo citadas por ser esta infração interligadas a elas;

A empresa INCENOR, através do Processo nº 182 906/2016-2, comunicou à SEFAZ a utilização de crédito, no campo “Outros Créditos”, no valor de R\$2.214.731,58 sob a alegação de ter recolhido ICMS a maior no período de 10/2013 a 06/2014, decorrente da publicação da Resolução PROBAHIA 27/2014;

Após a análise das resoluções, identifiquei que a empresa solicitou esclarecimentos com relação ao prazo de fruição da Resolução nº 27/2014, tendo sido cientificada através da de nº 03/2015 que seria de 01/10/2013 a 30/09/2028, porém, entraria em vigor na data da publicação;

A Resolução nº 06/2007 alterou a de nº 08/2003, retificando o percentual do crédito presumido que passou a ser de 85%;

A Resolução nº 27/2014, que fixou em 95% o percentual do crédito presumido nas saídas de pisos e revestimentos cerâmicos, dispõe como data de validade, a da publicação;

Já a Resolução nº 03/2015 esclarece qual o período de vigência da de nº 27/2014, que é de OUT/2013 a JUN/2014, mas não autoriza a utilização retroativa, tendo a sua validade na data da publicação;

De acordo com a publicação do Decreto nº 14.176, de 09/10/2012, que acrescentou os §§4º e 5º ao art. 10 do Decreto nº 8.205, de 03 de abril de 2002; as empresas que migraram do BAHIAPLAST e atendessem ao descrito nos artigos citados teriam o prazo dos benefícios prorrogados pelo período que foi descontado em função da utilização do BAHIAPLAST;

O §5º do Decreto nº 8.205 descreve que “será contado imediatamente após a data final da fruição do benefício nos termos da resolução -anterior, não cabendo restituição de importâncias recolhidas em decorrência da não utilização do benefício previsto na resolução”;

Por omissão na legislação do PROBAHIA, e aplicando o previsto no Decreto nº 14.176, de 09/10/2012, no seu art.10 - §5º”, não cabe a utilização do crédito conforme procedimento adotado pela empresa.”

Em sede de defesa, a empresa autuada apresentou peça impugnatória, fls. 75 a 88, feita por seu

patrono, o advogado Antônio Ramos Damasceno, inscrito na OAB/BA sob o nº 56.801.

Em síntese, inicialmente apresentou preliminar de nulidade em relação a infração 01, com fulcro no art. 156 da Lei nº 3956/81 e nos artigos 55 e 62 RPAF-BA/99. Em sequência, ao tratar do mérito, reconheceu expressamente o cometimento das infrações 02 e 03, e informou ter procedido ao pagamento do débito relativo a esses itens da autuação. Sendo assim, restou a infração 01, na qual o sujeito passivo alegou que, por equívoco no trâmite processual nos Conselhos Deliberativo do DESENVOLVE e PROBAHIA, através da Resolução nº 36/2014, que o habilitou equivocadamente no Programa DESENVOLVE, e como consequência o induziu ao recolhimento a mais do ICMS.

O autuante apresentou Informação Fiscal às fls.150 a 162. Explicou que o sujeito passivo é detentor dos benefícios fiscais do PROBAHIA, através das Resoluções nºs 08/2003, 09/2004, 06/2007, 27/2014 e 03/2015 - e DESENVOLVE, através das Resoluções de nºs 36/2014 e 76/2014. Observou que algumas dessas resoluções estão com o prazo de validade vencido e algumas revogadas, mas, estão sendo citadas por ser a Infração 01.

Em seguida, registrou que por não se tratar de Consulta, mas de Comunicado, e em virtude do prazo de decadência, procedeu a autuação fiscal por ser este o instrumento legal para exigência do crédito tributário, nos termos do art. 142 - Parágrafo único do CTN. Por fim, concluiu pela manutenção da autuação.

A 3ª JF, converteu os autos em diligência para que a Gerência do Setor Indústria e Comércio Exterior DPF - SEFAZ informasse nos autos a partir de que data a empresa INCENOR, de fato, inicia a fruição do benefício do crédito presumido de 95% por dez anos em continuidade ao prazo previsto na Resolução nº 08/2003.

Em atenção ao pedido de diligência a DIREF/GEINC informou que a empresa INCENOR Indústria de Cerâmica do Nordeste Ltda., iniciou a utilizar o referido incentivo a partir do mês de outubro de 2013. Por não ter sido carreado aos autos, em virtude do atendimento da diligência, fatos novos, foi desnecessária a intimação da Autuada.

Isto posto, a 3ª JF exarou decisão pela Procedência em Parte da autuação, nos termos a seguir transcritos:

“(…)

Inicialmente, cabe enfrentar a preliminar de nulidade suscitada pelo Impugnante, sob o fundamento de que o Autuante, apesar de lhe ter concedido o prazo de vinte dias para que procedesse a regularização fiscal, em relação à consulta formulada, e ato contínuo, lavrou o presente Auto de Infração, contrariando o previsto no art. 156 da Lei 3956/81 e nos artigos 55 e 62 RPAF-BA/99.

Depois de examinar os elementos atinentes a essa alegação articulada pelo Defendente, constato que não deve prosperar a alegação, haja vista que o documento a que se refere o Autuado não se constitui e não se configura no Instituto de Consulta, preconizado nos dispositivos legais apontados na defesa. Como se depreende claramente da cópia do documento acostado à fl. 10, trata-se de mera comunicação à Repartição Fazendária de procedimento pretérito adotado, ou seja, a informação de lançamento extemporâneo de crédito fiscal. O que significa dizer que o Impugnante não se reportou perquirindo ao Órgão Fazendário qualquer orientação procedimental. Logo, não há que se falar na concessão do prazo de vinte dias, previsto na legislação apontada pela defesa.

Pelo expendido, entendo que a lavratura do presente Auto de Infração, realizada antes dos vinte dias concedidos pela Autuante, motivada pela iminência de a irregularidade constatada ser alcançada pela decadência, não se constitui óbice para inquirir de nulidade a autuação, uma vez que foi concedido o prazo regulamentar de sessenta dias para que o Autuado exercesse o exercício de ampla defesa.

Ademais, constato que no Auto de Infração, todos os requisitos previstos nos artigos 18 e 39 do RPAF/99, foram preenchidos. No caso em análise, observo que a acusação fiscal é bastante clara, e não se encontra no presente PAF, violação ao princípio do devido processo legal, tendo sido observado o direito à ampla defesa e ao contraditório, caracterizados nos aspectos abordados na impugnação, na informação fiscal, bem como na narrativa dos fatos e correspondente infração, não estando presentes nos autos quaisquer dos motivos de nulidades elencados na legislação de regência, precipuamente nos incisos I a IV, do art. 18 do RPAF-BA/99.

No mérito, o presente Auto de Infração é constituído de três infrações à legislação baiana do ICMS, consoante discriminação pormenorizada no preâmbulo do relatório.

No que diz respeito às Infrações 02 e 03, o Impugnante reconhece expressamente o cometimento dessas infrações, e informa ter procedido ao pagamento do débito relativo a esses itens da autuação. Logo, ante a inexistência de lide em torno desses itens da autuação ficam mantidos.

A Infração 01 cuida do estorno de débito de ICMS em desacordo com a legislação, no período de outubro de 2013 a junho de 2014, no valor de R\$2.414.731,58.

A lavratura do Auto de Infração decorreu da constatação pela Autuante, ao examinar comunicado do Impugnante à Repartição Fiscal do lançamento extemporâneo do crédito fiscal no período de outubro de 2013 a junho de 2014, em decorrência da Resolução nº 27/2014, que concedeu o benefício do crédito presumido e do diferimento do ICMS no percentual de 95%, e entrando em vigor na data de sua publicação.

Em sede de defesa, o Impugnante alegou que, por equívoco no trâmite processual nos Conselhos Deliberativo do Desenvolve e Probahia, através da Resolução nº 36/2014, que o habilitou equivocadamente no programa Desenvolve, e como consequência o induziu ao recolhimento a mais do ICMS, objeto da autuação, no período de outubro de 2013 a junho de 2014. Frisou que adotou as seguintes medidas: retificou as DMAs desse período, procedeu a retificação das informações contidas no Sistema Público de Escrituração Digital – SPED, e comunicou a SEFAZ, que lançou o crédito extemporâneo. Contestou o Impugnante o fundamento da autuação pela Autuante com base na data da publicação da Resolução nº 03/2015, asseverando que de modo categórico, a citada resolução tem vigência e eficácia de seus efeitos a partir de 01/10/2013 a 30/09/2028, e a partir de 26 de março de 2015, como pretende a Autuante.

Em sua informação Fiscal a Autuante manteve a autuação sob o fundamento de que, apesar de a Resolução nº 03/2015 esclarecer que o período de vigência da Resolução nº 27/2014, ser de out/2013 a jun/2014, entretanto, não autoriza a utilização retroativa do benefício, tendo a sua validade na data da publicação, que foi 26 de março de 2015.

Sustentou também a Autuante que não cabe a restituição de importâncias recolhidas em decorrência da utilização do benefício previsto na Resolução. Explicou seu posicionamento com base na analogia prevista no inciso I, do art. 108 do CTN, aduzindo que, apesar de a legislação do Probahia ser omissa em relação a benefícios utilizados em data retroativa, a legislação do Desenvolve ao estabelecer critérios com relação a empresas que tenham migrado do Bahiaplast nos §§4º e 5º do Dec. 8.205/2002, que “ será contado imediatamente após a data final da fruição do benefício nos termos da resolução anterior, não cabendo restituição de importâncias recolhidas em decorrência de não utilização do benefício previsto na resolução.”

Depois de compulsar os elementos que compõem o contraditório instalado no presente Auto de Infração, verifico que a solução da lide depende dos seguintes esclarecimentos. Primeiro, se no período de outubro de 2013 a junho de 2014, a Resolução PROBAHIA nº 27/2014, que instituiu o benefício do crédito presumido e do diferimento do ICMS no percentual de 95%, encontrava-se em vigor. Segundo, se a previsão estatuída pelos §§4º e 5º, do Dec. 8.205/2002, que veda a restituição de importâncias recolhidas em decorrência de não utilização do benefício previsto na resolução, é aplicável ao presente caso.

No que concerne ao questionamento sobre a fruição de benefício no percentual de 95%, instituído pela Resolução PROBAHIA nº 27/2014, no período de outubro de 2013 a junho de 2014, na busca da verdade material e afastar qualquer interpretação duvidosa, essa 3ª Jf, converteu os autos em diligência à Gerência do Setor Indústria dessa SEFAZ, esclarecesse essa questão e a Gerência informou nos autos, fl. 204, que o Autuado começou a utilizar o incentivo relativo ao crédito presumido do ICMS, concedido pela Resolução PROBAHIA nº 27/2014, a partir de outubro de 2013.

Assim, entendo que o estabelecimento autuado no período de outubro de 2013 a junho de 2014, fazia jus ao benefício de 95%, ou seja em lide.

Em relação ao argumento da Autuante de que dever-se-ia aplicar ao presente caso, por analogia de que descabe a restituição de importâncias recolhidas em decorrência da não utilização do benefício previsto em resolução, irretroatividade fosse informado, com base nos §§4º e 5º do Dec. 8.205/2002, que regula as condições das empresas que migraram do BAHIA PLAST para o DESENVOLVE, entendo que não deve prosperar. Eis que é patente que na legislação do PROBAHIA, a que está submetido o Impugnante, como asseverou a própria Autuante, inexistia essa previsão. Portanto, a interpretação analógica, não deve ser aplicada, uma vez que se trata legislação de concessão de benefício, caso em que se deve aplicar a interpretação literal.

Logo, fica patente nos autos que a utilização dos créditos fiscais, objeto da autuação, não foi efetuada ao alvedrio do Impugnante, eis que decorreram de previsão respaldada na legislação de regência.

Acrescente-se ainda, que a utilização dos créditos fiscais foi antecedida de retificação das Declarações e Apuração Mensal do ICMS – DMA, e procedida a retificação das informações contida no Sistema Público de Escrituração Digital - SPED, autorizada pelo Parecer DITRI nº 4523/2015.

Assim, ante o efetivo esclarecimento promovido pelo despacho colacionado às fls. 190 a 192 do Conselho,

acolhendo o pleito do Autuado, que culminou com a edição da Resolução 03/2015, resta patente nos autos que o Autuado fazia jus ao benefício de 95%, a partir de 01 de outubro de 2013 utilização de crédito fiscal, resta descaracterizada a autuação.

Concluo pela insubsistência da autuação relativa à Infração 01.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

A 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual interpôs Recurso de Ofício de sua decisão, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a” do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 18.558/18, com efeitos a partir de 17/08/18.

Regista-se que nesta assentada de julgamento da 2ª CJF, a empresa autuada se fez representar pelo nobre advogado Antônio Ramos Damasceno (OAB/BA Nº 56.801) e o preposto da empresa Sr. Luciano Silva Bezerra.

VOTO

Ao compulsar os autos, constato que apenas a infração 01 foi objeto do Recurso de Ofício, uma vez que foi julgada improcedente pela e. 3ª Junta de Julgamento Fiscal. O referido lançamento fiscal diz respeito a estorno de débito de ICMS por estar em não conformidade com a legislação deste imposto, no mês de julho de 2014, segundo alegação do autuante.

Vale Inicialmente, cumpre assinalar que a empresa autuada cumpriu as medidas necessárias para regularidade fiscal no que tange a acusação em tela. Houve um equívoco no procedimento processual ocorrido no âmbito dos Conselhos Deliberativo do DESENVOLVE e PROBAHIA, mediante Resolução nº 36/2014, na medida em que a empresa autuada restou habilitada no Programa DESENVOLVE. Por consequência, ficou obrigada ao recolhimento *a mais do ICMS* no período de outubro de 2013 a junho de 2014, de que trata o lançamento em foco.

Após análise dos documentos e fatos contidos nos autos à luz da legislação aplicável, constato que as 02 questões postas para o deslinde da controvérsia cingem-se a verificar se a Resolução PROBAHIA nº 27/2014, garantidora do benefício do crédito presumido e diferimento do ICMS no percentual de 95%, estava em vigor no período de outubro de 2013 a junho de 2014; bem como checar se a dicção dos §§4º e 5º do Decreto nº 8.205/2002 é aplicável ao presente caso, ou seja, se estava vedado ao sujeito passivo o direito a restituição dos valores recolhidos em face da não utilização do benefício previsto na mencionada Resolução.

No que tange ao primeiro aspecto da controvérsia, está consignado nos autos o posicionamento da Gerência do Setor Indústria dessa SEFAZ, provocada por diligência a ela encaminhada pela 3ª JJF visando auferir o início da fruição do benefício do crédito presumido de 95% por dez anos em continuidade ao prazo previsto na Resolução nº 08/2003.

Em atenção ao teor da diligência, este nobre órgão fazendário esclareceu (fl. 204): “*o Autuado começou a utilizar o incentivo relativo ao crédito presumido do ICMS, concedido pela Resolução PROBAHIA nº 27/2014, a partir de outubro de 2013*”.

Por conseguinte, fica justo e claro que a empresa autuada era detentora do direito ao benefício de 95% durante o período de outubro de 2013 a junho de 2014, em apreço.

No que concerne ao segundo aspecto guerreado, comungo com a acertada decisão de piso. A dicção do §§4º e 5º do Decreto nº 8.205/2002 foi arguida pelo autuante para desconstituir a restituição de valores recolhidos pela empresa autuada em face da não utilização do benefício das empresas que migraram do BAHIAPLAST para o DESENVOLVE.

A posição do fiscal autuante não encontra respaldo legal, haja vista que tal dispositivo acima não contém tal previsão, como ele próprio reconhece expressamente na sua Informação Fiscal. Nesta esteira, só caberia a decisão recorrida se ater a interpretação literal dos dispositivos legais que tratam da matéria.

Ademais, ficou patente que a empresa antes do uso dos créditos fiscais, fez a devida retificação das suas Declarações e Apuração Mensal do ICMS – DMA, bem como das informações consignadas no seu SPED Fiscal, com base no que estabelece o Parecer DITRI nº 4523/2015.

Vale asseverar que a 3ª JJF evidenciou na sua decisão em apreço o teor do esclarecimento trazido no Despacho (fls. 190 a 192) do competente Conselho, *“acolhendo o pleito do Autuado, que culminou com a edição da Resolução 03/2015, resta patente nos autos que o Autuado fazia jus ao benefício de 95%, a partir de 01 de outubro de 2013 utilização de crédito fiscal, resta descaracterizada a autuação”*.

Enfim, diante da clara e embasada decisão da 3ª JJF, entendo que a infração 01 não pode subsistir. As demais infrações do Auto de Infração foram julgadas procedentes e não integram o presente Recurso de Ofício em análise.

Por conseguinte, julgo improcedente a infração 01. Nesse sentido, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício para manter inalterada a Decisão Recorrida que julgou o Auto de Infração, em epígrafe, PROCEDENTE EM PARTE, haja vista a **insubsistência da infração 01** e a procedência das infrações 02 e 03, ambas reconhecidas pela própria empresa.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **108880.0011/19-7**, lavrado contra **INCENOR INDÚSTRIA CERÂMICA DO NORDESTE LTDA.**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$384,12**, previstas no art. 42, incisos IX e XI da Lei nº 7.014/96, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologado os valores recolhidos.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 09 de novembro de 2020.

MAURÍCIO DE SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

CARLOS HENRIQUE JORGE GANTOIS – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS