

A. I. Nº - 207090.0002/18-4
AUTUADO - ITAZUL INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PRODUTOS DE LIMPEZA EIRELI
AUTUANTE - MARIA CONSUELO PIRES BARROS
ORIGEM - INFAC INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 20/07/2020

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0074-04/20-VD

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. SERVIÇO DE TRANSPORTE JUNTO A ME E EPP. USO INDEVIDO. Item reconhecido 2. IMPOSTO DIFERIDO. ENTRADAS DE REFEIÇÕES. FALTA DE RECOLHIMENTO. Item reconhecido 3. PROGRAMA DESENVOLVE. ERRO NA DETERMINAÇÃO DO VALOR DA PARCELA INCENTIVADA. PERDA DO BENEFÍCIO EM RELAÇÃO À PARCELA INCENTIVADA. a) PERDA DO BENEFÍCIO EM RELAÇÃO À PARCELA INCENTIVADA ANO 2015. O artigo 18 do Decreto nº 8.205/02, que regulamenta o Programa Desenvolve, vigente à época dos fatos, não deixava dúvida de que a empresa habilitada que não recolhesse ao Tesouro do Estado, na data regulamentar, a parcela do ICMS não sujeita à dilação de prazo, perderia o direito ao benefício em relação à parcela incentivada naquele mês. Por sua vez, o artigo 38 da Lei nº 7.014/96, que trata do ICMS no Estado da Bahia, é taxativo ao dispor que, quando o reconhecimento do benefício do imposto depender de condição, não sendo satisfeita, o imposto será considerado devido no momento em que ocorreu a operação ou prestação. Em sendo assim, a Fiscal Autuante cumpriu o seu dever funcional em obediência à legislação vigente no Estado da Bahia, ao desconstituir o direito ao benefício fiscal do Programa Desenvolve, relativo ao mês de novembro de 2014, em que a empresa deixou de recolher o ICMS normal, ou seja, a parcela do imposto não incentivado, no prazo regulamentar. Infrações 3 subsistente. b) ERRO NA DETERMINAÇÃO DO VALOR DA PARCELA SUJEITA À DILAÇÃO DE PRAZO. Item reconhecido 4. DIFERENÇA DE ALÍQUOTA. AQUISIÇÕES EM OUTRAS UNIDADES DA FEDERAÇÃO. MERCADORIAS DESTINADAS AO CONSUMO DO PRÓPRIO ESTABELECIMENTO. FALTA DE RECOLHIMENTO. Item reconhecido 5. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA POR SUBSTITUIÇÃO. SAIDAS DE MERCADORIAS PARA CONTRIBUINTES LOCALIZADOS NO PRÓPRIO ESTADO DA BAHIA. FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Item reconhecido. Afastadas as arguições de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 22/03/2018, objetiva exigir débito no valor de R\$104.128,57, inerente aos anos de 2013 e 2014, conforme demonstrativos/documentos de fls. 9 a 107 dos autos, atribuindo ao sujeito passivo o cometimento das seguintes irregularidades concernentes à legislação do ICMS:

INFRAÇÃO 1 – 01.02.70: Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de serviço de transporte junto à microempresa ou empresa de pequeno porte nos meses de novembro e dezembro de 2014, conforme demonstrativo de fl. 35 dos autos. Lançado ICMS no valor de R\$72,50, com enquadramento no artigo 31 da Lei nº 7.014/96 c/c artigos 310, inciso I, alínea “a”, do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012 e multa tipificada no art. 42, inc. VII, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 2 – 02.04.03: Deixou de recolher ICMS diferido nas entradas de refeições destinadas a consumo por parte dos seus funcionários nos meses de janeiro, fevereiro, abril, maio, junho e julho de 2013, conforme demonstrativo de fl. 40 dos autos. Lançado ICMS no valor de R\$652,56, com enquadramento no art. 2º, inc. I e art. 32, da Lei nº 7.014/96 c/c artigos 286, inc. VII, e § 2º, inc. I, do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012 e multa tipificada no art. 42, inc. II, alínea “f”, da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 3 – 03.08.03: 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 Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – DESENVOLVE no mês de novembro de 2014, conforme demonstrativo de fl. 56 dos autos. Lançado ICMS no valor de R\$83.961,31, 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, mais multa de 60%, tipificada no art. 42, inc. II, “f” da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 4 – 03.08.04: Recolheu à menor ICMS em razão de erro na determinação do valor da parcela sujeita à dilação de prazo prevista pelo Programa de Desenvolvimento e de Integração Econômica do Estado da Bahia – DESENVOLVE no ano de 2014, conforme demonstrativo de fl. 56 dos autos. Lançado ICMS no valor de R\$10.711,35, com enquadramento nos artigos 37 e 38 da Lei nº 7.014/96 c/c artigos 2º e 3º do Decreto nº 8.205/02, mais multa de 60%, tipificada no art. 42, inc. II, “f” da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 5 – 06.02.01: Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas ao consumo do estabelecimento, nos exercícios de 2013 e 2014, conforme demonstrativo de fls. 67/70 dos autos. Lançado ICMS no valor de R\$8.548,21, com enquadramento no art. 4º, inc. XV, da Lei nº 7.014/96, c/c art. 305, §4º, inc. III, alínea “a”, do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012 e multa tipificada no art. 41, inc. II, alínea “f”, da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 6 – 07.02.03: Deixou de proceder a retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizados no Estado da Bahia, em janeiro e agosto de 2014, conforme demonstrativos de fl. 100 dos autos. Lançado ICMS no valor de R\$7182,64, com enquadramento nos art. 8º, inc. II, da Lei nº 7.014/96, c/c 289 do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012 e multa tipificada no inc. II, alínea “a”, do art. 42, da Lei nº 7.014/96.

O autuado, através do seu patrono devidamente constituído, apresenta suas razões de defesa às fls. 110 a 123, que a seguir passo a descrever:

Diz que, inserida no rol das empresas que desfrutam de tradição no setor em que atua, sempre diligenciou no sentido de bem cumprir suas obrigações fiscais perante o Poder Público, notadamente no tocante ao cumprimento das obrigações tributárias concernentes ao Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicações - ICMS.

Inobstante tais cuidados, aduz que a empresa foi surpreendida quando da fiscalização ocorrida em seu estabelecimento, a qual resultou na lavratura da equivocada peça punitiva ora impugnada, tendo sido imputada 6 (seis) infrações, que destaca.

Pontua que, em que pese à enorme capacidade técnica demonstrada pela ilustre Autuante, à ação fiscal ora impugnada apresenta falhas formais e materiais, que ensejam a nulidade ou, na pior das

hipóteses, a procedência apenas parcial do lançamento fiscal.

Sendo assim, diz que se vale da presente peça defensiva para apresentar as suas razões, as quais, amparadas por robustos argumentos fáticos e jurídicos, demonstrarão, individualmente, as falhas na constituição do crédito fiscal cobrado. É o que se passa a demonstrar.

1. PRELIMINARMENTE - DA NULIDADE DA INFRAÇÃO - INFRAÇÃO. A DECRETAÇÃO DA PERDA DO BENEFÍCIO DO DESENVOLVE É DE COMPETÊNCIA EXCLUSIVA DO CONSELHO DELIBERATIVO DO PROGRAMA.

Diz que, inicialmente, há de ser deduzida na presente defesa a preliminar de nulidade da infração, uma vez que, segundo precedentes do CONSEF/BA, a competência exclusiva para decretação da perda do benefício é do Conselho Deliberativo do Desenvolve, não cabendo tal atribuição à Auditoria Fiscal, conforme inteligência do art. 18 e 19 do Decreto nº 8.205/2002, bem como da Instrução Normativa nº 047/2011.

Nesse sentido, aduz que a Fiscalização não poderia determinar, por ato próprio, a perda do benefício do DESENVOLVE, cobrando o ICMS integralmente da Impugnante. Deveria, em verdade, representar ao Conselho Deliberativo do Programa Desenvolve informando o fato supostamente ensejador da perda do benefício. Só após a eventual decretação da perda do benefício pelo Conselho Deliberativo poderia a Auditoria Fiscal lançar o ICMS eventualmente devido, cobrado pelo regime normal.

Consigna que essa é a interpretação adotada pela 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, no julgamento do A. I. nº 207090.0005/06-0, objeto do Acórdão CJF Nº 0351-12/08, que destaca sua ementa e trecho do Acordão.

Registra que, atualmente, os artigos 18 e 19 do Decreto nº 8.205/02, citados pelo Ilustre Relator, guardam a seguinte redação:

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

Art. 19. Implicará cancelamento da autorização para uso dos incentivos do Programa:

I. - a ocorrência de infração que se caracterize como crime contra a ordem tributária.

II. - inobservância de qualquer das exigências para a habilitação do estabelecimento ao Programa, durante o período de sua fruição.

§ 1º O cancelamento da autorização, nos termos deste artigo implicará no vencimento integral e imediato de todas as parcelas vincendas do imposto incentivado pelo Programa, com os acréscimos legais;

§ 2º O cancelamento a que se reporta este artigo dar-se-á por Resolução do Conselho Deliberativo com fundamento em parecer da Secretaria Executiva.

Diz que, segundo o entendimento proclamado pela 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Eg. CONSEF/BA, tanto a perda do benefício do Desenvolve, quanto o seu cancelamento, são atos exclusivos do Conselho Deliberativo do Programa, sendo tal entendimento corroborado pelo quanto disposto no § 2º do art. 19 do Decreto nº 8.205/02.

Aliás, neste particular, diz que é importante ressaltar que o Superintendente de Administração Tributária da SEFAZ/BA, visando disciplinar os procedimentos na fiscalização de empresas habilitadas ao Programa DESENVOLVE, expediu a Instrução Normativa nº 047/2011, ratificando, integralmente, os argumentos expendidos pela Impugnante, e corroborados pelo CONSEF/BA, acerca da ausência de competência funcional dos prepostos fiscais da SEFAZ para determinar a perda do benefício. Senão vejamos:

1. "Na fiscalização de empresas habilitadas ao Programa DESENVOLVE deverá ser observado:

1.1 - o atendimento dos termos constantes no projeto que serviu de base para habilitação do contribuinte ao programa de incentivos fiscais;

1.2 - a observância da resolução expedida pelo Conselho Deliberativo do Programa DESENVOLVE;

- 1.3 - o cumprimento da legislação tributária relativa à apuração do benefício fiscal;
- 1.4 - o cumprimento das obrigações tributárias relativas às operações ou prestações não incentivadas.
2. - Constatado que os termos do projeto não foram atendidos pelo contribuinte beneficiário do Programa DESENVOLVE, o preposto fiscal deverá circunstanciar os fatos, reunir as provas e encaminhar através do titular da sua repartição fiscal, relatório de auditoria ao Superintendente de Administração Tributária para imediato encaminhamento de denúncia à Secretaria Executiva do Conselho Deliberativo do DESENVOLVE.
3. - O envio da denúncia à Secretaria Executiva do Conselho Deliberativo do DESENVOLVE, conforme previsto no item 2. Não impede a continuidade da ação fiscal para verificação da observância dos termos da resolução e do cumprimento da legislação tributária em relação à apuração do benefício fiscal. CONSIDERANDO O CONTRIBUINTE COMO ENQUADRADO NO PROGRAMA DESENVOLVE, bem como para verificação do cumprimento das obrigações tributárias principal e acessórias relativas às operações ou prestações não incentivadas do contribuinte.
4. - Na hipótese de cancelamento da autorização para utilização dos incentivos fiscais, nos termos do 2º do art. 19 do Regulamento do Programa DESENVOLVE, aprovado pelo Decreto nº. 8.205, de 03 de abril de 2002. nova ação fiscal deverá ser iniciada para cobrança do imposto não recolhido ao Erário Estadual em virtude da fruição indevida dos benefícios fiscais.
5. - Os órgãos de planejamento, programação e execução da fiscalização deverão, tratando-se de contribuinte beneficiário do Programa DESENVOLVE, manter as auditorias fiscais atualizadas em, no mínimo, dois exercícios anteriores ao vigente.
6. - Esta Instrução Normativa entrará em vigor na data de sua publicação. (g. n.)

Pontua que, após resumir seu entendimento da Instrução Normativa acima, verificar a Instrução Normativa nº 047/2011 delimitou, de uma vez por todas, qual a competência dos prepostos fiscais da SEFAZ/BA, quando atuando perante contribuintes habilitados no Programa DESENVOLVE.

Deste modo, aduz que, ao decretar a “*perda do benefício fiscal*” a que fazia jus, procedendo à cobrança integral e direta do imposto, o Autuante praticou ato que extrapola a sua competência funcional, o que acarreta a nulidade da infração 01, nos termos do disposto no art. 18, inc. I, do RPAF/99, que destaca.

Assim, requer que a infração 3 seja julgada nula.

2. DO MÉRITO

Por outro lado, diz que, em respeito ao princípio da eventualidade, considerando a remota hipótese de ser ultrapassada a preliminar de nulidade apontada, o que se cogita apenas para efeito de argumentação, melhor sorte não teria a Infração no mérito.

Registra que, conforme visto, a autuação diz respeito ao suposto pagamento a menor do ICMS em razão da falta de recolhimento, na data regulamentar, da parcela não sujeita a dilação de prazo, o que ensejou, aos olhos da i. Fiscalização, perda do direito ao benefício em relação à parcela incentivada prevista pelo Programa Desenvolve, e, por via de consequência, a cobrança integral (100%) do saldo devedor do ICMS.

Entretanto, ao proceder desta maneira, diz que o Auditor Fiscal descumpre as regras estabelecidas pela Instrução Normativa nº 047/2011, violando, assim, o princípio da tipicidade cerrada, a que a Fiscalização está vinculada.

Diz que, como a única irregularidade apurada pelo Auditor Fiscal foi a suposta falta de recolhimento, na data regulamentar, da parcela não incentivada do ICMS não sujeita a dilação de prazo (correspondente a 20% do imposto), caberia à Fiscalização, portanto, exigir, exclusivamente, o valor relativo a esta parcela, mantendo intacto, por outro lado, o benefício relativo à parcela incentivada pelo Programa DESENVOLVE (correspondente à 80% do ICMS).

Melhor explicando a questão, a Autuada goza do benefício fiscal de dilação do prazo de pagamento de 80% do seu saldo devedor mensal de ICMS, até o limite de 72 meses. Ou seja, normalmente, a Impugnante apura o valor devido do imposto e recolhe (à vista) apenas 20% do débito, parcelando o saldo remanescente (80%) em até 6 (seis) anos.

Assim, não tendo autorização do Conselho Deliberativo do DESENVOLVE para exigir direta e integralmente o ICMS, o Auditor Fiscal somente poderia ter cobrado os 20% não pagos à vista, mantendo-se íntegro o benefício do DESENVOLVE em relação aos 80% restantes.

Pontua que houve, portanto, flagrante ofensa ao princípio da tipicidade cerrada, pois o Autuante descumpriu as regras estabelecidas pela Instrução Normativa nº 047/2011, reitere-se.

Sendo assim, caso ultrapassada a preliminar de nulidade argüida no tópico anterior, o que não se acredita, apenas poderia ser exigida da Impugnante a parcela não sujeita a dilação de prazo (correspondente a 20% do ICMS), já que esta foi a única irregularidade apurada pelo Auditor Fiscal.

3. DO PEDIDO

Diante do exposto, diz que espera e confia que este Eg. CONSEF saberá fazer justiça, julgando nulo ou parcialmente procedente o Auto de Infração nº 141596.009/15-8 (207090.0002/18-4), em tela.

A autuante presta Informação Fiscal às fls. 127/128 dos autos, traçando as seguintes considerações:

Diz que a empresa ITAZUL INDÚSTRIA E ÉRCIO DE PRODUTOS DE LIMPEZA EIRELI, IE.: 66.144.570, devidamente qualificada na folha 01 deste processo, foi autuada em 22/03/2018, através do AIIM à epígrafe (folhas 01 a 107), composto por 06 infrações, data da ciência 23/08/2018.

Registra que, no prazo legal, apresentou sua defesa (vide folhas 110 a 125), onde requer a nulidade da infração 03 (veja folha 121). Pontua que reconhece tacitamente a procedência das infrações não contestadas (infrações 01, 02, 04, 05 e 06 veja requerimento da procedência parcial do AIIM - folha 123), embora não tenha promovido o seu recolhimento.

Neste contexto, diz que, dando cumprimento à Ordem de Serviço nº 504.483/19, sobre a Defesa apresentada, informa que ficam mantidas, em todos os seus termos e valores, as infrações não contestadas, reconhecidas na sua totalidade pelo contribuinte.

Em relação à Infração 03, que diz respeito ao defendant ter recolhido a menor o ICMS em razão da falta de recolhimento, na data regulamentar da parcela não sujeita a dilação de prazo, perdendo o direito ao benefício em relação à parcela incentivada prevista pelo Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – Desenvolve, assim posiciona:

No exercício de 2014, contribuinte autuado, usuário de EFD neste exercício, que usufrui dos Benefícios do Decreto 8.205/02, conforme Resoluções nºs 153/2005 e 125/2013 (cópias nas folhas 61 e 60, respectivamente), lançou no seu LRAICMS 2014, em novembro, valor do ICMS devido, não sendo recolhido no dia 09 do mês subsequente, sob o código de Receita 0806, o valor apurado.

Tal circunstância, nos termos do art. 18, caput, do supra referido Decreto, ensejou a perda de Benefício em relação à parcela incentivada, naquele mês.

Diz que, parte integrante deste Auto e entregue em cópia ao contribuinte – Espelho do ICMS com os valores apurados/Devidos pelo Contribuinte (veja folha 56 deste processo).

Ainda em anexo, extrato da arrecadação referente a 2014 (veja folha 16 verso e 64 deste processo) onde é possível verificar que o recolhimento do Código de Receita 0806, referente a novembro / 2014, ocorreu em 12/12/2014.

Como preliminar o contribuinte argui a nulidade desta infração, perda do Benefício do Desenvolve, alegando falta de competência do preposto fiscal para efetuá-la. Ao fazê-lo, transcreve a ementa do Acórdão de Julgamento da 2ª CJF do CONSEF Nº 351-12/08.

Ressalta que, por mais abalizada que possa se mostrar doutrina ou Jurisprudência utilizada na argumentação da defendant, para o Direito Positivo Brasileiro, todo o poder advém da norma legal, que também obedece a uma hierarquia, abaixo da Constituição Federal.

Diz que o Decreto nº 8.205/02, com relação ao art. 18, referido pelo contribuinte na sua Defesa (acerca de Auto de Infração lavrado no passado), não tem mais a mesma redação (confira na folha 58 e verso deste Auto de Infração), sendo outro o CAPUT do art. 18, estando revogados os Parágrafos 1º e 2º e tendo sido acrescentado o parágrafo 3º. E foi esta nova redação, que embasou o AIIM examinado, lavrado em 22/03/2018. O questionamento do contribuinte viola literal disposição de Lei, norma legal a que, na qualidade de preposto fiscal no exercício de atividade vinculada, tem que dar cumprimento.

Passo seguinte, diz que, embora não duvide que a autuada tenha conhecimento deste fato, a função fiscalizatória do Auditor Fiscal, recai sobre os impostos da competência do Estado, conforme definido pelo art. 155 CF, pelos art. 37 e 38 da Lei nº 7014/96, pelo art. 42, I do Dec. nº 7629/99 – RPAF e pelo Dec. nº 8205/02. Foge da alçada do preposto fiscal, assim como da deste Colendo Conselho a discussão pretendida pelo contribuinte, de falta competência do auditor Fiscal para exercer o seu trabalho.

No mérito, diz que perfeita está a Autuação Fiscal, especialmente a infração 03, que foi efetuada conforme prescrição legal (infringência ao art. 37 e 38 da Lei nº 7014/96, c/c os art. 4 e 18 do Dec. nº 8.205/02).

Registra que em nenhum momento se pretendeu o cancelamento da autorização para uso dos incentivos do Programa, conforme arguido na defesa, pelo contribuinte. Deu-se cumprimento ao caput do art. 18, que informa: “*A empresa habilitada que não recolher ao Tesouro do Estado, na data regulamentar, a parcela do ICMS não sujeita à dilação de prazo, perderá o direito ao benefício em relação à parcela incentivada naquele mês*” (grifos acrescidos).

Conclui que comprovado está, na folha 16, verso e 64, o recolhimento fora do prazo, que sujeita o autuado às sanções cominadas para a espécie. O contribuinte, na folha 122, propõe o que considera justo para si, embora sem previsão legal (distorcendo a infração apontada pela autuação).

Pede, então, deste Colendo Conselho que julgue o Auto de Infração nº 207090.0002/18-4 procedente.

VOTO

Inicialmente, há de se ressaltar que o Auto de Infração preenche todas as formalidades legais previstas, não ensejando em qualquer violação ao devido processo legal e à ampla defesa do contribuinte, visto que em todas as acusações constam os dispositivos legais tidos como infringidos, e estão devidamente lastreadas em demonstrativos, conforme se pode observar às fls. 35, 40, 56, 67 e 100, associados aos documentos acostados às fls. 9/107 dos autos.

Preliminarmente, o sujeito passivo argui nulidade do Auto de Infração em tela, apenas em relação específica à infração 3, que diz respeito a recolhimento a menos do 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 DESENVOLVE no mês de novembro de 2014.

Diz o sujeito passivo que ao decretar a “*perda do benefício fiscal*” a que fazia jus, procedendo à cobrança integral e direta do imposto, o Autuante praticou ato que extrapola a sua competência funcional, o que acarreta a nulidade da infração 03, nos termos do disposto no art. 18, inc. I do RPAF/99.

Os artigos 4º e 18 do Regulamento do Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – DESENVOLVE, aprovado do Decreto nº 8.205/02, datado de 03/04/2002, com vigência na sua publicação, assim se apresentava à época dos fatos geradores:

“*Art. 4º O recolhimento do ICMS pelo beneficiário do DESENVOLVE obedecerá às normas vigentes na legislação do imposto.*” (Grifos acrescidos)

"Art. 18. A empresa habilitada que não recolher ao Tesouro do Estado, na data regulamentar, a parcela do ICMS não sujeita à dilação de prazo, perderá o direito ao benefício em relação à parcela incentivada naquele mês." (Grifos acrescidos)

Neste contexto, a Autuante identificando que o sujeito passivo em relação ao mês de novembro do ano de 2014, habilitado ao benefício do Programa DESENVOLVE, não houvera recolhido a parcela do imposto não incentivado na data regulamentar, considerou que o defensor perdera o direito ao benefício de recolher parte do ICMS devido no citado mês, com dilação do prazo de até 72 (setenta e dois) meses para o pagamento de até 90% (noventa por cento) do saldo devedor mensal do ICMS (art. 3º), conforme sua classe de gradação estabelecida na Classe I, da Tabela I, anexa ao citado Regulamento do Programa, relativo às operações próprias, gerado em razão dos investimentos constantes dos projetos aprovados pelo Conselho Deliberativo do Desenvolve na forma da Resolução nº 125/2013, vigente à época da ocorrência do fato.

Como tal, à luz do demonstrativo de fl. 56 dos autos, vê-se que o sujeito passivo no mês seguinte ao da ocorrência do fato, ou seja, no mês de dezembro do ano de 2014, voltou a usufruir das prerrogativas de habilitação ao benefício do Programa DESENVOLVE, seguindo seu curso normal, diferentemente da arguição de que a Autuante teria decretado a "*perda do benefício fiscal*" a que fazia jus, sob a perspectiva de que teria praticado ato que extrapolava a sua competência funcional, o que acarretaria a nulidade da infração 03, nos termos do disposto no art. 18, inc. I do RPAF/99.

Na realidade, houve apenas a suspensão do direito ao uso do benefício fiscal em relação a determinado mês, no caso em tela, novembro de 2014, por não ter o Contribuinte Autuado pago a parcela do imposto não incentivado na data regulamentar, como assim está posto no art. 18 do Decreto nº 8.205/02, que aprovou o Regulamento do Programa DESENVOLVE, acima destacado. Afasto, portanto, tal arguição de nulidade.

Quanto à interpretação adotada pela 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, no julgamento do AI nº 207090.0005/06-0, objeto do Acórdão CJF Nº 0351-12, citado pelo Contribuinte Autuado em sua peça de defesa, não me alinho a essa decisão. Ademais, não reflete a jurisprudência predominante deste Conselho de Fazenda. Também não acolho este argumento de nulidade.

No mérito, trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir débito do ICMS decorrente de obrigação principal, no montante de R\$104.128,57, relativo a seis irregularidades, conforme descrito na inicial dos autos, sendo apenas impugnada a infração 3. As demais infrações, ou seja, as infrações 1, 2, 4, 5 e 6, o sujeito passivo não trouxe qualquer arguição de defesa na sua manifestação de fls. 110/123, nos autos. Logo, visto que em todas as acusações constam os dispositivos legais tidos como infringidos e estão devidamente lastreadas em demonstrativos, conforme se pode observar às fls. 35, 40, 56, 67 e 100, associados aos elementos documentais acostados às fls. 9/107 dos autos, são de pronto, consideradas procedentes.

Há de se ressaltar, que nos termos do art. 140 do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, o fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar será admitido como verídico, se o contrário não resultar do conjunto das provas. Portanto, não tendo o contribuinte se manifestado nem apresentado quaisquer razões de defesa, em relação às infrações 1, 2, 4, 5 e 6, considero como houvesse a aceitação tácita pelo sujeito passivo, dos fatos que lhe são imputados, inexistindo lide. Resta a contenda apenas em relação à infração 3, que a seguir passo a manifestar.

Trata-se a acusação da infração 3, de o sujeito passivo ter recolhido a menos ICMS no valor de R\$83.961,31, em razão da falta de recolhimento na data regulamentar da parcela não sujeita à dilação de prazo, perdendo o direito ao benefício em relação à parcela incentivada prevista pelo Programa DESENVOLVE no mês de novembro do ano de 2014, 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, mais multa de 60%, tipificada no art. 42, inc. II, "f" da Lei nº 7.014/96.

Assim dispõe os artigos 37 e 38 da Lei nº 7.014/96:

Art. 37. As isenções, incentivos e benefícios fiscais do imposto somente serão concedidos ou revogados conforme as disposições das leis complementares que tratem dessas matérias, observado o disposto no §6º do art. 150 e no art. 155, § 2º, XII, g, da Constituição Federal.

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.

Vê-se da redação do art. 38 da Lei nº 7.014/96, que trata do ICMS no Estado da Bahia, acima destacado, quando o reconhecimento do benefício do imposto depender de condição, não sendo satisfeita, o imposto será considerado devido no momento em que ocorreu a operação ou prestação. Assim demonstra o papel de trabalho acostados aos autos à fl. 56, em relação aos termos da infração 3, acima caracterizada.

O sujeito passivo abarcado pelo benefício do Programa DESENVOLVE, concedido pelo Estado da Bahia, habilitava a recolher parte do ICMS devido do mês de novembro de 2014 no valor de R\$93.511,30, com dilação do prazo de até 72 (setenta e dois) meses para o pagamento do valor de R\$83.349,61, restando o valor de R\$10.161,69 para pagamento no vencimento, ou seja, na data de 09/09/2014, todavia só efetuou o pagamento no dia 12/12/2014, conforme se pode constatar no demonstrativo de fl. 56 dos autos.

Por tal constatação, a Autuante, amparada na disposição do art. 38 da Lei nº 7.014/96, não sendo satisfeita a condição do sujeito passivo para usufruir do benefício fiscal do Programa DESENVOLVE no mês de novembro de 2014, considerou como todo o valor do imposto devido, correspondente ao valor de R\$93.511,30, vencido na data de 09/09/2014, onde, abatendo o valor recolhido de R\$9.549,99, na data de 12/12/2014, levantou o valor de R\$83.961,31, que corresponde ao valor lançado, através da infração 3, como recolhimento a menor do ICMS em razão da perda do benefício no mês de novembro de 2014, por não ter satisfeito uma das condições do benefício, ou seja, o pagamento devido da parcela não incentivada do mês no vencimento, no caso em tela, dia 09/09/2014.

Sobre tal constatação, não há contestação da defensora. Sua consideração de defesa, diz respeito ao fato de que a Autuante, à luz da disposição da Resolução nº 47/2011, somente poderia exigir da Impugnante a parcela não sujeita à dilação de prazo, ou seja, a parcela não incentivada correspondente a 20% do ICMS, já que esta foi à única irregularidade apurada.

Cabe fazer uma ressalva a tal argumento de defesa, antes de adentrar no seu mérito. A Resolução nº 47/2011, a qual o sujeito passivo argui nos autos, não se relaciona ao seu benefício concedido pelo Estado da Bahia. São as Resoluções nº 126/2008, 153/2005, 123/2013 e 169/2013, expedidas pelo Conselho Deliberativo do Desenvolve, acostadas às fls. 59, 60, 61 e 62 dos autos, que se relacionam ao incentivo do Programa DESENVOLVE, objeto em tela, sendo que a Resolução vigente à época dos autos é a de nº 123/2013, e nela, diferentemente do arguido na defesa, não se trata de parcela não incentivada correspondente a 20% do ICMS, e sim de 10% do ICMS, conforme estabelecido na Classe I, da Tabela I, anexa ao Regulamento do DESENVOLVE, aprovado pelo Decreto nº 8.205/2002, como anteriormente destacado.

Adentrando então no argumento de defesa, que à luz da disposição da resolução de concessão do benefício, somente poderia exigir a parcela não sujeita à dilação de prazo, já que esta foi a única irregularidade apurada, não vejo restar qualquer razão ao sujeito passivo, vez que esta é a própria motivação da autuação, ou seja, por não satisfazer a condição de pagamento da parcela não incentivada no prazo, o imposto do mês, objeto do programa incentivado, será todo devido no momento em que ocorrer a operação ou prestação, como claro está na disposição do artigo 38 da Lei nº 7.014/96, acima destacado.

Neste contexto, o artigo 18 do Decreto nº 8.205/02, que regulamenta o Programa Desenvolve, vigente à época dos fatos, não deixava dúvida de que a empresa habilitada que não recolhesse ao Tesouro do Estado, na data regulamentar, a parcela do ICMS não sujeita à dilação de prazo, perderia o direito ao benefício em relação à parcela incentivada naquele mês. Por sua vez, o artigo 38 da Lei nº 7.014/96, que trata do ICMS no Estado da Bahia, é taxativo ao dispor que 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.

Em sendo assim, entendo que a Fiscal Autuante cumpriu o seu dever funcional em obediência à legislação vigente no Estado da Bahia, ao desconstituir o direito ao benefício fiscal do Programa Desenvolve relativo ao mês de novembro de 2014, em que a empresa deixou de recolher o ICMS normal, ou seja, a parcela do imposto não incentivado, no prazo regulamentar. Infração 3 subsistente.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 207090.0002/18-4, lavrado contra **ITAZUL INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PRODUTOS DE LIMPEZA EIRELI**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$104.128,57**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, alíneas “e” e “f”, VII, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, de 06 de maio de 2020.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

JOÃO VICENTE COSTA NETO – RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ- JULGADORA