

A. I. Nº. - 210404.0008/19-3
AUTUADO - BRANOX INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE METAIS LTDA.
AUTUANTE - JOSÉ MARIA DIAS FILHO
ORIGEM - INFACZ CENTRO NORTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 01/12/2020

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0209-03/20-VD

EMENTA: ICMS. BENEFÍCIO FISCAL. PROGRAMA DESENVOLVE. FALTA DE RECOLHIMENTO DA PARCELA NÃO DILATADA. PERDA DO BENEFÍCIO EM RELAÇÃO À PARCELA INCENTIVADA. VALOR DECLARADO NA DMA. Correto é o lançamento de ofício que exige a falta de recolhimento, na data regulamentar, de parcela não sujeita à dilação do prazo e que culminou na perda do direito ao benefício da parcela incentivada, nos termos do Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia - DESENVOLVE. Infração caracterizada. Não acolhidas as arguições de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 12/11/2019, exige ICMS no valor de R\$88.701,14, acrescido da multa de 60%, pelo recolhimento a menos do ICMS, 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. O contribuinte possui o citado benefício, e no mês de julho de 2015, deixou de recolher tempestivamente, a parcela não dilatada do ICMS. (Infração 03.08.03)

O sujeito passivo apresenta impugnação fls.17/35, através de advogados, procuração fl. 42. Registra a tempestividade de sua peça defensiva. Transcreve a infração que lhe foi imputada, com o respectivo enquadramento legal. Comenta que, vem por intermédio de seu representante infra firmado, com fundamento no RPAF/99, apresentar defesa, através das razões fáticas e jurídicas adiante expandidas.

Afirma que inconformada com a exigência do crédito fiscal, se insurge contra o Auto de Infração descrito e vem demonstrar o equívoco do fisco, ao fazer o citado lançamento. Diz que apurou e escriturou o ICMS devido no mês de julho de 2015, no valor R\$29.088,23, o qual deveria ter sido recolhido em 09/08/2015, conforme previsto em regulamento, Decreto 8502/2000, e por problema de caixa, recolheu em 20/08/2015, com pagamentos dos encargos legais, previstos em lei, conforme comprovante de pagamento anexo I.

No tocante a perda do benefício naquele mês, reclamada pela Autoridade Fiscal, em decorrência do pagamento ter sido efetuado após o dia 09 de mês subsequente, explica que a Lei 7.024, de 23 de janeiro de 1997, alterada pela Lei 13.816, de 21/12/2017, que deu nova redação ao artigo 9-A, prevê que o pagamento da parcela não dilatada, poderá ser efetivado até o último dia do mês de vencimento, sem a perda do benefício do DESENVOLVE.

Assim, entende que 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. 9-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.*

Nota que o Decreto nº 8.205/2002, 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. (Redação do caput dada pelo Decreto nº 18406 de 22/05/2018). Reproduz o art. 106, II do CTN, para requerer a aplicação do princípio da retroação benigna. Observa que fica comprovado o alcance da norma citada, mais precisamente em suas alíneas “a” e “c”, haja vista, que a mesma 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.

Aduz que já está assente na jurisprudência e doutrina dominante, que a lei mais benéfica, retroage para beneficiar o réu. As decisões judiciais que colaciona, reproduzem esse entendimento já sedimentado nos tribunais superiores. Portanto, não há razão para o argumento muito difundido pelo Fisco da Bahia, de que a “retroatividade da lei”, só é válida para legislação criminal. Entende que os Acórdãos dos Tribunais Superiores que transcreve, espâncam quaisquer dúvidas. Sobre o tema, cita doutrina do jurista desembargador da 8ª turma do TRF-4, Leandro Paulsen, na aplicação do art. 106 do CTN. Cita decisões deste Conselho de Fazenda, consolidando o entendimento de que a lei nova, que modifica matéria através de alteração “*in bonaparte*”, deve ser aplicada de imediato aos fatos presentes e pretéritos, ainda não definitivamente julgados, conforme acórdãos que reproduz.

Ratifica seu entendimento, em pedir a extinção do débito referente a parcela não incentivada, quitada dentro do próprio mês, que gerou o presente Auto de Infração aqui guerreado, pois o mesmo foi quitado no prazo previsto em lei, com todos acréscimos legais previstos na legislação, e respaldado pelo novo art. 18 do Decreto no 8.205/2002, redação esta, dada pelo Decreto nº 18406 de 22/05/2018. Portanto, o presente Auto de Infração, deverá ser julgado improcedente, por ser da mais lídima justiça.

O Autuante presta a informação fiscal fls.53/61. Reproduz a irregularidade apurada. Sintetiza os fundamentos da defesa. Afirma que no presente Auto de Infração é exigido ICMS em razão de inaplicabilidade total do direito ao benefício no mês de 07/2015, face ao não pagamento na data regulamentar, da parcela do imposto não sujeita à dilação de prazo do programa. No referido Parecer, a PGE/PROFIS explicou, que 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.

Demonstra como foi apurado o valor exigido:

(+) ICMS lançado no Livro de Apuração (Saldo Devedor) = R\$117.789,37
(-) ICMS recolhido no mês: R\$ 29.088,23 (vencido dia 09/08/2015 e recolhido em 20/08/2015);
(=) ICMS devido: R\$ 117.789,37 - R\$ 29.088,23 = R\$ 88.701,14.

Explica que o contribuinte foi habilitado aos benefícios do Programa por meio da Resolução nº 46/2008, em vigor a partir de 07 de maio de 2008, na modalidade de Projeto de Implantação. Registra a legislação aplicável: art.18 do Regulamento do DESENVOLVE (Decreto nº 8.205/02), com efeitos até 31/05/18, Lei nº 7.014/96, art. 38, Lei 7.980/2001, que institui o DESENVOLVE, efeitos a partir de 22/12/17, art. 9-A.

Nota que a impugnante declara que apurou e escriturou o ICMS devidos no mês de julho de 2015, no valor R\$29.088,23, o qual deveria ter sido recolhido em 09/08/2015, conforme previsto em regulamento, Decreto 8502/2000, e por problema de Caixa, recolheu em 20/08/2015, com pagamentos dos encargos legais previstos em lei, conforme comprovante de pagamento, anexo I. Alega que a alteração da Lei 7.980/2001 que instituiu o DESENVOLVE, dilatou o prazo para recolhimento da parcela não incentivada para até o último dia útil do mês de vencimento. Requer a retroação benigna prevista no art. 106 do CTN.

Sobre tais alegações, entende que tem como escopo multas infligidas por infrações administrativas tributárias que, ao seu ver, devem seguir o princípio da retroatividade da legislação mais benéfica vigente no momento da execução.

Porém, frisa que há de se verificar, que tais jurisprudências não se amoldam ao caso objeto desta lide. A aplicação do mencionado dispositivo do CTN se aplica, quando se trata de “multas” por infrações, enquanto que no caso ora discutido não há que se falar em qualquer penalidade/sanção, pois o dispositivo aplicado na autuação para exigência do tributo, definitivamente não trata de uma penalidade e sim, de uma condição exigida para que o contribuinte possa usufruir do benefício fiscal previsto no Programa DESENVOLVE.

Sobre o embasamento jurisprudencial, em que a defesa cita julgados do CONSEF sobre os quais entende que darão guardia aos seus argumentos, assevera que não se amoldam ao caso objeto desta lide, posto que se trata de “multas” por infrações. Frisa que na presente lide, não há que se falar em qualquer penalidade/sanção, mas tão-somente, em descumprimento de requisito de validade do benefício, ocorrendo a inaplicabilidade do benefício do Desenvolve no mês da ocorrência.

Sobre outros dois Acórdãos que a defesa colaciona, cuja matéria trata de benefício fiscal do DESENVOLVE, JJF N° 0211-01/19 de 12/12/2019 e CJF N° 0080-11/19 de 26/03/2019, explica que o acórdão emitido pela 1ª JJF, oriundo de um recente julgamento, por ser inovador, não pode ser considerado jurisprudência, pois carente de confirmação em grau de recurso, e não se pode entender como “jurisprudência dominante”, pois que constitui julgado pontual. O mesmo se pode dizer, sobre o acórdão da 1ª Câmara, que surge de entendimento “de ofício” do relator, o qual, também não representa, ainda, “jurisprudência dominante” das Câmaras do CONSEF, como quer o Autuado.

Chama a atenção do Relator do presente processo, que o cerne da questão reside nos seguintes questionamentos (Voto divergente – Vencido, no julgado da 2ª CJF, Acórdão CJF N° 0184-12/19 de junho/2019): (i) a perda do benefício do DESENVOLVE no mês da impontualidade da parcela não incentivada é sanção? (ii) em sendo sanção, seria aplicável a retroatividade benigna do art.106, inciso II, do CTN (ou seja, por modificar a infração, concedendo prazo maior para que se configurasse a impontualidade para o fim da perda do benefício, dever-se-ia aplica a norma posterior ao fato)?

Ressalta que tais questionamentos se incluem na resposta dada pela PGE em recente pronunciamento datado de junho de 2019, que reproduz. A conclusão, em Parecer da PGE/PROFIS acolhido pela Procuradora Assistente, é no sentido da inaplicabilidade da nova redação do art.18 do Decreto Estadual 8.205/2002 ao caso concreto, bem como, da retroatividade benigna prevista legalmente no art. 106 do CTN. Reproduz outro acórdão de 2019 neste mesmo sentido, CJF n° 0151-12/19. Frisa que a Procuradoria Geral do Estado – PGE, que dentre suas competências institucionais, destaca-se a de emitir parecer sobre matéria de interesse do Estado, exara parecer opinativo citado, entendendo pela não retroatividade do art. 18 do decreto do DESENVOLVE, isso no ano de 2019, mesmo após alteração do referido artigo (efeitos a partir de 06/2018). Insiste ser nesse sentido, a posição do Procurador Dr. José Augusto Martins Junior, em pareceres exarados desde 2014, de que não se fala em retroatividade na aplicação do artigo citado, conforme CJF n° 0160-12/15. Posto isso, requer ao CONSEF julgamento pela procedência total do presente auto de infração.

Às fls. 67/70 o autuado volta a se manifestar. Reitera todos os argumentos de sua defesa inicial. Ressalta que as decisões conforme Acórdãos CJF0249-12/17, JJF n° 0211-01/19 e CJF 0254-11/19 rechaçam de modo enfático os argumentos do Autuante. Requer a produção de todos os meios de provas em direito admitidos e a improcedência do Auto de Infração.

O Autuante à fl.13, diz que face a manifestação da defesa não apresentar fatos novos, mantém entendimento exarada na primeira informação fiscal e opina pela procedência total do auto de infração.

Impende registrar, a participação na sessão de julgamento, do patrono da Autuada, Dr. Antonio Ramos Damasceno, OAB n° 56.801, que realizou a sustentação oral.

VOTO

Sobre os aspectos formais do processo, verifico que o lançamento fiscal foi exposto com clareza, com fundamentação de fato e de direito, na medida em que se descreveu a infração, fundamentando com a indicação dos documentos pertinentes, assim como, foi indicada a legislação que regula os fatos sob julgamento.

Não foi identificada nenhuma violação ao princípio da legalidade, do devido processo legal ou a quaisquer princípios de direito constitucional, administrativo ou tributário, em especial os do processo administrativo fiscal, tendo sido observada a garantia à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizados nos aspectos abordados na impugnação, bem como, na narrativa dos fatos correspondentes a irregularidade imputada.

Sendo assim, verifico estarem presentes os pressupostos de validade processual, não faltando requisitos essenciais na lavratura do auto de infração, encontrando-se definidos, o autuado, o montante devido e o fato gerador do débito tributário. Portanto, o lançamento de ofício e o processo administrativo fiscal dele decorrente, não estão incursos em quaisquer das hipóteses do artigo 18 do RPAF/BA, para se decretar a nulidade da autuação.

No mérito, o presente processo exige ICMS, sob a acusação de que o autuado efetuou recolhimento a menos do ICMS, 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. O contribuinte possui o citado benefício e no mês de julho de 2015, deixou de recolher a parcela não dilatada do ICMS. (Infração 03.08.03)

Dessa forma, o deficiente descumpriu o prazo regulamentar, que à época dos fatos determinava que o recolhimento do ICMS referente à parcela não incentivada, como no caso em análise, deveria ocorrer no dia 09 do mês subsequente à data de ocorrência do fato gerador, posteriormente alterado para o último dia útil do mês de vencimento.

O Programa DESENVOLVE incentiva a instalação de novos empreendimentos industriais ou agroindustriais, a expansão, reativação ou modernização de empreendimentos industriais ou agroindustriais já instalados, concedendo alguns benefícios, tais como dilação de prazo de 72 meses para o pagamento de 90%, 80% ou 70% do saldo devedor mensal do ICMS; diferimento do ICMS na aquisição de bens destinados ao ativo fixo, e diferimento na aquisição interna de insumos.

No presente caso, para o deslinde da questão, cumpre analisar a redação do artigo 18 do Decreto nº 8.205/2002, que instituiu o benefício fiscal do DESENVOLVE, *in verbis*:

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.

Contudo, a nova redação desse artigo assim estabelece:

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. (Redação do caput dada pelo Decreto nº 18406 de 22/05/2018).

Parágrafo único - A empresa voltará a gozar do financiamento após a regularização total das obrigações vencidas, não tendo direito, entretanto, ao benefício relativo àquelas parcelas correspondentes aos meses em que realizou o pagamento com atraso.

Pela leitura do artigo acima transcrito, a determinação legal contida no Decreto nº 8.205/02, que regulamenta o benefício fiscal do DESENVOLVE, é expressa no sentido de que, caso o contribuinte não recolha no prazo regulamentar a parcela mensal não incentivada, perderá o benefício fiscal naquele mês.

Cabe destacar, que em sua defesa, o sujeito passivo não apontou qualquer erro nos números indicados nos Auto de Infração, tendo inclusive, reconhecido que não recolheu o imposto devido na data de vencimento.

Entretanto, reproduziu o art. 106 II do CTN, para requerer a aplicação do princípio da retroação benigna. Disse ficar comprovado, que a alteração do art.18 do decreto nº 8.205/02, que regulamenta o benefício fiscal do DESENVOLVE, ao deixar de definir como infração o pagamento entre o dia 09 e o último dia útil do mês de vencimento, o fato ocorrido no presente caso, deve ser alcançado pelo citado dispositivo, art.106 do CTN.

Por seu turno, o Autuante rebateu a tese defensiva. Disse ser importante verificar, que a aplicação do mencionado dispositivo do CTN, se aplica quando se trata de “multas” por infrações, enquanto no caso ora discutido, não há que se falar em qualquer penalidade/sanção, pois o dispositivo aplicado na autuação para exigência do tributo, definitivamente, não trata de uma penalidade e sim, de uma condição exigida, para que o contribuinte possa usufruir do benefício fiscal previsto no Programa DESENVOLVE.

Observo que a Lei 7.014/96, que disciplina o ICMS no Estado da Bahia, no capítulo IV, art. 38, que trata das isenções, incentivos e benefícios fiscais, dispõe:

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.

Sobre a matéria, a possibilidade de a norma aprovada em 2018, retroagir para atingir fato ocorrido em 2015, conforme apontado na informação fiscal, merece destaque o posicionamento da PGE/PROFIS, mediante parecer do Ilustre Procurador, Dr. José Augusto Martins Junior, que fez didática e elucidativa argumentação jurídica, e que serviu de baliza para a decisão da 2^a CJF, no Acórdão nº 0160-12/15, *in verbis*:

“...a PGE/PROFIS, através de seu Procurador, Dr. José Augusto Martins Junior, opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário, pois, no que se refere ao argumento recursal da impossibilidade do Regulamento do Desenvolve fixar suposta penalidade não prevista na norma instituidora do benefício, o opinativo, preambularmente, esclarece que a benesse relativa ao Desenvolve trata-se de um benefício condicionado, cuja perfectibilização e concreção demanda preenchido rigorosamente dos requisitos legais estipulados em lei, ou seja, não produz eficácia quando não preenchida a mola propulsora da sua dinâmica, no caso específico, “o pagamento no prazo regulamentar do imposto normal”.

“...Neste sentido, segundo o parecer, não há que se falar em qualquer penalidade, mas, tão-somente, não cumprimento de requisito ínsito a validade da benesse...a PGE/PROFIS ressalta ainda, que o benefício do Desenvolve, diferentemente do aduzido pelo recorrente, não se trata de um benefício de índole tributária, pois não há qualquer renúncia ou modificação da base imponível do tributo, mas apenas uma postergação do pagamento do imposto, cuja implementação não demanda uma existência de qualquer lei, uma vez que elemento estranho à obrigação tributária.

No referido Parecer, a PGE/PROFIS explicou, que 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.

Assim sendo, ainda que o autuado tenha recolhido o imposto da parcela não incentivada antes da ação fiscal, porém, após a data regularmente prevista para o seu pagamento, resta caracterizada a condição para a não fruição do benefício da dilação do prazo de pagamento da parcela incentivada, no respectivo mês.

Em que pese a posição dos Acórdãos CJF0249-12/17, JJF nº 0211-01/19, citados pela defesa, alinho-

me com os julgamentos deste CONSEF, que convergem com a posição aqui adotada, como pode ser verificado nos Acórdãos das CJF nº 0087-12/18, 0091-11/18, 0293-11/18 e 0327-11/18, 0184-12/19 e CJF nº 0151-12/19.

Observo, por conseguinte, que o benefício concedido pelo Programa DESENVOLVE, quanto ao prazo dilatado da parcela do ICMS, é condicionado, no presente caso, ao pagamento na data regulamentar do ICMS não dilatado. Assim, ainda que o sujeito passivo tenha efetuado o pagamento da parcela não dilatada, posteriormente ao vencimento, quando a data era o dia 09 do mês subsequente ao da apuração, não faz jus a dilação do saldo devedor mensal do ICMS, sendo exigido, pois, todo o montante escriturado.

Ante ao exposto voto pela PROCEDÊNCIA da autuação.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **210404.0008/19-3**, lavrado contra **BRANOX INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE METAIS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto, no valor de **R\$88.701,14**, acrescido da multa de 60%, prevista alínea 'f', do inciso II, do art. 42 da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala virtual das Sessões do CONSEF, 22 de outubro de 2020.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – RELATORA

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR