

PROCESSO - A. I. Nº 298574.0015/20-3
RECORRENTE - FERTIPAR FERTILIZANTES DO NORDESTE LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0085-02/21-VD
ORIGEM - DAT METRO / IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 1º/12/2021

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0309-12/21-VD

EMENTA: ICMS. PROGRAMA DESENVOLVE. FALTA DE ATUALIZAÇÃO DO PISO. RECOLHIMENTO A MENOS. PARCELA NÃO DILATADA. Recolhimento a menos da parcela não dilatável, relativa ao piso determinado no deferimento do benefício. O benefício do DESENVOLVE relativo à parcela dilatável do ICMS a recolher, será reduzida proporcionalmente à parcela do ICMS não dilatável que deixou de ser recolhida tempestivamente. Infração subsistente. Afastada a arguição de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado contra a Decisão recorrida da 2ª JJF, que julgou Procedente o presente Auto de Infração, objeto deste relatório, lavrado em 11/12/2020, e se refere à cobrança de ICMS, bem como aplicação de multa no percentual de 60%, pela constatação da seguinte infração:

Infração 01 - 03.08.04 – “Recolheu a menor o ICMS em razão de erro na determinação do valor da parcela sujeita a dilatação de prazo prevista pelo Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia - Desenvolve. - Verifica-se nesta irregularidade o recolhimento a menos do ICMS normal decorrente da fruição errônea do Programa DESENVOLVE. O Contribuinte não realizou a atualização do piso do saldo devedor incentivado fixado em R\$128.567,13, a partir de agosto/2013, de acordo com art. 2º da Resolução nº 055, de 13/05/2014, DOE de 28/05/2014, de modo a recolher a menos o ICMS normal devido e, por consequência, incidir o art.18 do Decreto nº 8.205/02”.

“Para verificar os valores do ICMS normal recolhidos a menos do devido, decorrente da falta de atualização do piso do saldo devedor incentivado, foi elaborado o Demonstrativo de débito do ICMS - DESENVOLVE, a contemplar as operações próprias do sujeito passivo e a exclusão das operações não submetidas ao benefício do Programa DESENVOLVE”.

“Ao apurar o ICMS Normal devido, foram consideradas as operações próprias da empresa com base na disposição constante da Instrução Normativa nº 27, de 02 de junho 2009, bem como a aplicação do art. 18, caput, do Decreto nº 8.205, de 03 de abril de 2002. Vide DEMONSTRATIVO DA PARCELA DO ICMS DILATADO CORRIGIDA-APLICAÇÃO DO ART. 18 DO DECRETO Nº 8.205/02, a considerar a PARCELA DO ICMS DILATADO CORRIGIDA em função do percentual ICMS NORMAL PAGO (0806) / ICMS NORMAL APURADO e o DEMONSTRATIVO DA APURAÇÃO DO ICMS NORMAL DECORRENTE DA APLICAÇÃO DO ART. 18 DO DECRETO Nº 8.205/02”.

“Registre-se que foram considerados, no levantamento fiscal, os valores pagos a maior, por meio dos Códigos de Receita 2167 e 2037, no cômputo do ICMS normal devido, de acordo com o DEMONSTRATIVO FINAL DO ICMS NORMAL DEVIDO- APLICAÇÃO DO ART. 18 DO DECRETO Nº 8.205/02”.

*No valor de **R\$1.954.791,67**, referente ao período de janeiro/2017 a dezembro/2018.*

Constata-se que tempestivamente a Autuada apresentou impugnação ao lançamento através dos documentos constantes às fls. 34 a 44. A informação fiscal consta das fls. 72 a 77. O colegiado de Primeira Instância proferiu decisão nos seguintes termos:

VOTO

Preliminarmente verifico que o presente lançamento de crédito tributário está revestido das formalidades legais exigidas pelo RPAF/99, tendo sido a infração a multa e suas respectivas bases legais, evidenciadas de acordo

com a infração imputada e demonstrativos detalhados do débito, com indicação clara do nome, do endereço e da qualificação fiscal do sujeito passivo.

Trata-se de impugnação ao lançamento do crédito tributário que teve por espeque a apuração de ICMS exigível em função da constatação de erro na apuração do ICMS NORMAL devido, relativo a parcela não incentivada pelo PROGRAMA DESENVOLVE, haja vista que a parcela referente ao piso de recolhimento mensal não alcançado pelo benefício fiscal do DESENVOLVE fora recolhido a menos, por não ter sido atualizado pela Impugnante.

Não há controvérsia quanto ao mérito da acusação retratada acima, a Impugnante ab initio, segundo a defesa, aquiesceu com a acusação fiscal, fl. 36:

“A impugnante reconheceu que por um equívoco o piso deixou de ser atualizado, razão pela qual em 11.01.2021 recolheu a importância de R\$ 666.289,62, que corresponde ao valor do piso pago a menor atualizado monetariamente e com a multa nos termos dos artigos 45 e 45-B da Lei n.º 7.014/96”.

Quanto ao alegado recolhimento do ICMS objeto da autuação que se verifica no excerto acima, de fato fora realizado em 11/01/2021, mas apenas após o encerramento da ação fiscal que teve início em 06/10/2020 como comprova o documento à fl. 06 (intimação para apresentação de livros e documentos para fins de início de ação fiscal) e encerrou-se com ciência da lavratura do presente Auto de Infração que se deu em 14/12/2020 conforme atesta o documento à fl. 29. Portanto, não se tratou de recolhimento espontâneo. E carecerá ainda de comprovação efetiva de se tratar de fato de recolhimento referente aos valores relacionados com o lançamento crédito tributário que se pretende com o auto de infração em tela, nº 298574.0015/20-3.

A despeito de confessar o equívoco, afirmou a defesa que nas hipóteses de pagamento a menos não incide o disposto no caput do art. 18 do Decreto n.º 8.205/2002, o que disse estar conforme acórdão 0196-12/17.

Este relator, entretanto, discorda da defesa com base na inteligência do mesmo texto regulamentar que serviu de espeque para o argumento defensivo, pois assim está prevista a norma escrita no art. 18 do Decreto n.º 8.205/2002:

*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.** Destaques.*

Ou seja, a melhor interpretação, inclusive a que tem encontrado apoio deste CONSEF, é a de que o benefício do DESENVOLVE relativo à parcela dilatável do ICMS a recolher, será reduzida proporcionalmente à parcela do ICMS não dilatável que deixou de ser recolhida tempestivamente. Sendo inclusive esta a metodologia de apuração do valor devido adotada pelo Autuante.

Rechaço também os paradigmas de julgamento administrativo, pois estão em descompasso com o objeto da autuação, está devidamente alinhada com o teor do art. 18 do Dec. 8.205/02, pois se refere ao recolhimento a menos da parcela não incentivada, enquanto que aqueles se referem à parcela incentivada e por isso estranha ao referido texto regulamentar do DESENVOLVE.

Passando a tratar do tópico defensivo quanto à abusividade da multa é mister pontuar que falece competência à essa esfera do contencioso administrativo exarar juízo de valor quanto a matéria legal ou constitucional que vá de encontro ao arcabouço da legislação tributária, de maneira que não posso avaliar o pleito sobre a abusividade da multa, sobretudo considerando que a infração não foi rechaçada e a tipificação da multa contida em instrumento de lei, se encontra perfeitamente subsumida do ilícito fiscal apurado.

Ademais, a possibilidade de dispensa, ou redução, de imposição de penalidade que se encontrava prevista no § 8º, do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, foi revogada pela Lei nº 12.605, de 14/12/12, DOE de 15 e 16/12/12, efeitos a partir de 15/12/12.

Destarte, voto pela procedência do presente auto de Infração.

O advogado da recorrente apresenta Recurso Voluntário às fls. 99 a 110, tecendo os mesmos fatos expostos da peça defensiva, no qual volto a reproduzir resumidamente:

- Descreve os **fatos da autuação** (exercícios de 2017 e 2018), disse que a recorrente é habilitada Programa DESENVOLVE através da Resolução nº 55/2014, tendo piso mensal do ICMS passível de incentivo fixado em R\$128.567,13, o qual deveria ser atualizado a cada 12 meses, a contar de agosto/2013, pela variação do IGP-M, no entanto, disse que foi a autuado em decorrência da falta de atualização do piso, no qual fora cancelado o correspondente benefício – parcela sujeita à dilação de prazo, o que fez com fulcro no artigo 18 do Decreto nº 8.205/2002.
- Explica que a recorrente reconhece equívoco referente ao piso que deixou de ser atualizado,

razão pela qual em 11.01.2021 recolheu a importância de R\$ 666.289,62, que corresponde ao valor do piso pago a menor atualizado monetariamente e com a multa reduzida nos termos dos artigos 45 e 45-B da Lei nº 7.014/96.

- Alega **erro na aplicação do art. 18 do Decreto nº 8.205/2002, referente ao recolhimento menor tempestivo da parcela não incentivada**. Esclarece que tal dispositivo contém típica norma restritiva (perda de um direito), a qual deve ser interpretada restritivamente segundo estabelece o antigo brocardo romano “*exceptiones sunt strictissimae interpretationis*” (interpretam-se as exceções estritissimamente); Cita a interpretação sistemática de Carlos Maximiliano (MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 128-130); pontuou que o legislador previu duas situações distintas – “falta de pagamento” e “pagamento a menor” – com consequências igualmente distintas (perda do direito na primeira hipótese, o que não ocorre na segunda); reproduz o Acórdão nº 0039-12/15 que fora reconhecido pelo CONSEF.
- Esclarece que nas hipóteses de pagamento a menor, a exemplo do que ocorreu no presente caso, não incide o disposto no *caput* do artigo 18 do Decreto nº 8.205/2002 (A-0196-12/17; A-0390-11/14) e que a restrição prevista no *caput* do artigo 18 do Decreto nº 8.205/2002, relativa à falta de pagamento, para situação diversa (pagamento a menor), o que viola a regra hermenêutica segundo a qual as normas restritivas interpretam-se restritivamente; salientou que o recolhimento a menor do piso não constitui causa para cancelar o benefício do DESENVOLVE.
- Discorre alegações referente ao **cancelamento do benefício, no qual o ato é privativo do Conselho Deliberativo do DESENVOLVE**. Reproduziu o art. 19 do Decreto nº 8.205/2002; chamou atenção para fato que o auditor-fiscal não possui competência para cancelar o benefício; trouxe decisões do CONSEF (A-0351-12/08) que aponta *...por falta de competência, a decretação pela autuante da perda do direito ao incentivo fiscal...*, entendimento do TJ-BA (*Agravo de Instrumento 8026358-84.2019.8.05.0000, Relatora CARMEM LUCIA SANTOS PINHEIRO, Publicado em 21/10/2020*); transcreveu o art. 18 do RPAF; decisão do STF (*RE 434059, Relator Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 07/05/2008, DJe-172 DIVULG 11-09-2008 PUBLIC 12-09-2008 EMENT VOL-02332-04 PP-00736 LEXSTF v. 30, n. 359, 2008, p. 257-279*), no qual assinala que o relator de piso não enfrentou argumentos expostos pelo patrono do recorrente; pede pela nulidade.
- Impugna pela **aplicação da multa exigida**. Pontuou que a multa em questão, não se justifica à aplicação do percentual descrito nos autos, conforme o artigo 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96, mas o percentual de 50%, previsto no inciso I desse mesmo dispositivo legal; defendeu que a multa não se amolda ao ilícito apontado pela fiscalização; explicou que no presente caso não houve vício na apuração do ICMS, mas apenas recolhimento a menor devido à falta de atualização do piso mensal previsto na Resolução nº 55/2014; acostou jurisprudência do CONSEF (A-0288-11/18) que reduz a multa de 60% para 50% (art. 42, I da Lei nº 7.014/96).
- Finalizou requerendo o conhecimento e provimento para efeito de exonerar o contribuinte do tributo lançado e, sucessivamente, requereu a substituição da multa imposta na autuação por aquela prevista no artigo 42, I da Lei nº 7.014/96.

Registra-se a presença na sessão de julgamento do advogado do Autuado que efetuou a sustentação oral, Sr. Luciano Giocomet – OAB/PR nº 29.376.

É o relatório.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntario interposto pelo Recorrente, em face do Acórdão 2ª JJF nº 0085-02/21-VD, que julgou pela Procedência do Auto de Infração em epígrafe, composto de uma única infração já relatada no relatório.

Inicialmente, volto a destacar como foi feito pela JJF, que o processo se reveste das formalidades

legais exigidas pelo RPAF/99, explicitando o imposto a cobrar, a multa a ser aplicada e suas respectivas bases de cálculo, não vislumbrando nada que dê margem à aplicação de nulidades procedimentais previstas no artigo 18, incisos II e IV, “a” do RPAF, visto constar dos autos a configuração da natureza.

O patrono do contribuinte voltou a tecer as mesmas argumentações feita na defesa, no qual a JJF combateu todas as suas alegações. No entanto, as principais bases de alegações são: a) erro na aplicação do art. 18 do Decreto nº 8.205/2002, referente ao recolhimento menor tempestivo da parcela não incentivada; b) cancelamento do benefício, no qual o ato é privativo do Conselho Deliberativo do DESENVOLVE e c) quanto a aplicação da multa, que solicita a redução da mesma com previsão no art. 42, I da Lei nº 7.014/96.

Para o primeiro fato, *erro na aplicação do art. 18 do Decreto nº 8.205/2002, referente ao recolhimento menor tempestivo da parcela não incentivada*, a recorrente volta a alegar que a perda do direito a dilação do crédito só se efetiva com a falta do pagamento, e não com o pagamento a menor, no qual sustenta serem consequências distintas, pois só acontece na primeira hipótese e não na segunda.

No entanto, suscitou nulidade da metodologia imposta para apuração do imposto devido (nulidade material). Na informação fiscal, fls. 72 a 77, o autuante rebate as alegações onde informou que as irregularidades foram extraídas da EFD declarada, que consiste em glosa do imposto incentivado decorrente da falta de atualização do piso do saldo devedor incentivado na proporção do ICMS NORMAL PAGO (0806), e o ICMS NORMAL APURADO, consoante com o art. 18, caput do Decreto nº 8.205/02, e descreveu a metodologia utilizada para apuração do tributo, sendo acompanhado dos cálculos e demonstrativos fiscais, que inclusive serviram de base para a defesa e recurso do ora requerente, votando, desta forma, pelo não acolhimento ao pedido de nulidade.

A JJF entendeu que o benefício do DESENVOLVE relativo à parcela dilatável do ICMS a recolher, será reduzida proporcionalmente à parcela do ICMS não dilatável que deixou de ser recolhida tempestivamente, inclusive esta metodologia de apuração do valor devido, adotada pelo fiscal, é a que fora conduzida exatamente para se encontrar o imposto devido.

No segundo fato, *cancelamento do benefício, no qual o ato é privativo do Conselho Deliberativo do DESENVOLVE*, chamou a atenção de que o auditor fiscal não possui competência para cancelar o benefício, no qual assinalou que o relator de piso não enfrentou argumentos expostos pelo patrono do recorrente.

O colegiado de primo grau rebate justamente as alegações impostas nesta peça recursal – não tendo discussão –, pois a empresa autuada reconheceu o equívoco do qual o piso tenha deixado de ser atualizado, sendo razão para a imputação, em 11/01/2021, pois recolheu a importância de R\$666.289,62, com a multa nos termos dos artigos 45 e 45-B, da Lei nº 7.014/96. Esse pagamento foi feito só corresponde ao pagamento de redução da multa em 70%, pois fora após a lavratura do Auto de Infração, sendo que este pagamento é referente à diferença ao piso atualizado recolhido a menos.

Trago aqui em meu voto, observações a serem destacadas, que a política desenvolvimentista adotada pelos Entes Federativos, determina a criação de programas de incentivos fiscais em que, ao lado é a geração de empregos, e outro é a utilização de recursos outros disponíveis em sua base territorial, levem ao incremento das atividades produtivas e a busca da não dependência dos mercados externos (outros Estados ou do exterior).

Assim é que o Estado da Bahia, ao lado de outros programas de incentivo, através a Lei nº 7.980/2001, regulamentado pelo Decreto nº 8.205/2002, criou o Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – DESENVOLVE, com base em que busca incrementar a atividade industrial em regiões específicas do Estado.

Tratando-se de um programa de incentivos fiscais, como não poderia deixar de ser, àqueles que o

Estado da Bahia - DESENVOLVE, com o objetivo de fomentar e diversificar a matriz industrial buscam se beneficiar, são impostas condições de reciprocidade, em contrapartida aos benefícios concedidos. Assim é que a Lei nº 7.980/2001 estabelece, a saber:

Art. 1º Fica instituído o Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do e agro industrial, com formação de adensamentos industriais nas regiões econômicas e integração das cadeias produtivas essenciais ao desenvolvimento econômico e social e à geração de emprego e renda no Estado.

1. Consubstanciando o objetivo do programa de incentivo instituído, estabelece o Estado da Bahia o que é concedido àqueles que se habilitam, como dispõe no Artigo 2º:

Art. 2º Fica o Poder Executivo autorizado a conceder, em função do potencial de contribuição do projeto para o desenvolvimento econômico e social do Estado, os seguintes incentivos:

I dilação do prazo de pagamento de até 90% (noventa por cento) do saldo devedor mensal do ICMS normal, limitada a 72 (setenta e dois) meses;

II diferimento do lançamento e pagamento do Imposto sobre Operações Relativas a Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS) devido.

2. Os condicionantes para obtenção dos benefícios estatuídos estão determinados no texto do Artigo 3º.

Pontuo também, que o Recorrente, atualmente beneficiário do programa DESENVOLVE, aprovado pela Lei nº 7.980, de 12 de dezembro de 2001, conforme Resolução nº 055/2014, do Conselho Deliberativo do DESENVOLVE, de 13 de maio de 2014, fl. 115, tendo como benefícios:

Artigo 1º - Considerar habilitado

I – Diferimento do lançamento e do pagamento do ICMS nas importações e nas aquisições no Estado e em outros Estados relativamente ao diferencial de alíquotas, de bens destinados ao ativo fixo, para o momento de sua desincorporação;

II – Dilação do prazo de 72 (setenta e dois) meses para pagamento do saldo devedor do ICMS, relativo às operações próprias, gerado em razão dos investimentos previstos no projeto incentivado, conforme estabelecido na Classe I, da Tabela I, anexa ao Regulamento do DESENVOLVE.

Artigo 2º - Fixar a parcela do saldo devedor mensal do ICMS passível de incentivo, em o que exceder a R.\$ 128.567,13 (cento e vinte e oito mil, quinhentos e sessenta e sete reais e treze centavos), corrigido este valor a cada 12 (doze) meses pela variação do IGP-M, a partir de agosto de 2013.

Artigo 3º - Conceder prazo de 12 (doze) anos para fruição dos benefícios, contado a partir de 1º de maio de 2014.

Portanto, conforme a disposição ora reproduzida, verifica-se que no art. 2º da Resolução nº 055/2014 do DESENVOLVE, através da Lei nº 7.980/2001, está bem explícito e evidenciado que há atualização do valor da parcela dilatada, assim, a decisão de primeiro grau está devidamente correta, entende subjetivamente que como a empresa não efetivou o pagamento exato em data limite ao prazo de vencimento, a perda é instantânea e proporcional. Mantenho o entendimento da decisão de piso.

Diante da verdade material aflorada no presente PAF, não vejo como não proceder do mesmo modo, mantendo a decisão de piso, pois o recorrente, em suas razões recursais deixou claro, confessando em seus argumentos defensivos os erros e equívocos praticados conforme previsto no art. 18 do Decreto nº 8.205/2002.

Com relação à alegação de que a multa imposta de 60%, com base o que determina a Lei nº 7.014/96, art. 42, II “f”, nego o caráter confiscatório, pois vejo ser devidamente legal, e ressalto que de acordo o art. 167, I do RPAF/BA, em seu Decreto nº 7.629/99, não se inclui na competência deste órgão julgador, a declaração de inconstitucionalidade da legislação tributária estadual.

Quanto ao pedido de redução da multa de 60% (42, II, “f”), para 50% (42, I), sobre a alegação de que o percentual aplicado não se justifica por não se amoldar ao ilícito tributário apontado, pois explicou que não houve vício na apuração do ICMS, mas apenas recolhimento a menor devido à falta de atualização do piso mensal, previsto na Resolução nº 55/2014.

Não vejo pertinência nesta razão do recorrente. Entendo que após a confissão do contribuinte, de que houve equívoco na apuração do piso, consequentemente, reconheceu indiretamente o débito do imposto apurado. Lendo o dispositivo, verifica-se que o contribuinte informou o imposto, no entanto, em valor inferior ao devidamente recolhido, faltando então o efetivo recolhimento exato do ICMS.

Do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário apresentado.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado, e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **298574.0015/20-3**, lavrado contra a empresa **FERTIPAR FERTILIZANTES DO NORDESTE LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.954.791,67**, acrescido da multa 60%, prevista no Art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado o valor recolhido.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 14 de outubro de 2021.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS - PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO OLIVEIRA PINHO - RELATOR

VICENTE OLIVA BURATTO - REPR. DA PGE/PROFIS