

PROCESSO - A. I. N° 210404.0008/19-3
RECORRENTE - BRANOX INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE METAIS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 3º JJF n° 0209-03/20-VD
ORIGEM - INFACZ CENTRO NORTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 1º/12/2021

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0311-12/21-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. O artigo 18 do Decreto n° 8.205/2002, alterado pelo Decreto n° 18.406/2018, prevê a possibilidade do recolhimento do ICMS não incentivado até o último dia útil do mês do vencimento, sem implicar na perda do benefício ao contribuinte. Observando o fato gerador de 07/2015, cujo vencimento da parcela do ICMS não incentivado seria dia 09/08/2015, comprova que o recolhimento do valor se deu em 20/08/2015. Aplica-se a retroatividade benigna, considerando que a recorrente recolheu a parcela não incentivada (ICMS -806), até o último dia útil do mês do vencimento, não há que se falar em exigência do ICMS, em decorrência da perda do direito de dilação do Programa do DESENVOLVE para o mês em referência. O valor exigido no presente Auto de Infração para a competência 07/2015, é insubsistente, haja vista que a recorrente recolheu valor maior que o apurado, não sendo admitida a exigência de qualquer diferença de ICMS. Infração insubsistente. Modificada a Decisão recorrida. Não acolhidas as arguições de nulidade. Recurso **PROVIDO**. Auto de Infração **Improcedente**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário, interposto em razão do acórdão proferido pela 3ª JJF n° 0209-03/20-VD, que julgou Procedente o Auto de Infração em lide, lavrado em 12/11/2019, para exigir 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.

Complementa o autuante, que 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)

A 3ª JJF julgou Procedente o presente Auto de Infração, conforme voto transscrito abaixo:

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 defendantecumpriu 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 2ª 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, todo o montante escriturado.

Ante ao exposto voto pela PROCEDÊNCIA da autuação.

Inconformada com a decisão de piso, a recorrente interpôs Recurso Voluntário tecendo as seguintes alegações de defesa.

Diz que a nobre relatora firmou seu entendimento tão somente um PARECER OPINATIVO da D. PROFAZ/PROFIS, elaborado em 2014, ou seja, 03 (três) anos antes da edição da Lei nº 13.816 de 23/12/2017, que teve sua vigência a partir de 01/01/2018.

Salienta, todavia, que o Decreto nº 8.205/2002 inovou, avançando sobre a Lei nº 7980/2001, criando uma norma sancionadora, sem o devido processo legal, extrapolando sua competência e usurpando a competência legislativa, ferindo de morte o “PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL”.

Ressalta que em 23/12/2017, o Estado da Bahia publicou a Lei nº 13.816/2017, alterando a Lei nº 7980/2001, para corrigir tal absurdo. Nela fazendo constar nova norma, ao introduzir em seu art. 4º, um novo dispositivo, criando o Art. 9-A, que prever a PERDA do benefício, se o pagamento não ocorrer até o último dia útil do mês de vencimento da parcela não sujeita ao benefício, o que não existia na legislação vigente até então.

A Lei nº 7.980/2001, alterada pela Lei nº 13.816, de 21/12/2017, que deu nova redação ao artigo 9º-A, prevê que o pagamento da parcela não dilatada, poderá ser efetivado até o último dia do mês de vencimento.

Assim, só perderá o direito ao benefício, se o contribuinte não recolher a parcela não incentivada até o último dia útil do mês do vencimento.

Sinaliza que a AUTUADA, recolheu no dia 20/08/2015, o ICMS com vencimento em 09/08/2015, ou seja, apenas 11 dias de atraso, e 11 dias antes do prazo final, já que 31/08/2015, foi uma segunda-feira, portanto, dia útil.

Mesmo considerando o “absurdo”, de se admitir que o Decreto nº 8205/2002, tem força de lei, portanto, obrigasse a todos, com a edição da Lei nº 13.816/2017, alterando a Lei nº 7980/2001, ao introduzir em seu art. 4º, um novo dispositivo, criando o Art. 9-A, que prever a PERDA do

benefício, se o pagamento não ocorrer até o último dia útil do mês de vencimento da parcela não sujeita ao benefício, inexoravelmente seria alcançada pelo art. 106, inciso II do Código Tributário Nacional, já prevê o princípio da retroação benigna, transcreve o referido dispositivo.

Neste diapasão, fica comprovado o alcance da norma acima 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. Isso no absurdo de se entender que o decreto em sua redação original, tenha força de lei, para criar SANÇÃO.

Traz farta jurisprudência, assim como julgados do CONSEF/Ba, de casos similares, e idênticos como foram os acórdãos: 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL ACÓRDÃO CJF Nº 0254-11/19; 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL ACÓRDÃO CJF Nº 0080-11/19; 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL ACÓRDÃO CJF Nº 0249-12/17; 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL ACÓRDÃO CJF Nº 0155-12/20-VD.

Contesta a decisão de piso sinalizando para o absurdo da exigência. Pontua que o contribuinte que deve R\$ 29.088,23, e tem que pagar R\$ 88.701,14, e que no “seu entendimento”, não é SANÇÃO, é no mínimo, um absurdo. Pois, aumentar um valor de R\$ 29.088,23, para R\$ 88.701,14, e achar que não é uma SANÇÃO/PUNIÇÃO. Seria o que? BONUS, BENEFÍCIO?

Esse entendimento não pode prosperar. Pois, existe sim uma SANÇÃO, que multiplica por 3, o valor do débito, fato que beira o confisco.

Traz inúmeros acórdãos para corroborar com sua tese da retroação benigna.

Requer ainda, a produção de todos os meios de provas em direito admitidos.

Registra-se a presença na sessão de julgamento do advogado do Autuado que efetuou a sustentação oral, Srs. Antonio Ramos Damasceno – OAB/BA nº 56.801 e Coriolano Almeida de Cerqueira.

VOTO

De logo, sinalizo que o presente Auto de Infração foi lavrado conjuntamente com o Auto de Infração lavrado sob nº 210404.0010/19-8, cujo julgamento nesta 2ª CJF, também fui a relatora. Naquela oportunidade foi exigido *Recolhimento a menos do ICMS em razão de erro na determinação do valor da parcela sujeita à dilação de prazo prevista pelo Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – DESENVOLVE*.

O presente Auto de Infração, todavia, reclama recolhimento a menor do ICMS, em razão da falta de recolhimento na data regulamentar, da parcela não sujeita à dilação de prazo do mês de julho de 2015.

Saliento, todavia, que o artigo 18 do Decreto nº 8.205/2002, alterado pelo Decreto nº 18.406/2018, prevê a possibilidade do recolhimento do ICMS não incentivado até o último dia útil do mês do vencimento, sem implicar na perda do benefício ao contribuinte, conforme abaixo transscrito:

O caput do art. 18 do Decreto nº 8.205, de 03 de abril de 2002, passa a vigorar com a seguinte redação:

“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.”. (NR)

Neste sentido, se observado o fato gerador de 07/2015, cujo vencimento da parcela do ICMS não incentivado seria dia 09/08/2015, a Recorrente recolheu o valor de R\$ 29.088,23, no dia 20/08/2015, acrescido de todos os encargos devidos, conforme pode ser confirmado na Relação de DAE's – Ano 2015, extraído do Sistema SEFAZ.

Aplicando, pois, a retroatividade benigna do dispositivo acima mencionado, considerando que a recorrente recolheu a parcela não incentivada (ICMS -806), até o último dia útil do mês do vencimento, não há que se falar em exigência do ICMS em decorrência da perda do direito de dilação do Programa do DESENVOLVE para o mês em referência.

Esse tem sido, inclusive, o entendimento majoritário manifestado por essa Câmara de Julgamento através dos acórdãos proferidos: 1^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL ACÓRDÃO CJF Nº 0254-11/19; 1^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL ACÓRDÃO CJF Nº 0080-11/19; 2^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL ACÓRDÃO CJF Nº 0249-12/17; 2^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL ACÓRDÃO CJF Nº 0155-12/20-VD.

O valor, portanto, exigido no presente Auto de Infração para a competência 07/2015, é insubsistente, haja vista que a recorrente recolheu R\$ 29.088,23, e o valor calculado pelo fiscal autuante como devido nesta competência, foi de R\$26.734,72, ou seja, recolheu a recorrente valor maior que o apurado, não sendo admitida a exigência de qualquer diferença de ICMS.

Voto, portanto, pelo PROVIMENTO do presente Recurso Voluntário apresentado, para julgar IMPROCEDENTE o Auto de Infração em epígrafe.

Este é o voto.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado, para modificar a Decisão recorrida e julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **210404.0008/19-3**, lavrado contra **BRANOX INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE METAIS LTDA**.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 15 de outubro de 2021.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

LEILA BARRETO NOGUEIRA VILAS BOAS – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE - REPR. DA PGE/PROFIS