

A. I. Nº - 108880.0004/19-0
AUTUADO - DALKA DO BRASIL LTDA.
AUTUANTE - MARIA DAS GRAÇAS SILVA FREITAS, MARIA CONSUELO GOMES
SACRAMENTO e MARIA DA CONCEIÇÃO REIS MACIEL
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET 06/12/2021

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO JJF Nº 0185-02/21-VD

EMENTA: ICMS. RECOLHIMENTO A MENOS. BENEFÍCIO FISCAL DO DESENVOLVE. USO INDEVIDO. Comprovado nos autos e atestado pela Impugnante, o não recolhimento do valor correspondente a 10% (dez por cento), do respectivo incentivo ou benefício em favor do Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza, instituído pela Lei nº 7.988, de 21 de dezembro de 2001, *conditio sine qua non* para gozo dos incentivos e benefícios fiscais outorgados nas respectivas legislações da espécie, que no caso do sujeito passivo, são os que as Resoluções nºs 05/2012 e 139/2013 o habilita no Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – DESENVOLVE. A alegação defensiva se limita a arguir a inconstitucionalidade do FUNCEP e de sua vigente legislação, questionamentos excluídos da competência apreciativa do CONSEF (RPAF: Art. 167, I e III). Infração subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrada em 29/03/2019, formaliza a exigência de ICMS no valor de R\$1.209.754,86, em decorrência do cometimento da seguinte infração à legislação do ICMS:

03.02.18. Recolheu a menos ICMS em razão do uso indevido de benefício ou incentivo fiscal ou financeiro decorrente do não recolhimento do valor correspondente a 10% (dez por cento) do respectivo incentivo ou benefício em favor do Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza. Valor: R\$1.209.754,86. Período: Fevereiro a Agosto 2017. Enquadramento legal: Art. 2º e 24 a 26 da Lei 7014/9; Lei 13.563 e Decreto 16.970/2016. Multa: 60%, art. 42, II, “f” da Lei 7014/96.

Consta adicionalmente na descrição da infração que o contribuinte é beneficiário do DESENVOLVE com as Resoluções 05/2012 e 139/2013 e deixou de atender às orientações estabelecidas na Lei 13.564/2012. Não foi identificado nos relatórios de arrecadação da SEFAZ/BA, os valores relativos ao ICMS Adicional de Combate à Pobreza.

As Autuantes observaram, também, no corpo do Auto de Infração que, conforme *e-mail* do contribuinte, as operações estão suspensas na Bahia e que as intimações devem ser encaminhadas por AR para o endereço da matriz, CNPJ Nº 04.120.719/0002-06, Est. Municipal Antônio Agostinho Barbosa – 1300 – Entrada B – CEP 37.640-000 - Distrito Industrial Pires II – Extrema - MG, A/C - Controladoria – Wellington Lins.

Consta à fl. 05 o Termo de Início de Fiscalização e intimações feitas pelo órgão competente da repartição fazendária (fls. 23 e 26), contudo, direcionadas para endereços diversos do apontado pelas Autuantes no corpo do Auto, sendo que, com relação à intimação de fl. 26, a pessoa intimada, no caso a advogada Renata Almeida Pisaneschi, OAB/SP Nº 163.659, acompanhado dos documentos

de fls. 46-163, apresentou requerimento (fls. 41 a 45) no qual pede que o seu nome seja imediatamente desvinculado da sociedade Dalka do Brasil Ltda., por não ter qualquer vínculo com a referida empresa, mas sim com as entidades estrangeiras Grupo Rotoplás, S.A., de C.V. e Rotoplás de Latinoamérica S.A. de C.V., conforme procurações válidas até 31/12/2012.

Apesar disso consta à fl. 27, Aviso de Recebimento (AR), no qual está consignada a data da entrega da intimação em 17/04/2019, assim como a assinatura do recebedor.

Às fls. 18-21 constam cópias de comunicações via e-mail entre as Autoridades Fiscais autuantes e prepostos da empresa de razão social ACQUALIMP, Wellington Lins – Controller Brasil e Controller da Dalka do Brasil que, dizendo que os sócios da Autuada são duas empresas Mexicanas sem endereço para correspondência no Brasil, informa às Autuantes o endereço que elas observaram no corpo do AI como local para onde as comunicações acerca do AI devem ser enviadas.

Em papel timbrado da ACQUAIMP e legalmente habilitada para tanto (Procuração de fl. 37), o sujeito passivo apresentou tempestiva Impugnação assinada por Eliane de Menezes Bandeira (fls. 30-35).

Após reproduzir a acusação fiscal e o art. 2º do Decreto Estadual nº 16.970/2016, diz que a empresa autuada foi habilitada aos benefícios do DESENVOLVE pela Resolução 005/2012 e que estaria condicionada à aplicabilidade da Lei 13.564/2016 e das diretrizes do Decreto 16.970/2016.

Fala que nos cálculos apresentados pela fiscalização a Autuada estaria sendo apenada por R\$1.209.754,86 em face ao não recolhimento de R\$87.696,54, uma desproporcionalidade que economicamente a desequilibra.

Diz que o Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza “(Fecoep)” foi criado pela EC 31/2000 destacando ter por objetivo viabilizar a todos os brasileiros acesso a níveis dignos de subsistência, cujos recursos serão aplicados em ações suplementares de nutrição, habitação, educação, saúde, reforço de renda familiar e outros programas de relevante interesse social voltados para a melhoria da qualidade de vida e que na Bahia o “FECOEP” foi instituído pela Lei 7.988/2001, acrescentando o art. 16-A à Lei 7014/96, “e pela Portaria Sefaz 133/2002”, estendendo incidência aos contribuintes beneficiários ou incentivados pela Lei 13.564/2016 e Decreto 16.970/2016.

Expressa que em face de certas inconstitucionalidades, tal como a destinação de imposto a fundo, o que diz expressamente vedado pelo art. 167, IV, da CF/88, alguns Estados – a exemplo da Bahia -, decidiram internalizar o Convênio ICMS 42/16 de outra maneira: exigir que parte do benefício ou incentivo fiscal seja destinado ao “FECOEP” previsto no art. 82 do ADCT, o qual prescreve que tal fundo não terá a parcela de 25% destinada aos Municípios, ou seja, sem o “FECOEP” o valor não compor. Contudo, diz, as legislações de Bahia e Goiás, por exemplo, não criam um adicional do ICMS – entendendo-se o adicional como a majoração da alíquota geral de 17% ou 18%.

Observa que pela redação das legislações estaduais, é possível notar a semelhança entre as previsões do Conv. ICMS 42/16 e a destinação do ICMS ao “FECOEP” são praticamente idênticas e alteram apenas a destinação, que, diz, não é realizada para o fundo de equilíbrio fiscal.

Fala que as referidas exigências que reduziram os benefícios fiscais também passaram a ser exigidas imediatamente, sem respeitar os princípios da anterioridade anual e nonagesimal, nos termos prescritos pelo art. 150, III, “b” e “c”, da CF/88.

Ressalta que o “FECOEP” será determinado através da aplicação de uma alíquota que será adicionada ao ICMS e, especificamente ao fundo instituído pela Bahia aos beneficiários ou incentivado, o percentual estaria aplicado ao benefício obtido e, conseqüentemente, repassado ao respectivo fundo, de modo que o valor será um acréscimo ao recolhimento que o contribuinte se obriga a fazer na apuração de suas operações e nesse sentido apresenta quadro demonstrativo para o período compreendido pela autuação, totalizando: a) ICMS Não incentivado: R\$1.146.887,34; b) ICMS incentivado: R\$942.236,54; c) Benefício: R\$1.882.161,15; d) % FUNCEP: R\$87.696,54.

Entende que desconsiderar o recolhimento nos devidos prazos legais, referente ao benefício DESENVOLVE que a empresa goza, face inclusão de normas criadoras do adicional ao ICMS destinado ao FUNCEP, que apesar de incidir sobre o benefício, tem natureza jurídica própria,

diferente do ICMS gerado pelo benefício (assemelhando-se a uma contribuição social de natureza geral anômala), acarretará sérios danos ao sujeito passivo face aos valores correlacionados e vinculados, uma vez que a mesma tem suas atividades paralisadas.

Registra que o art. 2º do Decreto 16.970/2016, prevê que o depósito será efetuado com base no valor do desconto do ICMS obtido na data da liquidação antecipada da parcela do imposto cujo prazo tenha sido dilatado. Afirma que a empresa fez a devida apuração, tanto do imposto não beneficiado, quanto do beneficiado, efetuando o devido recolhimento, levando a crer não ter havido nenhuma infração à legislação do ICMS, uma vez que o FUNCEP tem por base o valor do ICMS, mas não o compõe.

As reproduzindo, diz que a legislação que regulamenta o FUNCEP, no item de infrações prevê as seguintes penalidades:

- a) 50% do valor do imposto, na falta de seu recolhimento nos prazos regulamentares, quando as respectivas operações ou prestações estiverem escrituradas regularmente nos livros próprios;
- b) 60% do valor do imposto não recolhido tempestivamente, em razão de registro de operação ou de erro na aplicação de alíquota, na determinação da base de cálculo ou na apuração dos valores do imposto, desde que os documentos tenham sido emitidos e escriturados regularmente;
- c) 60% do valor do imposto não recolhido tempestivamente, em decorrência de diferença entre o valor recolhido pelo contribuinte e o escriturado no livro fiscal de apuração do imposto;
- d) 100% do valor do imposto, quando houver rasura, adulteração ou falsificação nos documentos e livros fiscais ou contábeis.

Aduz que a planilha e dados apresentados pela fiscalização, já imputam a perda do benefício e a aplicabilidade de multa, porém o valor que se deixou de recolher representa não mais que 7,28% do valor imputado à empresa, levando com isso um desequilíbrio financeiro em face das atividades do sujeito passivo estarem suspensas.

Concluindo, requer o recebimento da impugnação; o acolhimento da preliminar de inconsistência dos atos e fatos levantados pela fiscalização, e que o AI seja julgado insubsistente.

A Informação Fiscal foi prestada por uma das Autuantes (fls. 166 a 170). Após reproduzir as alegações defensivas, informa:

- a) O contribuinte tem por atividade a fabricação de artefatos de material plástico para uso na construção, exceto tubos e acessórios, tendo como produto principal cisternas, sendo beneficiário do programa DESENVOLVE conforme Resoluções 05/2012 e 139/2016, e não atendeu às condições estabelecidas na Lei 13.564/2016;
- b) Reproduzindo seu art. 1º, diz que a Lei 13.564/2016, institui condição para concessão e manutenção de benefícios e incentivos fiscais ou financeiros relacionados ao ICMS;
- c) O Decreto 16.970/2016 regulamenta a Lei 13.564/2016, definindo procedimentos de cálculos e recolhimento do valor do depósito destinado ao FUNCEP, bem como define que os contribuintes beneficiários dos programas indicados no art. 1º do DESENVOLVE e crédito presumido, terão seus incentivos prorrogados;
- d) O reproduzindo, diz que pela leitura do art. 5º do decreto 16.970/2016, fica subentendido que os valores pagos para o FUNCEP é uma antecipação do ICMS, visto que o benefício será prorrogado pelo prazo necessário para a compensação;
- e) A atividade do Auditor Fiscal é vinculada à legislação estadual, não sendo competente para examinar matéria constitucional.

Finaliza a peça informativa mantendo o Auto de Infração.

Conforme pedidos de fls. 176 e 206, deferiu-se diligências à Infaz de origem para: a) Re-intimar a empresa acerca do AI; b) Autuantes informarem acerca dos documentos de fls. 39-164.

Cumprida as diligências conforme documentos de fls. 186-203, 208-209 e 213, o PAF retornou ao CONSEF.

VOTO

Examinando os autos, constato estar o PAF consoante com o RICMS-BA e com o RPAF-BA/99, pois o lançamento resta pleno dos essenciais pressupostos formais e materiais e os fatos geradores do crédito tributário constam claramente demonstrados.

Assim, considerando que: a) conforme documentos e recibos de fls. 23, 24, 26 e 27, bem como do que se depreende da Impugnação (fls. 30-35), cópia do Auto de Infração e dos papéis de trabalho indispensáveis para o esclarecimento dos fatos narrados no corpo do auto foram entregues ao contribuinte; b) na lavratura do Auto de Infração foi devidamente cumprido o disposto no art. 142 do CTN, bem como nos artigos 15, 19, 26, 28, 30, 38, e 39 (em especial quanto ao inciso III e §§, 41, 42, 43, 44, 45 e 46, do RPAF); c) o processo se conforma nos artigos 12, 16, 22, 108, 109 e 110 do mesmo regulamento; d) a infração está claramente descrita, corretamente tipificada e tem suporte nos demonstrativos e documentos fiscais autuados, emitidos na forma e com os requisitos legais (fls. 06-09); e) a infração está determinada com segurança, bem como identificado o infrator, constato não haver vício a macular o PAF em análise.

Antes de adentrar pela apreciação de mérito do caso, cabe consignar, que as Autuantes registraram na folha 01 do Auto de Infração o endereço para entrega por AR, de intimações ao contribuinte autuado, no caso o endereço do estabelecimento matriz da empresa, CNPJ Nº. 04.120.719/0002-06, Est. Municipal Antônio Agostinho Barbosa – 1300 – Entrada B – CEP 37.640-000 - Distrito Industrial Pires II – Extrema - MG, A/C - Controladoria – Wellington Lins.

Sem embargo, o órgão competente da repartição fazendária, encaminhou intimações para endereços diversos do apontado pelas Autuantes, sendo que recebendo a intimação de fl. 26, a advogada Renata Almeida Pisaneschi, OAB/SP nº 163.659, fazendo-se acompanhar dos documentos de fls. 48-163, apresentou requerimento pedindo sua exclusão do caso por não ter vínculo com o sujeito passivo.

Ocorre, que sem se aperceber da regularidade da Impugnação apresentada por representante legalmente habilitado (fls. 30-35 e Procuração de fl. 37), perfunctória análise do requerimento e documentos juntados pela advogada Renata Almeida Pisaneschi, conduziram essa 2ª JJF a equivocada e desnecessariamente deferir diligências para re-intimar o sujeito passivo (fls. 176-206), razão pela qual, embora cumpridas, torna os resultados das diligências sem efeito sobre o caso em sede de juízo revisional neste órgão administrativo judicante, face a anterior apresentação do sujeito passivo no PAF com tempestiva e regular Impugnação ao lançamento fiscal em apreço, nos termos previstos no art. 123 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia – RPAF, impugnação esta, que foi também regular e completamente analisada e rebatida pela Informação Fiscal de fls. 166-170.

Indo ao mérito do Auto de Infração, de pronto observo tratar-se de exação fiscal relacionada a tributo originalmente sujeito a lançamento por homologação (CTN: art. 150), em que a legislação atribui ao sujeito passivo a prática de todos os atos de valoração da obrigação tributária, inclusive o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, cabendo a esta apenas homologar os atos de natureza fiscal do contribuinte no prazo decadencial. Nesse caso, ainda que sobre a obrigação tributária não influam quaisquer atos anteriores à homologação, praticados pelo sujeito passivo ou por terceiro, em sendo praticados, os atos são, porém, considerados na apuração do saldo porventura devido, e sendo o caso, na imposição de penalidade, ou sua graduação (§§ 2º e 3º do artigo 150 do CTN).

A acusação fiscal é de recolhimento de ICMS a menos, em razão de uso indevido de benefício ou incentivo fiscal decorrente do não recolhimento do valor correspondente a 10% do respectivo benefício em favor do Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza.

Tem suporte fático e probatório nos demonstrativos e documentos de fls. 06-21, e o sujeito passivo, sem protestar quanto aos dados, cálculos e valor apurado da exação, impugnou a constituição do

crédito fiscal se limitando a alegar a inconstitucionalidades do FUNCEP, tal como a destinação de imposto a fundo, o que entende expressamente vedado pelo art. 167, IV da CF/88, mas que a despeito disso, alguns Estados – a exemplo da Bahia -, decidiram internalizar o Convênio ICMS 42/16 de outra maneira, qual seja, exigir que parte do benefício ou incentivo fiscal seja destinado ao “FECOEP” previsto no art. 82 do ADCT, o qual prescreve que tal fundo não terá a parcela de 25% destinada aos Municípios, ou seja, sem o “FECOEP” o compor.

Pois bem. No discurso defensivo, a própria Impugnante não só reconhece como expressamente cita e reproduz a específica legislação vigente que alberga a matéria fundamento do Auto de Infração, qual seja, o não recolhimento do valor relativo ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza, *conditio sine qua non* para que os contribuintes baianos possam usufruir dos incentivos e benefícios fiscais que lhes são outorgados nas respectivas legislações da espécie que, no caso do sujeito passivo são os que as Resoluções nºs 05/2012 e 139/2013, o habilita no Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – DESENVOLVE.

Nesse sentido, para encaminhar sua alegação de inconstitucionalidade do FUNCEP, a Impugnante escreve que: a) A Lei 13.564/2016, estipula a condicionante de recolhimento pelo contribuinte beneficiário ou incentivado, da comprovação de depósito, em favor do FUNCEP, tendo por base 10% do respectivo benefício ou incentivo; b) O art. 2º do Decreto 16.970/2016, prevê que o percentual de 10% do FUNCEP será efetuado com base no valor do desconto do ICMS obtido na data da liquidação antecipada da parcela do imposto cujo prazo tenha sido dilatado; c) Embora não tenha recolhido R\$ 87.696,54, relativo aos 10% do FUNCEP, está sendo penalizado com a cobrança de R\$ 1.209.754,86; d) O Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza “(FECOEP)” foi criado pela EC 31/2000, sendo instituído na Bahia pela Lei 7988/2001 acrescentando o art. 16-A à Lei 7014/96, “e pela Portaria SEFAZ 133/2002”, estendendo sua incidência ao contribuintes beneficiários ou incentivados pela Lei 13.564/2016 e Decreto 16.970/20016.

Neste caso, portanto, não havendo protesto quanto aos dados da autuação, repito, tratando-se de benefício fiscal, a superação do contraditório instalado pelo sujeito passivo, reside em analisar os argumentos de acusação e defesa frente à legislação vigente aplicável.

Para tanto, tendo em vista a vigência e acertado reconhecimento da normativa exposta pela Impugnante acerca do FUNCEP e DESENVOLVE, com meus pertinentes destaques, entendo suficiente expor em complemento ao expressado e reconhecido pelo próprio sujeito passivo em sua Impugnação, a seguinte normativa:

LEI ESTADUAL 13.564/2016

Art. 1º A fruição de benefícios e incentivos fiscais ou financeiros que resultem em redução do valor a ser pago do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS fica condicionada ao cumprimento, pelo contribuinte beneficiário ou incentivado, da comprovação de depósito, em favor do Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza, instituído pela Lei nº 7.988, de 21 de dezembro de 2001, do valor correspondente a 10% (dez por cento) do respectivo incentivo ou benefício.

§ 1º O disposto neste artigo se aplica, inclusive, em relação aos benefícios e incentivos fiscais ou financeiros cuja fruição esteja em curso.

§ 2º Ato do Chefe do Poder Executivo definirá procedimentos para o cálculo e o recolhimento do valor do depósito previsto no caput deste artigo e poderá restringir a aplicação das condições a determinados benefícios ou programas de incentivo.

Art. 2º O descumprimento do disposto no art. 1º desta Lei resultará em:

I - perda automática, no mês da fruição dos respectivos benefícios e incentivos fiscais ou financeiros, se o contribuinte beneficiário ou incentivado não efetuar, no prazo regulamentar, o depósito previsto no caput do art. 1º desta Lei;

II - perda definitiva dos respectivos benefícios e incentivos fiscais ou financeiros, se o contribuinte beneficiário ou incentivado não efetuar, no prazo regulamentar, o depósito previsto no caput do art. 1º desta Lei por 03 (três) meses, consecutivos ou não, no intervalo de 12 (doze) meses.

DECRETO Nº 16.970/2016

Art. 2º Para os beneficiários do DESENVOLVE, o cálculo do percentual 10% (dez por cento) do valor do

benefício usufruído a ser depositado em favor do Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza, instituído pela Lei nº 7.988, de 21 de dezembro de 2001, será efetuado com base no valor do desconto do ICMS obtido na data da liquidação antecipada da parcela do imposto cujo prazo tenha sido dilatado.

CTN

Art. 111. Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre:

...

II - outorga de isenção;

RPAF

Art. 167. Não se incluem na competência dos órgãos julgadores:

I - a declaração de inconstitucionalidade;

...

III - a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior.

É que, tratando-se de outorga de benefício fiscal, a interpretação da norma específica de incidência não comporta qualquer extensão. Há que ser literal, restrita e limitada, conforme disposto no art. 111 do CTN, pois a regra é a tributação, e as exceções, como dilação de prazo de pagamento de saldo devedor mensal de ICMS normal e/ou diferimento do lançamento e pagamento de ICMS devido, previstos na Lei Estadual 7.980, de 12 de Dezembro de 2001, instituidora do Programa DESENVOLVE, na forma de instrumento de política fiscal, não podem ser ampliadas pelo aplicador da lei, sob pena de se atuar como legislador positivo, atribuição não dirigida ao Fisco, tampouco ao Poder Judiciário. A interpretação literal dos benefícios fiscais é garantia de segurança jurídica, havendo vasta jurisprudência nesse sentido (por toda, cito o RECURSO ESPECIAL Nº 1.410.259 - PR (2013/0343590-9), RELATOR: MINISTRO HUMBERTO MARTINS), de modo que a **interpretação** de legislação relativa a **benefícios fiscais**, portanto, e em definitivo, deve ser restritiva.

Assim, não observando qualquer inconsistência no procedimento fiscal culminado no lançamento constituinte do crédito tributário objeto do PAF em juízo administrativo neste CONSEF, tenho a infração como subsistente.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **108880.0004/19-0**, lavrada contra **DALKA DO BRASIL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.209.754,86**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, inciso II, alínea “f” da Lei nº. 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 23 de setembro de 2021.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS – JULGADOR

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR - JULGADOR