

A.I. Nº - 293873.0001/20-8
AUTUADO - G. A. L. RIOS & CIA LTDA.
AUTUANTE - RITA DE CÁSSIA BITENCOURT NERI
ORIGEM - INFAZ CENTRO NORTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET 27/12/2021

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0202-02/21-VD

EMENTA: ICMS. 1. BENEFÍCIO FISCAL PROGRAMA DESENVOLVE. FALTA DE RECOLHIMENTO DO PERCENTUAL DE 10% DESTINADO AO FUNDO ESTADUAL DE COMBATE À POBREZA. Para os beneficiários do DESENVOLVE, o depósito do percentual 10% (dez por cento) do valor do benefício usufruído em favor do Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza, instituído pela Lei nº 7.988/2001, está prevista na Lei nº 13.564/2016, regulamentada pelo Decreto nº 16.970/2016. Não compete aos órgãos de julgamento administrativo declaração de inconstitucionalidade de norma legal vigente, bem como de se negar validade a norma emanada de autoridade superior, prevista no artigo 167, incisos I e III do RPAF/99. A autuação encontra legalidade no Convênio ICMS 42/2016 e normas estaduais. A autuada não elidiu a infração. Infração 01, subsistente. 2. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS. PAGAMENTO DO ICMS ST. FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. A defesa não contesta a acusação, tampouco não apresenta provas para elidir a infração. Infração 02 subsistente. Afastada a preliminar de nulidade. A autuada não elidiu a infração. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Lavrado em 20/03/2020, o presente Auto de Infração exige o ICMS no valor histórico de R\$27.114,26, acrescido da multa de 60%, pela constatação das infrações a seguir descritas:

INFRAÇÃO 01 – 02.01.01 – Deixou de recolher o ICMS nos prazos regulamentares referentes a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, em outubro de 2016. ICMS no valor de R\$18.177,60 mais multa de 60% tipificada no art. 42, inc. II, alínea “f” da Lei nº 7.014/96.

Enquadramento legal: art. 2º, inc. I e art. 32 da Lei nº 7.014/96 c/c art. 332, inc. I do RICMS/2012.

INFRAÇÃO 02 – 07.02.03 – Deixou de proceder à retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, nos meses de janeiro a dezembro de 2015 e fevereiro a junho de 2016. ICMS no valor de R\$8.936,66 mais multa de 60% tipificada no art. 42, inc. II, alínea “e” da Lei nº 7.014/96.

Enquadramento legal: art. 8º, inc. II da Lei nº 7.014/96 c/c art. 289 do RICMS/2012.

A autuante no campo DESCRIÇÃO DOS FATOS, informa que o “Contribuinte detentor do benefício fiscal Desenvolve, Resolução 017/2013 com proposito de produzir esquadrias de alumínio e PVC (portas, janelas, vitrôs e escadas).

Infração 01 (...)

Apurado valor do depósito referente ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza a menor do que determina o artigo 1º da lei nº 13.564/2016 combinado com os artigos 1º, I e 2º do Decreto 16.970/2016, que é de 10% e 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.

Benefício Desenvolve: Classe I: 90% ICMS Postergado: 10%.

Memória de Cálculo:

Base de cálculo obtido por cálculo inverso do ICMS recolhido por quitação do postergado, aplicação do percentual de 10% sobre o desconto obtido pelo contribuinte, diga-se: Base de cálculo postergada menos recolhimento efetuado.

DECRETO Nº 16.970 DE 19 DE AGOSTO DE 2016

Art. 1º A condição estabelecida na Lei nº 13.564, de 20 de junho de 2016, para fruição de benefício e incentivo fiscal ou financeiro somente será exigida dos contribuintes beneficiários dos programas a seguir indicados:

I - Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia - DESENVOLVE, instituído pela Lei nº 7.980, de 12 de dezembro de 2001;

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.

Infração 2 – ICMS não retido decorrente de venda de mercadorias a substituição/antecipação interna”. Mantida a grafia original”.

A impugnação ao lançamento, subscrita por seus advogados, fls. 14 a 25, inicialmente demonstra sua tempestividade, relata os fatos, afirma peremptoriamente que as infrações são completamente insubsistentes para em seguida arguir nulidade do lançamento, transcrevendo o teor do art. 18 do RPAF/99.

Explica que a autuante há de lançar o tributo com as formalidades previstas no RPAF, possibilitando ao contribuinte identificar o fato gerador da obrigação tributária e exercer seu direito a ampla defesa e contraditório, na forma do art. 5º da Constituição Federal. Acaso o Auto de Infração não preencha tais formalidades, será nulo de pleno direito em razão da existência de vício formal.

Assegura ser esse o entendimento pacificado nessa SEFAZ, conforme trecho reproduzido do voto da decisão do julgamento do PAF nº 9095188.22/11-8.

Registra que a Delegacia da Receita Federal do Brasil, em Salvador, também tem aplicado em julgamentos o mesmo entendimento reiteradamente, conforme se infere da decisão proferida no julgamento do Processo nº 13502.000679/2009-74, cuja ementa e voto reproduz em parte, na qual o órgão julgador declarou nulo o Auto de Infração, em face da não observância de formalidades obrigatórias para fins de lançamento.

Assevera que a referida decisão se amolda ao caso presente, haja vista que a descrição genérica, sem apontar o fato gerador com precisão, impede que se determine com segurança a infração.

Afirma que nesse contexto, sendo o Auto de Infração desprovido de formalidades legais, se encontra maculado de vício insanável, o que impõe a declaração de sua nulidade, na forma do art. 18 do RPAF, bem como na esteira da jurisprudência administrativa citada.

Ao abordar o mérito da infração 01, transcreve o art. 178 do CTN e afirma que a exigência de tal recolhimento promove a violação à norma constitucional.

Destaca que sobre a matéria o posicionamento adotado sistematicamente na Suprema Corte, que editou a Súmula 544/STF: “*Isenções tributárias concedidas, sob condição onerosa, não podem ser livremente suprimidas.*”, que visa prestigiar o direito adquirido do contribuinte titular do

benefício fiscal e fazer valer o princípio da segurança jurídica, estampado na Constituição Federal, na medida em que veda peremptoriamente a revogação de incentivos fiscais concedidos ao particular sob condição e por prazo certo.

Explica que a finalidade desse dispositivo legal é proteger o contribuinte de eventual ação desprovida de fundamento de validade advinda de ato do poder público na medida em que o particular fora onerado para atender as condições impostas pelo estado para a concessão de determinado incentivo fiscal, a exemplo de ampliação de parque industrial, criação de novos empregos, dentre outros.

Acrescenta que tal proteção é indispensável, tendo em vista que para desfrutar dos benefícios concedidos sob condição, o contribuinte deve realizar diversos investimentos, a exemplo de instalação de novos empreendimentos ou a ampliação dos já existentes, assumindo um elevado investimento financeiro, que se justifica, tão-somente, em virtude da expectativa de lucratividade mais elevada, garantida pela irredutibilidade e pela duração dos incentivos concedidos.

Lembra que o benefício fiscal do DESENVOLVE foi instituído exaustivamente para aqueles contribuintes que visam instalar novas indústrias ou a ampliação de seu parque industrial, bem como aquelas que reativarem ou modernizarem as instalações já existente, nos termos do art. 3º da Lei nº 7.980/2001, transcrito.

Frisa que o contribuinte se submete a aprovação de seu projeto a fim de definir as condições e prazo para fruição do benefício fiscal, ou seja, o incentivo fiscal possui inúmeras condições a serem atendidas pelo beneficiário, além de ter prazo determinado.

Reproduz o art. 3º da Lei nº 7.025/1997, e destaca a previsão de que, ainda havendo reforma tributária, o benefício haveria de ser mantido, admitidas mudanças apenas quanto ao aspecto formal.

Complementa que no caso concreto, a Lei nº 13.564/2016 prevê expressamente que a obrigatoriedade do depósito será aplicada também aos benefícios e aos incentivos fiscais ou financeiros, cuja fruição já esteja em curso, e o Decreto nº 16.970/2016 prescreve que a obrigação deverá ser cumprida pelos contribuintes beneficiados pelos programas DESENVOLVE e de CRÉDITOS PRESUMIDOS previstos no Decreto nº 6.734/97.

Pontua que ambos os benefícios fiscais, são concedidos por prazo certo e mediante o cumprimento de condições onerosas e assim, o contribuinte que realizou inúmeros investimentos, instalou novas fabricas, ampliou as instalações já existentes, cumpriu todas as condições estabelecidas pelo estado para fazer jus ao benefício, não pode ter seus direitos tolhidos ou reduzidos.

Destaca que exatamente isso é o que faz a Lei nº 13.564/2016 e o decreto que a regulamenta, na medida em que exigem o depósito de 10% do benefício, pelo contribuinte.

Argui que há uma redução do benefício, na medida em que, impondo-lhe o depósito de 10%, só poderá fruir de 90% do benefício que lhe foi outorgado, caracterizando uma clara hipótese de redução de benefício fiscal concedido sob condição e prazo certo, o que incorre em clara invalidade.

Inferi que a exigência de depósito de 10% para o aludido fundo promove inequívoca violação ao art. 178 do CTN, que assegura direito líquido e certo ao contribuinte que teve deferido incentivo fiscal concedido sob condição e por prazo certo, sendo vedado ao poder público modificar as condições outrora fixadas.

Ressalta que o art. 7º da Lei nº 7.980/2001 prevê que “a liquidação antecipada de cada uma das parcelas ensejará desconto de até 90%”, e reproduz o art. 6º do Decreto nº 8.205/2002, que diz deixar claro que ao conceder aos beneficiários do DESENVOLVE, o desconto no caso de liquidação antecipada da parcela, objeto do benefício de diferimento, erigindo-se, portanto, como inequívoca isenção parcial, haja vista sua incidência prévia à liquidação tributária.

Acrescenta que o art. 2º do Decreto nº 16.970/2016, estabelece que 10% do valor do benefício usufruído, qual seja, isento de até 90% do valor do imposto devido, no caso de liquidação antecipada de parcela de imposto, cujo prazo tenha sido dilatado, está promovendo uma redução da isenção fiscal parcial dos beneficiários.

Salienta que entendimento aqui sustentado, também é mantido pela Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Bahia, conforme Acórdão exarado no Agravo de Instrumento nº 0022688-82.2016.8.05.0000, de relatoria do Des. Jose Edivaldo Rocha Rotondano, cujo excerto transcreve.

Conclui que a exigência de depósito de 10% ao Fundo de Combate Pobreza viola o benefício fiscal, encontra amparo constitucional, de sorte que a autuação se revela improcedente, de forma que requerer tal declaração para a presente autuação.

Prosseguindo, argui que a multa aplicada de 60% num sistema onde já há previsão de juros para indenizar e correção monetária para manter o poder aquisitivo, ofende flagrantemente o princípio constitucional à vedação ao confisco, previsto no art. 150, inc. IV da Constituição Federal, que reproduz.

Explica que por tributo com efeito confiscatório deve-se entender aquele que em decorrência da sua taxação extorsiva corresponde a uma verdadeira absorção, total ou parcial, da propriedade particular pelo Estado.

Diz que a vedação do tributo confiscatório decorre de outro princípio: o poder de tributar deve ser compatível com o de conservar e não com o de destruir. Assim, tem efeito confiscatório o tributo que não apresenta as características de razoabilidade e justiça, sendo, assim, igualmente atentatório ao princípio da capacidade contributiva.

Frisa que a Constituição Federal limita-se a enunciar o princípio, portanto, este dever ser entendido em termos relativos e não absolutos, examinando-se em cada caso concreto, se a taxação estabelecida, atenta ou não contra o direito de propriedade.

Lembra que a administração em todo e qualquer ato se encontra vinculada a consecução do bem comum, ou seja, o objetivo da aplicação da lei e atingir o fim esperado.

Conclui que a imposição da multa pretendida, com percentual exorbitante de 60%, não possui qualquer relação com o dever moral da administração, pelo contrário, constitui-se em verdadeiro ato desproporcional e conduz ao enriquecimento sem causa, amplamente vedado em nosso ordenamento, restando, assim, evidente a inconstitucionalidade da multa aplicada.

Requer que seja determinada a imediata nulidade do Auto de Infração, ora impugnado, em razão da irregularidade identificada na defesa e subsidiariamente, na remota hipótese da sua manutenção, pede que seja reduzida a multa ao patamar de 20%, devido ao seu caráter confiscatório.

A autuante presta a informação fiscal às fls. 32 a 34, onde reproduz a infração, as razões da defesa e afirma que a alegação de falta de precisão na determinação do fato gerador, não procede uma vez que foi elaborada planilha, enviada ao preposto da empresa, através de diversos *e-mails*, fls. 35 e 36, oportunidade em que foram discutidas todas as autuações com demonstrativos detalhados, identificando o fato gerador da obrigação tributária com número da nota fiscal, chave de acesso, valores, emitente e destinatário.

Referente a cobrança do ICMS devido ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza, afirma que os cálculos foram feitos com base nas determinações contidas no Decreto nº 16.970/2016, art. 1º inc. I e art. 2º, assim como o art. 1º, § 1º da Lei nº 13.564/2016, todos reproduzidos.

Registra que a multa aplicada está de acordo com a Lei nº 7.014/96, art. 42, inc. II, alíneas “e” e “f”.

Conclui mantendo integralmente a autuação.

Em 28/01/2021 o processo foi convertido em diligência a INFAZ-CENTRO NORTE para que a autuante anexasse aos autos o TERMO DE INÍCIO DE FISCALIZAÇÃO, na forma prevista no art. 28, inc. I do

RPAF/99 e comprovasse a entrega ao contribuinte de cópia do DEMONSTRATIVO ANALÍTICO que dá suporte a exação, impresso e gravado em mídia.

Adicionalmente foi determinado que o órgão preparador verificasse o atendimento da solicitação e em seguida, caso não tenha sido possível comprovar a entrega do demonstrativo, deveria intimar o contribuinte a recebê-lo, com reabertura do prazo de defesa de sessenta dias, para nova impugnação.

Em cumprimento à diligência a autuante retorna aos autos, fls. 44 a 47, onde esclareceu que a intimação ao contribuinte foi feita por escrito, através de *e-mails*, datados de 03/03/2020 e 25/03/2020 direcionado ao seu preposto responsável, identificada como Sra. Ilana, conforme cópias anexadas, contendo a intimação para apresentar livros e documentos inclusive com a solicitação e autorização para retificar a EFD.

Diz que o contribuinte tomou ciência das intimações, fato que pode ser constatado através de mensagens trocadas e assim, entende que tais procedimentos se constituem em prova inequívoca da ciência do contribuinte que estava sob auditoria fiscal.

Quanto a comprovação de entrega dos demonstrativos analíticos, informa que a fiscalização foi encerrada em 20/03/2020 e devido as restrições por conta da pandemia do corona vírus, os demonstrativos foram enviados por *e-mail* em 23/03/2020, cujo recebimento foi confirmado pelo preposto da empresa, conforme mensagem impressa, fls. 56 e 57, afirmando inclusive que aguardaria o envio do Auto de Infração.

Ressalta que o cálculo do valor devido ao Fundo de Pobreza foi baseado nas informações fornecidas pelo contribuinte através da Escrituração Fiscal Digital – EFD, fl. 58, tendo sido encaminhado ao contribuinte a memória de cálculo, conforme mensagem, fl. 49

Frisa que relativamente a infração 02, os demonstrativos também foram enviados ao contribuinte com detalhamento de data, CNPJ, chave de acesso da nota fiscal, valor das operações e o ICMS devido, conforme mensagem transmitidas por *e-mails*, fls. 51 a 55, cujo recebimento foi confirmado.

É o relatório.

VOTO

O Auto de Infração em análise imputa ao sujeito passivo, duas infrações à legislação tributária, tempestivamente impugnadas. Uma decorrente da constatação pela autoridade fiscal da falta de recolhimento tempestivo do ICMS referentes a apuração do valor devido ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza e a outra pela falta de retenção e recolhimento do ICMS relativo a operações de vendas de mercadorias em operações internas.

A autuada encontra-se inscrita no Cadastro de Contribuintes do ICMS na condição NORMAL, exercendo a atividade econômica principal de fabricação de esquadrias de metal, além de outras secundárias como fabricação de embalagens de material plástico, de artefatos de material plástico para uso na construção, exceto tubos e acessórios, comércio atacadista de vidros, espelhos, vitrais e molduras e material de construção.

O contribuinte autuado, é habilitado no Programa DESENVOLVE, conforme Resolução nº 017/2013, publicada no Diário Oficial do Estado de 13/03/2013.

Preliminarmente a defesa argui nulidade do lançamento com fundamento no que dispõe o art. 18 do RPAF/99, que “...o Auto de Infração desprovido de formalidades legais, o mesmo se encontra maculado de nulidade insanável”.

Saliento o caráter genérico da arguição, por não ter a defesa apontado precisamente um fato que possa ser caracterizada a falta de formalidades legais, exceto, quando faz referência a segunda infração, alegando que a “sua descrição genérica, sem apontar com precisão cada fato gerador” o que segundo alega, o “impede que se determine com segurança a indigitada infração”.

Foi exatamente no sentido de assegurar a observância dos princípios que regem o processo administrativo fiscal, que na fase de análise, registro, etapa importante que deve ser desenvolvida pelo julgador administrativo com cuidado e zelo, que os membros desta Junta de Julgamento, decidiram converter o processo em diligência, visando sanar possíveis falhas formais no processo, identificadas por este relator, que cumprida pela autuante, restou demonstrado não haver falhas no âmbito das formalidades.

É cediço que a Constituição Federal em seu artigo 37, determina os princípios norteadores dos atos praticados pela Administração Pública: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Por seu turno, a Lei Federal nº 9.784/1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal e analogamente se aplica a todos, nos âmbitos da Administração Pública, seguindo essa premissa, assim determina:

Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Estes princípios encontram-se também contemplado no Decreto nº 7.629/99 – RPAF no seu art. 2º: “Na instauração, preparo, instrução, tramitação e decisão do processo administrativo e dos procedimentos administrativos não contenciosos, atender-se-á aos princípios da oficialidade, da legalidade objetiva, da verdade material, do informalismo e da garantia de ampla defesa, sem prejuízo de outros princípios de direito”.

Assim, resta patente que os atos administrativos devem estar legalmente amparados, motivados e devidamente formalizados, conforme as disposições contidas no Título IV, Capítulo I da Lei Federal nº 5.172/1966 – Código Tributário Nacional.

Uma das formalidades indispensáveis à validade do processo administrativo fiscal, consiste na presença de elementos probantes que atestem o cumprimento do disposto no art. 28 do RPAF/99, *in verbis*:

Art. 28. A autoridade administrativa que efetuar ou presidir tarefas de fiscalização para verificação do cumprimento de obrigação tributária lavrará, ou determinará que sejam lavrados, conforme o caso:

I - Termo de Início de Fiscalização, destinado a documentar o início do procedimento fiscal, com indicação do dia e hora da lavratura, devendo ser colhida a assinatura do intimado no instrumento ou em recibo, a menos que seja transcrito diretamente em livro do próprio contribuinte;

II - Termo de Intimação para Apresentação de Livros e Documentos, para que o sujeito passivo, seu representante legal ou preposto preste esclarecimento ou exiba elementos solicitados pela fiscalização, sendo que a emissão deste termo dispensa a lavratura do Termo de Início de Fiscalização;

A diligência determinada pela 2ª JJF, conforme já descrita linhas acima, solicitou que a autuante juntasse aos autos cópia do termo de início de fiscalização e comprovasse que os demonstrativos analíticos foram entregues ao contribuinte.

Em cumprimento ao quanto determinado, a autuante demonstrou que apesar de não ter procedido formalmente com a lavratura do termo de início de fiscalização, comprovou que o contribuinte foi devidamente cientificado que se encontrava sob ação fiscal, conforme correspondências trocadas entre o preposto fiscal e a representante da empresa, consoante cópias aportadas às fls. 48 a 57.

Considero que os *e-mails* trocados entre as partes demonstram claramente que a autuada teve conhecimento prévio do início da ação fiscal e considerando o que dispõe o art. 26, inc. III do citado RPAF/99, quanto ao início do procedimento fiscal, que pode ocorrer com a “*intimação, por escrito, ao contribuinte, seu preposto ou responsável, para prestar esclarecimento ou exibir elementos solicitados pela fiscalização*”, não havendo restrições que estas sejam formalizadas via correio eletrônico, desde que institucional, o que ocorreu no presente caso.

Quanto a alegação da falta de elementos que lhe permitiria identificar o fato gerador, observo que a autuante elaborou os demonstrativos analíticos, gravados no CD, fl. 10, com base nos registros

fiscais da própria autuada, extraídos da sua Escrituração Fiscal Digital – EFD, de forma clara, sucinta e didática com a identificação de todos os elementos necessários, permitindo que o fato gerador seja perfeitamente identificado, e quantificado o valor exigido na autuação.

Ademais, a autuante fez entrega ao contribuinte o citado demonstrativo analítico com as informações completas sobre os valores lançados, inclusive com registro da chave de acesso das notas fiscais, conforme informação em resposta a diligência cumprida na forma requerida, possibilitando dessa forma, o pleno exercício do contraditório e da defesa ampla.

Restou claro que no presente processo foi obedecido o devido processo legal, através do qual o contribuinte exerceu a ampla defesa e o contraditório, foram obedecidos os prazos legais e o levantamento foi realizado com base nas informações fiscais de sua EFD, inexistindo qualquer vício ou falha que macule de nulidade o Auto de Infração.

Pelo exposto, não acato a arguição de nulidade suscitada.

No mérito, a acusação fiscal contida na infração 01, refere-se ao ICMS não recolhido correspondente a 10% do incentivo fiscal em favor do Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza, tendo a autuante apurado o valor do depósito a menor do que determina o artigo 1º da Lei nº 13.564/2016, combinado com os artigos 1º, inc. I e 2º do Decreto nº 16.970/2016, determinando que tal depósito corresponde a 10% do valor do desconto do ICMS, obtido na data da liquidação antecipada da parcela do imposto cujo prazo tenha sido dilatado.

A defesa argumenta “...que a exigência de depósito de 10% ao Fundo de Combate Pobreza viola benefício fiscal, que encontra amparo constitucional, de sorte que a autuação se revela improcedente, de forma que requerer seja declarada a improcedência da presente autuação”, trazendo como suporte o disposto no art. 178 do CTN e afirmando que a cobrança de tal valor promove a violação à norma constitucional, assim como o entendimento do STF, explicitado na Súmula 544/STF.

Argui ainda, que tal posição visa prestigiar o seu direito adquirido na qualidade de titular do benefício fiscal e fazer valer o princípio da segurança jurídica, consagrado na Constituição Federal que veda expressamente a revogação de incentivos fiscais concedidos ao particular sob condição e por prazo certo.

Diz que a exigência se configura uma redução do benefício, na medida em que lhe impõe a obrigatoriedade do depósito de 10%, para poder usufruir do benefício de 90% na redução do recolhimento do ICMS devido.

Portanto, a Lei nº 13.564/2016 e o decreto que a regulamenta, violam seus direitos por entender que os benefícios fiscais concedidos por prazo certo e mediante o cumprimento de condições onerosas que foram observadas, pois realizou inúmeros investimentos, instalou novas fabricas, ampliou as instalações já existentes, não pode ter seus direitos tolhidos ou reduzidos.

Inicialmente cabe destacar que a habilitação ao Programa DESENVOLVE, concedida a autuada por decisão do Conselho Deliberativo do Programa, através da Resolução nº 17/2013, lhe permite usufruir os seguintes benefícios:

- 1 - Diferimento do lançamento e do pagamento do ICMS nas importações e nas aquisições neste Estado e em outra Unidade da Federação, relativamente ao diferencial de alíquotas, de bens destinados ao ativo fixo, para o momento de sua desincorporação;
- 2 - Dilação de 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;
- 3 – Concessão do prazo de 12 (doze) anos para fruição dos benefícios, contado a partir de 1º de março de 2013.

Tais benefícios foram concedidos nos termos da Lei nº 7.980/2001, regulamentada pelo Decreto nº 8.205/2002 e alterações, considerando o que consta do processo SICM nº 1100130000752, referente ao requerimento protocolizado pelo contribuinte.

Efetivamente trata-se de benefícios fiscais e financeiros na medida que não há dispensa de pagamento do imposto e sim, a postergação de 90% do imposto apurado no período, que deverá ser recolhido em até seis anos e diferimento do lançamento e do pagamento do ICMS nas importações e nas aquisições neste Estado e em outra Unidade da Federação no tocante ao ICMS-DIFAL.

Fato incontroverso, apoiado na apuração da autuante, revela que o contribuinte beneficiário do DESENVOLVE deixou de atender as condições estabelecidas na Lei nº 13.564/2016, que determinou como condição para concessão e manutenção de benefícios e incentivos fiscais ou financeiros relacionados ao ICMS, a comprovação de depósito, em favor do Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza – FECEP, instituído pela Lei nº 7.988/2001, do valor correspondente a 10% (dez por cento) do respectivo incentivo ou benefício.

É indubitável que o disposto na citada lei se aplica também aos benefícios e incentivos fiscais ou financeiros cuja fruição esteja em curso.

A Lei nº 13.564/2016, foi regulamentada pelo Decreto nº 16.970/2016 no seu artigo 1º, inc. I, assim determina:

Art. 1º A condição estabelecida na Lei nº 13.564, de 20 de junho de 2016, para fruição de benefício e incentivo fiscal ou financeiro somente será exigida dos contribuintes beneficiários dos programas a seguir indicados:

I - Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia - DESENVOLVE, instituído pela Lei nº 7.980, de 12 de dezembro de 2001;

Já o art. 2º, estabelece que “*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*”.

Do exame do demonstrativo analítico, fl. 07, verifico que a exação decorreu da constatação que o contribuinte beneficiário efetuou o pagamento antecipado do ICMS, com o desconto autorizado na Resolução 17/2013, por antecipação, sem, contudo, proceder ao recolhimento integral do percentual relativo ao FECEP. Assim, tal procedimento, em observância ao disposto no art. 2º da Lei nº 13.564/2016, implica na perda automática no mês de fruição, dos respectivos benefícios e incentivos fiscais ou financeiros:

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.

A instituição do Programa DESENVOLVE foi possibilitado pelo Convênio ICMS 42/2016, que autorizou os Estados e o Distrito Federal a criar condição para a fruição de incentivos e benefícios no âmbito do ICMS ou reduzir o seu montante.

O dispositivo acima transcrito, portanto, encontra-se respaldado no citado convênio, que no § 1º da Cláusula primeira, prevê que “*O descumprimento, pelo beneficiário, do disposto nos incisos I e II do caput por 3 (três) meses, consecutivos ou não, resultará na perda definitiva do respectivo incentivo ou benefício*.”, referindo-se a obrigatoriedade das empresas beneficiárias depositem no fundo de que trata a cláusula segunda o montante equivalente a, no mínimo, dez por cento do respectivo incentivo ou benefício ou a redução do seu montante.

A linha adotada pela defesa se pauta em arguições de ofensa a princípios constitucionais e ao art. 178 do CTN, que resultaria em inconstitucionalidade da legislação estadual e do Convênio ICMS 42/2016.

Nesse sentido, lembro das disposições contidas no art. 167, incisos I e III do RPAF/99, não se incluem na competência dos órgãos julgadores administrativos a declaração de inconstitucionalidade e a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior, de forma que sobre a questão deixo de manifestar, por não ser este o foro competente para a tratar a questão.

Quanto ao argumento de que “...a exigência de Depósito de 10% para o aludido fundo promove inequívoca violação ao art. 178 do CTN, que assegura direito líquido e certo ao contribuinte que teve deferido incentivo fiscal concedido sob condição e por prazo certo, sendo vedado ao Poder Público modificar as condições outrora fixadas.”, ressalto que a concessão do benefício fiscal concedido é individual, possui prazo de vigência podendo ser revogado conforme autorizado pelo convênio e consignado no art. 19 do Decreto nº 8.205/2002, *in verbis*:

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.

Sendo que o § 1º do artigo acima transcrito, prevê que “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”. Contudo, ressalto que o benefício fiscal do DESENVOLVE, não foi revogado. Apenas, nos meses em que se constatou a inadimplência do contribuinte, o benefício teria sido suspenso, fato que não encontra-se registrado nos autos.

É sabido que isenções tratadas no art. 178 do CTN, são aquelas onerosas que se sujeitam a prazo certo e, cumulativamente, a determinadas condições. Esta isenção, sim, não pode ser revogada, em face da segurança jurídica e do instituto do direito adquirido que correm em favor do contribuinte, conforme art. 5º, inc. XXXVI da Constituição Federal, abordada na Súmula 544 do STF.

Os benefícios do Programa DESENVOLVEM estão condicionados, desde o seu nascedouro, ao atendimento de exigências previstas na legislação, além dos investimentos relacionados na defesa. Em qualquer tempo, sendo verificado que o beneficiário não cumpriu uma dessas exigências condicionantes, não há como este contribuinte usufruir dos benefícios, descabendo a arguição de impossibilidade de sofrer tais restrições, pois quando pleiteou tais benefícios estava ciente dessas condicionantes e suas consequências, se não implementadas.

Assim sendo, não cabe a aplicação da Súmula 544 do STF, citada na defesa.

Ressalto que a infração 01 tem respaldo na Lei nº 13.564/2016, no Decreto 16.970/2016 e consequentemente, no Convênio ICMS 42/2016, cuja validade jurídica não pode ser contestada, tampouco apreciada neste foro administrativo.

Não tendo a autuado contestado o fato de não ter efetuado o depósito de 10% ao FECEP, a defesa com os argumentos postos, confirma que efetivamente tal obrigação não foi satisfeita, motivo pelo qual considero subsistente a infração 01.

Referente a infração 02, a defesa não trata do mérito, não apresenta argumentos, tampouco provas capazes de elidir a infração, portanto, cabe aplicar o que determina os artigos 140, 142 e 143 do citado RPAF/99:

Art. 140. 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. (...)

Art. 142. A recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária.

Art. 143. A simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.

Quanto a insurreição da autuada referente ao percentual da multa aplicada, que entende possuir caráter confiscatório, em afronta aos princípios constitucionais que regem o sistema tributário brasileiro, lembro que o RPAF/99, não autoriza a apreciação por parte dos órgãos julgadores administrativos de questões de inconstitucionalidade da legislação tributária, como dispõe expressamente no seu art. 167, inc. I.

Por derradeiro, friso que as multas de 60% sugeridas pela autuante encontram-se previstas no art. 42, inc. II, alíneas “e” e “f” da Lei nº 7.014/96, para as irregularidades apontadas no Auto de Infração, não cabendo a este órgão julgador administrativo negar a sua aplicação, sequer reduzi-la.

Pelo 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 **293873.0001/20-8**, lavrado contra **G. A. L. RIOS & CIA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$27.114,26**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inc. II, alíneas “f” e “e” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 19 de outubro de 2021.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS – RELATOR

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – JULGADOR