

A.I. Nº - 279697.0011/21-0
AUTUADO - FACCHINI S/A
AUTUANTES - LAUDELINO BISPO COSTA FILHO, LIANE RAMOS SAMPAIO e PATRÍCIA TEIXEIRA FRAGA
ORIGEM - DAT METRO/IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 27/07/2022

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0108-01/22-VD

EMENTA: ICMS. PROGRAMA DESENVOLVE. RECOLHIMENTO A MENOS. VALOR CORRESPONDENTE A 10% DO RESPECTIVO INCENTIVO OU BENEFÍCIO EM FAVOR DO FUNDO ESTADUAL DE COMBATE E ERRADICAÇÃO DE POBREZA. Contribuinte não comprova nos autos ter efetuado o pagamento das parcelas destinadas ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza (FUNCEP), condição para que pudesse usufruir do benefício fiscal do DESENVOLVE, instituído pela Lei nº 7.980/2011, regulamentada pelo Dec. nº 8.205/2002. Descumprimento pelo sujeito passivo das disposições do Dec. nº 16.970/2016. Rejeitada, em decisão não unânime, a preliminar de nulidade suscitada. Efetuada retificação na multa aplicada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 13/12/2021, exige ICMS no valor histórico de R\$ 7.132.195,39, mais multa de 100% tipificada no art. 42, inc. IV, alínea “j” da Lei nº 7.014/96, pela constatação da seguinte infração:

INFRAÇÃO 01 – 003.008.005 – Recolhimento a menor do ICMS em razão de uso indevido de incentivo fiscal, dilação de prazo para pagamento de ICMS, relativo às operações próprias, em desacordo com a legislação do DESENVOLVE, modificando as características essenciais da obrigação tributária principal, de modo a reduzir o montante do imposto devido, evitando, assim o seu pagamento, relativo ao período de janeiro a dezembro, de 2017 a 2020, e janeiro a outubro de 2021.

Enquadramento legal: art. 37 e 38 da Lei nº 7.014/96 c/com art. 1º do Decreto nº 8.205/2002.

No campo Descrição dos Fatos, consta o seguinte relato dos autuantes: *“Ressalte-se que durante o período auditado não foi efetuado nenhum pagamento relativo ao FUNCEP, resultando, no mesmo período, na perda do benefício do Desenvolve, consoante o disposto na Lei 13.564/2016”*.

Informa ainda na descrição da infração que *“Em conformidade com o determinado no Art.1º da Lei 13.564 de 20 junho de 2016, o contribuinte deixou de recolher e comprovar o depósito em favor do Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza, das quantias devidas aos exercícios de 2017, 2018, 2019, 2020 e 2021 (até o mês de outubro, inclusive) e, em decorrência disso passou a dever o ICMS desse período, sem direito a qualquer redução ensejada pelo Programa Desenvolve, excluídos os valores pagos antecipadamente sob o Código de Receita 2167”*.

“De acordo com o Inc. I do Art. 2º da Lei, resultará em ‘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 no caput do Art.1º desta Lei”.

“Os cálculos que estabelecem o valor devido para esta infração estão demonstrados em

planilhas eletrônicas, devidamente gravada em mídia ótica, que se torna parte integrante e indissociável do presente PAF”.

O contribuinte foi notificado do Auto de Infração em 21/12/2021 e ingressou com defesa administrativa em 25/02/2022, peça processual que se encontra anexada às fls. 16 a 37. A Impugnação foi formalizada através de petição subscrita por seu advogado, o qual possui os devidos poderes, conforme instrumento de procuração, constante nos Autos às fls. 38/39.

Em sua peça defensiva, a Impugnante inicialmente demonstra ter cumprido todos os requisitos de admissibilidade da defesa, transcreve a infração e os dispositivos legais apontados pelos autuantes.

Em seguida, pontua ser beneficiário do programa Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – DESENVOLVE, que lhe permite, dentre outros benefícios, a dilação do imposto devido por um período de até 72 meses ou o pagamento com desconto de até 90%, condicionado a uma série de investimentos e procedimentos por sua parte, como será demonstrado.

Lembra que o Programa DESENVOLVE, instituído pela Lei nº 7.980/2001, com efeitos a partir de 01/01/2002, objetiva o fomento e a diversificação da matriz industrial e agroindustrial, 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 da Bahia, regulamentado pelo Decreto nº 8.205/2002, que permite a concessão dos benefícios na forma de incentivo, previstos no art. 2º, copiado.

Assim, complementa que é permitido o diferimento do pagamento do tributo nas aquisições de bens destinados ao ativo fixo, nas operações de importação e nas aquisições internas, desde que produzidos neste estado, de partes, peças, máquinas e equipamentos, destinados a integrarem aos projetos industriais, dentre outros.

Acrescenta que o beneficiário poderá também não optar pela dilatação do pagamento do tributo estadual, mas fazer a liquidação antecipada da parcela do imposto cujo prazo tenha sido dilatado com desconto de até 90%.

Como contraprestação, o beneficiário deverá implantar indústria, expandir o parque industrial existente, reativar produção paralisada há mais de 12 meses, modernizar o processo industrial possibilitando o aumento da competitividade com ganho de escala, conquista de novos mercados, melhoria da relação insumo/produto e um menor impacto ambiental.

Informa que este foi o seu caso, haja vista que em 2010, foi habilitado nos termos do programa, para implantar uma fábrica de caçambas, furgões e carrocerias, sendo-lhe concedido os seguintes benefícios: (i) 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 em que ocorrer sua desincorporação; e, (ii) Dilação de prazo de 72 meses para pagamento do saldo devedor

Acrescenta que o benefício foi concedido pelo prazo de 12 anos, contado a partir de 01/10/2010, condicionado a fazer o aporte do montante de R\$ 5.683.834,96 na construção da fábrica situada em Simões Filho.

Declara ser uma empresa fundada em 1950, possui 10 fábricas com linhas integradas, 29 distribuidores no Brasil, 9 distribuidores no exterior e utiliza modernas tecnologias para produção, desenvolvimento e distribuição de implementos rodoviários para todos os segmentos de transportes nas categorias pesados, médios e leves.

Atua na produção de bens e tem uma abrangência econômica e social relevante ao empregar 77 colaboradores apenas na fábrica baiana, além de investir fortemente no capital intelectual de seus colaboradores e de suas famílias, habilitando-os para gestão de competências, gestão do conhecimento, capacitando seus funcionários para inovar em resultados, podendo dessa forma

desenvolver e reter talentos.

Assevera que sempre pagou seus tributos, cumprindo suas obrigações principais e acessórias, trazendo os investimentos, mas não pode se quedar diante de uma autuação fiscal que viola os mais mezinhos princípios da hermenêutica jurídica.

Aborda a criação do Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza – FUNCEP, criada pela Emenda Constitucional nº 31/2000, cujo financiamento seria decorrente do implemento de um adicional de até dois pontos percentuais na alíquota do ICMS, sobre os produtos e serviços supérfluos.

Cita que a Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 7.988, de 21/12/2001, que acrescentou o art. 16-A, onde se verifica que a única condição para que incidisse a tributação vinculada ao FUNCEP era a comercialização de determinados produtos elencados pela norma como supérfluos, a exemplo de bebidas alcoólicas, perfumes, joias, pólvora, armas, munições etc.

Acrescenta que Lei nº 7.980/2001 foi alterada pela Lei nº 8.967/2003, acrescentando o parágrafo único ao art. 2º, com efeitos a partir 01/01/2004, determinando que, para o cálculo da parcela incentivada, o contribuinte deverá excluir os dois pontos percentuais de acréscimo de alíquota que seria destinado ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza, onde conclui que esse acréscimo de dois pontos percentuais somente incidiria sobre a parcela não incentivada, quando houvesse.

Afirma que essa determinação perdurou até o advento do Convênio ICMS 42/2016, quando foram determinadas regras fazendo surgir a Lei nº 13.564/2016, criando uma nova hipótese de incidência para o tributo recolhido ao FUNCEP, ou seja, o estado da Bahia passou a condicionar a fruição de benefícios ou incentivos fiscais e financeiros ao recolhimento ao FUNCEP, incluído aí aqueles previstos no Programa DESENVOLVE, regulamentado pelo Decreto nº 16.970/2016, que definiu a forma de cálculo e o momento do recolhimento do adicional ao FUNCEP, determinando que a exigência de 10% do valor do benefício (valor dilatado) para o fundo a ser efetuado com base no valor do desconto do ICMS obtido na data da liquidação antecipada da parcela do imposto, cujo prazo tenha sido dilatado.

Ressalta não haver óbice legal para que o estado da Bahia estabeleça através de lei condicionantes para fruição de um benefício fiscal, ainda que de natureza onerosa. Entretanto, o problema que se discute é se seria possível atribuir efeitos para as empresas que já tinham o programa em curso, conforme prescrição contida no § 1º do art. 1º da Lei nº 13.564/2016, reproduzido.

Aduz, que dessa forma, foi criada uma penalidade pelo descumprimento do dispositivo legal, qual seja a perda do benefício no mês em que não houver o depósito, ou com a perda definitiva na hipótese de não fazer o depósito por três meses consecutivos ou não no intervalo de um ano.

Ao tratar dos princípios da hermenêutica, lembra que somente a lei poderia alterar a regra estabelecida por outra lei, podendo instituir novas hipóteses de incidência do tributo, fruição do benefício fiscal e penalização por descumprimento. Todavia, a norma somente poderia ser aplicada para fatos futuros, não havendo dúvidas de que essas novas regras somente poderiam incidir para as empresas beneficiárias do regime a partir de 20/06/2016, mas não poderia incidir para aquelas empresas que já estavam submetidas às regras anteriores do incentivo e que não poderiam ser alteradas para alcançar situações estabelecidas e contratos em curso.

Explana acerca da natureza jurídica do programa DESENVOLVE e conclui que do ponto de vista tributário, o benefício concedido é uma isenção tributária parcial, pois exige o beneficiário do pagamento de parte do ICMS que seria devido por outros contribuintes que não possuam o benefício. É uma isenção do tipo onerosa porque traz em seu corpo não apenas o benefício da dispensa legal do pagamento do tributo, mas também o ônus de uma contraprestação pecuniária vultosa do contribuinte como condição para sua fruição. Este, além de pagar o tributo na forma da lei incentivadora, deverá também promover com recursos próprios a instalação, reforma ou

modernização de instalações industriais. É caracterizada também por possuir um prazo determinado e condições estabelecidas.

Afirma que a resolução concedente tem natureza de contrato administrativo, porque ingressa no ordenamento jurídico como norma individual e concreta firmada entre o estado (ente tributante) e a empresa beneficiária (contribuinte administrado) em que se estipula o objeto, modo, forma, período e o momento de início e fim da avença, portanto, é um contrato bilateral, sinalagmático e comutativo, porquanto há uma reciprocidade de obrigações para os contratantes e não uma mera concessão gratuita de um benefício por parte do estado, sem qualquer contraprestação por parte do contribuinte.

Aponta ainda como principal característica do contrato, a sua execução que se prolonga no tempo, não podendo ser alterado unilateralmente.

Diserta acerca do direito adquirido ao benefício na forma do ato concedente, garantido pela Constituição Federal, art. 5º, inc. XXXVI, que a doutrina denomina direito adquirido como aquele definitivamente incorporado (pois, adquirido) ao patrimônio jurídico do titular (sujeito de direito), independentemente de já ter sido consumado ou não.

Assim, conclui que ao firmar com o estado da Bahia o compromisso de implantar uma indústria, investindo milhões de reais, teve em vista que, durante o período previsto na Resolução/Contrato concedente do DESENVOLVE, lhe seria garantido os benefícios lá consignados, salvaguardados de quaisquer mudanças que pudessem impactar o projeto em curso, conforme ensina Hugo de Brito Machado.

Transcreve o art. 178 do CTN, que diz confirmar o exposto quando se refere a isenção, vedando a revogação ou modificação por lei, a qualquer tempo, observado o disposto no inc. III do art. 104.

Adverte não se poder argumentar que a Lei nº 13.564/2016 e o Decreto nº 16.970/2016, não revogaram nem reduziram benefícios fiscais em face do disposto no art. 5º do referido decreto. Contudo, frisa haver uma redução indireta do benefício que altera o seu quadro de investimentos, tornando mais onerosa suas transações, além de ser uma grave violação ao princípio da estabilidade jurídica e ao direito adquirido.

Regista também que a Lei nº 8.666 de 21/06/1993, que instituiu normas para licitações e contratos da Administração Pública, determinou que essa espécie de contrato somente poderá ser alterada unilateralmente em certas condições, que enumera, não sendo este o caso da Lei nº 13.564/2016.

Recorre ao entendimento sumulado pelo Supremo Tribunal Federal na Súmula 544: “*Isenções tributárias concedidas, sob condição onerosa, não podem ser livremente suprimidas.*”

Conclui que o cumprimento da condição onerosa garante o direito adquirido do contribuinte, pelo prazo estabelecido, de não ver frustrada a sua expectativa de dispensa de pagamento do tributo, sendo vedado ao Fisco a possibilidade de revogação ou alteração do benefício fiscal concedido.

Reproduz ementas de julgados como: REsp 74.092/PE, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, primeira turma, julgado em 13/12/1995, DJ 04/03/1996, julgamento do processo nº 0515231-02.2017.8.05.0001 pelo Juiz da 3ª Vara da Fazenda Pública da comarca de Salvador.

Aponta que a sanção da perda do benefício na hipótese de descumprimento do depósito de 10% do valor da parcela incentivada mensalmente, originalmente criada pelo Convênio CONFAZ nº 42/2016 e incorporada na legislação baiana pela Lei nº 13.564/2016.

Afirma que a sanção se revela por demais draconiana, porquanto não exige do contribuinte o pagamento do adicional ao FUNCEP, mas do valor do ICMS calculado pela metodologia normal de apuração (sem o benefício), acrescido de multa que, no caso do presente auto, de 100% do valor do tributo não recolhido, além dos juros de mora.

Ressalta que a falta de pagamento do adicional ao FUNCEP gera como sanção a exigibilidade de um outro tributo, o ICMS normal.

Explica que apesar de causar surpresa, o Adicional ao FUNCEP é um novo tributo, distinto do ICMS, apesar de ter a mesma base de cálculo, porém, o próprio ordenamento jurídico tributário admite a existência de tributos distintos que tenham similar hipótese de incidência. O que difere um tributo do outro é a finalidade, ou seja, a vinculação do produto de sua receita.

Confirma que o Adicional ao FUNCEP tem a mesma hipótese de incidência do ICMS, sendo calculado no mesmo momento e da mesma forma, divergindo tão-somente pelo código de receita pelo qual é recolhido. Todavia, enquanto o ICMS não guarda vinculação, ou melhor, apenas as estritas vinculações listadas em nossa Constituição e é utilizado em essência para fazer frente às mais mezinhas despesas estatais, o Adicional recolhido, por sua vez, tem destinação e função específica.

Daí ser teratológico que o descumprimento do recolhimento de um tributo dê origem à exigibilidade de um outro, principalmente quando o emprego desses recursos tem finalidade diversa. Ao que parece o legislador estadual, ao estabelecer esse tipo de sanção, não pareceu se preocupar com o caixa do FUNCEP, mas com orçamento das inúmeras despesas estatais.

Adverte não se interpretar que a perda do benefício no mês em que não houver o recolhimento do adicional ao FUNCEP não teria natureza sancionatória e que seria, em verdade, uma renúncia do benefício por parte do contribuinte, cujo tema diz já ter sido discutido no CONSEF que a determinação da perda do benefício estipulada por norma é uma sanção pelo descumprimento de um dever jurídico, citando os votos nos recentes julgados dos processos nº 087461.0003/18-0 e 2991310002/18-6, sobre igual tema, onde o caráter sancionatório da perda do benefício está evidenciado e a falta de pagamento do Adicional ao FUNCEP não importa em renúncia aos benefícios do programa.

Conclui restar claro que sanção da perda do benefício é completamente desarrazoada quando se compara o valor não recolhido a título de adicional ao FUNCEP e importe de ICMS requerido no mesmo período. Para se ter uma dimensão dessa distância, o presente Auto de Infração exige um valor histórico de R\$ 7.132.195,39, a título de ICMS, quando o valor não recolhido a título de Adicional ao FUNCEP ficou na ordem de R\$ 694.548,63. E o pior é que ao refazer a apuração do DESENVOLVE no período fiscalizado de janeiro de 2017 a outubro de 2021, em conformidade com a Instrução Normativa nº 27/2009, foi possível constatar que o contribuinte terminou por recolher de forma equivocada o importe de R\$ 1.803.548,52 a mais a título de ICMS normal (não incentivado).

Sinaliza que o valor recolhido a maior de ICMS por não aproveitar por completo a redução a que tinha direito, fez com que pagasse ICMS de forma equivocada em montante muito superior ao exigido a título de Adicional ao FUNCEP, o que deverá ser levado em consideração para se for o caso, convolar o recolhimento a maior que efetuou em Adicional ao FUNCEP.

Quanto a multa, diz ser tão pesada, que impede, inclusive, a sua redução em caso de reconhecimento e pagamento do Auto de Infração por parte do contribuinte, revela-se nitidamente absurda, porquanto não há qualquer comprovação de dolo, fraude ou simulação de sua parte.

Argumenta que o simples ato de não recolher o tributo não configura fraude, pois se assim fosse não haveria previsão legal de imposição de multa em valor inferior a 100%. De fato, na maioria das vezes em que há a falta de recolhimento ou de recolhimento a menor, a situação é normalmente causada por mero equívoco do contribuinte na apuração do tributo, por esquecimento, por dúvida na aplicação da norma ou até mesmo por falta do recurso financeiro para pagar o tributo e, em nenhuma dessas hipóteses, há a presunção legal de que o contribuinte tenha envidado meios fraudulentos para se abster do recolhimento do tributo devido.

Ressalta não haver qualquer fato ou ato comissivo ou omissivo do contribuinte que pudesse ensejar uma fraude em seus registros contábeis que justificasse a penalização de 100% da multa.

Requer a recepção e o processamento da presente impugnação para que, ao final, seja

determinada em relação ao Auto de Infração:

1. A improcedência, uma vez que a norma que dá suporte a infração se encontra em desconformidade com o ordenamento jurídico vigente, ao violar o direito adquirido do contribuinte à manutenção da sua Resolução do DESENVOLVE, na forma estipulada pelo ato concessivo;
2. A improcedência, uma vez que a norma sancionadora da perda do benefício não lhe podia ser aplicada, porquanto o fato ensejador da sanção - recolhimento do Adicional ao FUNCEP - não estava estipulado na Resolução concessiva dos benefícios do DESENVOLVE em 05/10/2010, quando o pacto foi firmado pelas partes;
3. Na hipótese de se entender pertinente a acusação fiscal, que se declare extinta a obrigação tributária, com a convalidação para o FUNCEP dos importes de ICMS normal recolhidos a maior pelo contribuinte em virtude do não aproveitamento da redução prevista no programa DESENVOLVE;
4. E em qualquer hipótese, que se declare a insubsistência da multa aplicada de 100% do valor do tributo não recolhido, por não se constatar qualquer ação ou omissão fraudulenta.

Os autuantes prestaram a informação fiscal à fl. 70 (frente e verso), inicialmente fazendo um breve resumo dos pedidos da defesa,

Aduzem que o presente Auto foi lavrado em absoluta consonância com a Lei nº 13.564/2016, regulamentada pelo Decreto nº 16.970/2016, que estabelece as condições para a fruição dos benefícios e incentivos fiscais ou financeiros que resultem em redução do valor a ser pago de ICMS, destinando 10% desse “ganho financeiro” ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza - FUNCEP.

Acrescentam que o citado decreto estabelece, ainda, que o descumprimento das condições previstas, ou seja, a não efetivação do respectivo depósito ao FUNCEP, resultará na perda automática do direito à utilização do benefício.

No que se refere ao questionamento defensivo sobre a multa aplicada, reconhecem que de fato a infração deverá ser enquadrada no código 003.002.018, cuja multa é de 60%.

Concluem pela procedência total do presente Auto de Infração.

Na sessão de julgamento, por videoconferência, foi realizada sustentação oral pelo advogado, Dr. Paulo Sérgio Barbosa Neves OAB/BA 16.707.

Por ocasião da sustentação oral o patrono do autuado acrescentou que em recente julgamento da mesma empresa, em processo idêntico, onde apenas difere quanto ao período dos fatos geradores, a 2ª JJF (A.I. 279697.0013/21-3), decidiu pela nulidade da autuação, tendo em vista a desconformidade entre o enquadramento da infração e a pretensão fiscal.

Solicitou, ainda, a retirada da alegação, feita na impugnação, de que houve pagamento a maior a título de ICMS normal.

VOTO VENCIDO (preliminar de nulidade)

O presente Auto de Infração acusa o recolhimento a menos do ICMS, em razão de uso indevido de incentivo fiscal, dilação de prazo para pagamento de ICMS, relativo às operações próprias, em desacordo com a legislação do DESENVOLVE, modificando as características essenciais da obrigação tributária principal, de modo a reduzir o montante do imposto devido, evitando, assim o seu pagamento.

Tal exigência se fundamenta no descumprimento do previsto no art. 1º do Decreto nº 8.205/2002, ou seja, contrariou os objetivos e fundamentos do programa e nos artigos 37 e 38 da Lei nº 7.014/96.

O sujeito passivo atua na atividade econômica da fabricação de cabines, carrocerias e reboques

para caminhões, estabelecido no município de Simões Filho-BA, é inscrito no Cadastro Estadual na condição Normal, habilitada a usufruir dos benefícios do Programa DESENVOLVE, desde a vigência da Resolução do Conselho Deliberativo do Desenvolve nº 156/2010, publicada no Diário Oficial de 14/10/2010.

Verifico que a memória de cálculo, às fls. 08 a 12, foi elaborada pelos autuante de forma objetiva e sucinta, contendo os dados e informações necessárias para a cognição da acusação, onde, fica claro que o lançamento exige o ICMS referente à parte da parcela dilatada, não recolhida pelo contribuinte em virtude de ter deixado de *“recolher e comprovar o depósito em favor do Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza, das quantias devidas aos exercícios de 2017, 2018, 2019, 2020 e 2021 (até o mês de outubro, inclusive) e, em decorrência disso passou a dever o ICMS desse período, sem direito a qualquer redução ensejada pelo Programa Desenvolve, excluídos os valores pagos antecipadamente sob o Código de Receita 2167”*.

Entretanto a infração imputada ao contribuinte, que está objetivamente declarada e explicitada, acusa o uso indevido de incentivo fiscal, por parte do contribuinte, qual seja, a dilação de prazo para pagamento de ICMS, relativo às operações próprias, em desacordo com a legislação do Programa DESENVOLVE, modificando as características essenciais da obrigação tributária principal, de modo a reduzir o montante do imposto devido, evitando, assim o seu pagamento.

Deve se ressaltar, que esta prática, inclusive, tem características de fraude, tanto assim que a multa proposta para tal infração, é de 100% do valor do imposto não recolhido ou recolhido a menos.

Destarte, nota-se claramente que a infração imputada ao contribuinte não se coaduna com os fatos descritos pelos autuantes, uma vez que não houve recolhimento a menor do ICMS em razão do uso indevido de incentivo fiscal, mas pelo descumprimento de uma condicionante para o usufruto do benefício de redução do valor da parcela dilatada, quando recolhida antecipadamente, ou seja o contribuinte não teria atendido as condições estabelecidas na Lei nº 13.564/2016, que dispõe acerca da condição para concessão e manutenção de benefícios e incentivos fiscais ou financeiros relacionados ao ICMS.

No caso em análise, segundo informam os próprios autuantes, não houve a comprovação, por parte do contribuinte beneficiário, do depósito em favor do Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza – FUNCEP, quando antecipou o pagamento da parcela dilatada, com o desconto de 90% a que teria direito, se efetuado o depósito ao fundo.

Registro que o FUNCEP foi instituído pela Lei nº 7.988/2001, com o objetivo de viabilizar à população do estado o acesso a níveis dignos de vida cujos recursos serão aplicados em ações suplementares de nutrição, habitação, educação, saúde, reforço da renda familiar e outros programas de relevante interesse social voltados para melhoria da qualidade de vida. Dentre as fontes de financiamento deste fundo, a lei estabeleceu também o produto da arrecadação equivalente a dois pontos percentuais adicionais à alíquota do ICMS incidentes sobre os produtos e serviços especificados no art. 16, da Lei nº 7.014/96.

O Decreto nº 16.970/2016 ao regulamentar a Lei nº 13.564/2016, condicionou a fruição de benefício e incentivo fiscal ou financeiro pelos contribuintes habilitados no Programa DESENVOLVE a efetuarem depósito em favor do FUNCEP de montante correspondente a 10% (dez por cento) do valor do benefício usufruído, cujo cálculo é efetuado com base no valor do desconto do ICMS obtido na data da liquidação antecipada da parcela do imposto cujo prazo tenha sido dilatado.

Dessa forma, a autuação decorre de ter a fiscalização constatado que o contribuinte efetuou o pagamento antecipado do ICMS, com o desconto determinado pela Resolução em vigor, por antecipação, sem, contudo, efetivar o recolhimento do percentual relativo ao FUNCEP, portanto em desacordo com a infração descrita, que deveria ter o código 003.002.018, cuja multa corresponde a 60%, como admitem os próprios autuantes na informação fiscal.

A multa proposta na presente autuação no percentual de 100% do imposto, prevista no art. 42, inc.

IV, alínea “j” da Lei nº 7.014/96, como já mencionado, é aplicada em práticas características de fraude, o que não é o caso dos autos, já que a infração decorreu do descumprimento de uma condicionante ao usufruto do benefício sem características de fraude, mesmo porque não existe, nos autos, prova de tais práticas.

Pontuo que descabe a tese defensiva de inconstitucionalidade e ilegalidade da lei estadual que instituiu a exigência do depósito ao FUNCEP, todavia, o impugnante ao trazer como suporte à sua tese defensiva, se vale de dois julgamentos cuja matéria é exatamente aquela contida na tipificação da infração (Acórdãos CJF nº 0155-12/20-VD e CJF nº 0177-12/19).

Vale ainda frisar, que os autuantes na informação fiscal, fl. 70 (verso), reconhecem que a infração deveria ter sido enquadrada no código 003.002.018, cuja multa correspondente é de 60%”, o que demonstra de forma clara a incongruência entre a infração constante na autuação e os fatos descritos no próprio Auto de Infração.

Destaco que a infração de código 003.002.018 que tem a seguinte descrição: *Recolhimento a menos do ICMS em razão do uso indevido de benefício ou incentivo fiscal ou financeiro decorrente do não recolhimento do valor correspondente a 10% do respectivo incentivo ou benefício em favor do Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza*, é a apropriada para imputação feita no presente processo.

Cito, ainda, que no Acórdão nº 0104-01/20-VD, prolatado por esta JJF, no qual a acusação também tem o código 003.008.005, onde apesar de não cobrar valores do FUNCEP, aponta divergências entre a infração e a descrição dos fatos, foi decidido pela nulidade da autuação, baseando-se também na divergência entre a acusação e a descrição dos fatos, conforme trechos do voto que colaciono abaixo:

No Auto de Infração contém um campo destinado à imputação, à infração, à descrição do cometimento, o enunciado principal, determinando o fulcro da autuação. Ainda contém um campo denominado “descrição dos fatos”, que se destina à especificação das circunstâncias que envolvem os fatos apurados, ou seja, neste campo são informados os dados acessórios ou prestadas as informações complementares que não deve apresentar divergência com aquele que constitui o enunciado principal constante no campo “infração”.

[...]

Quanto à possibilidade de mudança no fulcro da autuação, observo que tal mudança não é admitida no lançamento tributário, haja vista que, depois de realizado o lançamento e se conclui que o fato era outro, e não aquele imputado ao sujeito passivo, impõe-se a anulação do lançamento para que, mediante nova ação fiscal, seja renovado o procedimento a salvo dos vícios, considerando que a irregularidade citada pelo autuante não constou no lançamento original. Trata-se de vício insanável sem possibilidade de correção posterior.

Por fim, apesar de não vincular a decisão desta JJF, em recente julgamento da mesma empresa, em processo idêntico, onde apenas difere quanto ao período dos fatos geradores, a 2ª JJF (A.I. 279697.0013/21-3), decidiu pela nulidade da autuação, tendo em vista a desconformidade entre o enquadramento da infração e a pretensão fiscal.

Diante de tudo exposto, e considerando que o equívoco incorrido pelos autuantes não pode ser sanado mediante diligência fiscal, já que implica em mudança de fulcro da autuação, considero nula essa ocorrência, com base no art. 18, inciso IV, alínea “a”, do RPAF/99.

Do exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração, recomendando à autoridade competente a repetição dos atos, a salvo de falhas, para que se apure possível crédito tributário em favor da Fazenda Pública Estadual, observando o prazo decadencial, como preceitua o art. 21, do RPAF/99.

Quanto ao mérito, considerando que a nulidade acatada pelo relator, foi superada pelos demais julgadores, em decisão por maioria, adentraremos no mérito da autuação nos termos a seguir.

Da análise dos elementos constantes nos autos, verifico se tratar o lançamento efetivamente de exigência do imposto que o contribuinte deixou de recolher em favor do Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza, relativo aos exercícios de 2017, 2018, 2019, 2020 e 2021 (até o mês de outubro, inclusive) e, em decorrência disso passou a dever o ICMS desse período, sem direito a qualquer redução ensejada pelo Programa Desenvolve, excluídos os valores pagos

antecipadamente sob o Código de Receita 2167.

De acordo com o Inc. I do art. 2º da Lei 13.564 de 20 junho de 2016 resultará em ‘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 no caput do art.1º da Lei supracitada.

O Decreto 16.970 de 19 de agosto de 2016 ao regulamentar a Lei nº 13.564, assim determina em seu artigo 1º:

“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 artigo 2º, assim estipula:

“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.”

A autuação decorre, pois, em função de o contribuinte autuado ter efetuado o pagamento antecipado do ICMS, com o desconto determinado pela Resolução em vigor, por antecipação, sem, contudo, efetivar o recolhimento do percentual relativo ao fundo de combate à pobreza (FUNCEP).

Em atenção ao disposto na Lei 13.564/2016, no seu artigo 2º, o descumprimento do recolhimento do valor correspondente a 10% do respectivo incentivo ou benefício, em favor do FUNCEP, resulta na perda automática, no mês de fruição dos respectivos benefícios e incentivos fiscais ou financeiros.

E tal Lei, e o consequente Decreto acima enumerados, decorrem da celebração do Convênio ICMS 42/2016, o qual 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.

Dessa forma, descabe o argumento defensivo de que a norma que dá suporte a infração se encontra em desconformidade com o ordenamento jurídico vigente, ao violar o direito adquirido do contribuinte à manutenção da sua Resolução do DESENVOLVE, na forma estipulada pelo ato concessivo em 05/10/2010.

Ademais, lembro das disposições contidas no artigo 167 do RPAF/99, em seus incisos I e III, segundo os quais:

“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.”

Vale acrescentar que a concessão do benefício fiscal contido no programa Desenvolve é individual, personalíssima, possui prazo de vigência, entretanto, a mesma pode ser revogada, fato que também vai de encontro a tese defensiva de que teria direito adquirido, e que a norma sancionadora da perda do benefício não lhe podia ser aplicada, nas circunstâncias que envolvem o presente PAF.

Isso diante do fato de que, na forma da sua Lei instituidora e o respectivo Regulamento, existe a possibilidade de revogação do benefício, a se verificar a redação do artigo 19 do Decreto 8.205/2002:

“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.

§ 1º - 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;
§ 2º - *O cancelamento a que se reporta este artigo dar-se-á por Resolução do Conselho Deliberativo com fundamento em parecer da Secretaria Executiva.*”

De outra banda, não se pode falar acerca de ilegalidade da legislação, vez que, o Convênio celebrado entre os Estados e o Distrito Federal possui o respaldo legal previsto no artigo 100 do CTN:

“Art. 100. São normas complementares das leis, dos tratados e das convenções internacionais e dos decretos: (...)

IV - os convênios que entre si celebrem a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.”

Da determinação prevista no Convênio ICMS 42/2016, decorreram a Lei nº 13.564 e o Decreto 16.970, os quais sustentam e respaldam o lançamento, possuindo, pois, a necessária base legal, sendo que a discussão acerca da constitucionalidade de qualquer dos mencionados instrumentos legais e normativos não se encontra afeita a esta instância administrativa, conforme já pontuado anteriormente.

Vale, ainda, destacar que os fatos geradores que foram objeto da presente exigência incluem o período de 2017 a 2021, e a Lei e o Convênio, acima citados, que incluíram a exigência do percentual de 10% do valor do benefício usufruído pelo DESENVOLVE, a ser depositado em favor do FUNCEP, são datados de 2016.

Desta maneira, a resolução da lide se encontra, neste momento na busca da verdade material, ou seja, se houve ou não o recolhimento da parcela devida a título de Fundo de Combate à Pobreza, o que, diante das colocações postas na peça defensiva, comprova que, efetivamente, tal obrigação não foi satisfeita.

Ao assim agir, o contribuinte não conseguiu se opor à acusação fiscal, motivo pelo qual o lançamento se apresenta como inteiramente subsistente.

Todavia, a multa imposta pelo autuante dever ser alterada para 60% prevista no artigo 42, inciso II, alínea “f”, da Lei 7.014/96, tendo em vista que não há comprovação de fraude no procedimento do autuado.

De tudo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, em função da retificação efetuada na multa, que passa de 100% (art. 42, inciso IV, alínea “j” da Lei 7.014/96) para 60% (art. 42, inciso II, alínea “f” da Lei 7.014/96).

VOTO VENCEDOR (quanto a preliminar de nulidade)

Não concordo com a nulidade do auto de infração decretada pelo relator sob a argumentação de que a infração imputada ao contribuinte não se coaduna com os fatos descritos pelos autuantes. Para justificar tal posição, o relator apenas considerou uma pequena parte do texto que compõe o campo “descrição dos fatos” e “descrição da infração”, conforme a seguir:

Recolhimento a menor do ICMS em razão de uso indevido de incentivo fiscal, dilação de prazo para pagamento de ICMS, relativo às operações próprias, em desacordo com a legislação do DESENVOLVE, modificando as características essenciais da obrigação tributária principal, de modo a reduzir o montante do imposto devido, evitando, assim o seu pagamento.

Esse texto acima reproduzido é muito genérico e pode servir para qualquer tipo de infração relacionada com a apuração do imposto por contribuinte beneficiário do DESENVOLVE. O texto que complementa a descrição dos fatos e a descrição da infração traz de forma clara a infração cometida pelo autuado, não deixando margem de dúvida que pudesse cercear o direito de defesa do contribuinte, conforme trecho a seguir constante do relatório:

No campo Descrição dos Fatos, consta o seguinte relato dos autuantes: *“Ressalte-se que durante o período auditado não foi efetuado nenhum pagamento relativo ao FUNCEP, resultando, no mesmo período, na perda do benefício do Desenvolve, consoante o disposto na Lei 13.564/2016”.*

Informa ainda na descrição da infração que *“Em conformidade com o determinado no*

Art.1º da Lei 13.564 de 20 junho de 2016, o contribuinte deixou de recolher e comprovar o depósito em favor do Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza, das quantias devidas aos exercícios de 2017, 2018, 2019, 2020 e 2021 (até o mês de outubro, inclusive) e, em decorrência disso passou a dever o ICMS desse período, sem direito a qualquer redução ensejada pelo Programa Desenvolve, excluídos os valores pagos antecipadamente sob o Código de Receita 2167”.

O equívoco cometido pelos autuantes na determinação do percentual da multa aplicada também não se constitui em erro insanável. Aliás, cumpre a essa Junta de Julgamento o dever da sua correção durante o julgamento, de forma que seja aplicada o percentual de 60%.

O auto de infração que resultou no Acórdão nº 0104-01/20-VD, citado pelo relator, não possuiu descrição da infração e dos fatos com a clareza trazida neste auto de infração, não podendo servir de comparação para o presente julgamento. Assim, concluo pela rejeição da arguição de nulidade do auto de infração pela inexistência de prejuízo do contribuinte na compreensão da infração acusada.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **279697.0011/21-0**, lavrado contra **FACCHINI S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 7.132.195,39**, acrescido da multa de 60%, prevista na alínea “f” do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96, e os acréscimos legais.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 21 de junho de 2022.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA – RELATOR/VOTO VENCIDO (preliminar de nulidade)

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ - JULGADOR/VOTO VENCEDOR (preliminar de nulidade)