

A. I. N° - 279697.0006/22-5
AUTUADO - JAIRO FLORES DA SILVA
AUTUANTES - LAUDELINO BISPO COSTA FILHO, LIANE RAMOS SAMPAIO e PATRÍCIA TEIXEIRA FRAGA
ORIGEM - DAT METRO/IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 05/07/2023

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF N° 0091-01/23-VD**

EMENTA: ICMS. BENEFÍCIO FISCAL. FUNDO ESTADUAL DE COMBATE À POBREZA. RECOLHIMENTO DO IMPOSTO A MENOS. Existência de liminar em Mandado de Segurança impetrado. A escolha da via judicial pelo sujeito passivo implica renúncia à discussão da lide na esfera administrativa, devendo o PAF ser remetido à PGE/PROFIS para controle da legalidade e adoção das medidas cabíveis, conforme art. 126, do COTEB. Defesa do Auto de Infração **PREJUDICADA**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 10/03/2022, refere-se à exigência de ICMS no valor histórico de R\$401.763,49, mais multa de 60%, em decorrência da seguinte imputação:

Infração 01 - 003.002.018: Recolhimento a menor do 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, nos meses de janeiro, fevereiro, abril, maio, julho a outubro e dezembro de 2017; janeiro a março, maio, julho, agosto, outubro e dezembro de 2018; janeiro e março a dezembro de 2019; janeiro, fevereiro e outubro a dezembro de 2020.

“O contribuinte não efetuou nenhum pagamento relativo ao FUNCEP, resultando, no mesmo período - 2017 a 2020, na perda do benefício do DESENVOLVE, consoante o disposto na Lei 13.564/2016. Para o cálculo da cobrança do imposto devido foi abatido o valor pago sob o Cód.2167, cuja planilha segue anexa ao presente Auto”.

Enquadramento Legal: artigos 2º e 24 a 26 da Lei nº 7.014/96; Lei nº 13.564/16 e Decreto nº 16.970/16.

Multa Aplicada: Art. 42, II, “f” da Lei 7.014/96.

O contribuinte tomou ciência do Auto de Infração em 11/04/22 (DT-e à fl. 10), e ingressou tempestivamente com defesa administrativa em 30/05/22, peça processual que se encontra anexada às fls. 12 a 22. A Impugnação foi formalizada através de petição subscrita por seu advogado, o qual possui os devidos poderes, conforme instrumento de procura constante nos Autos à fl. 23.

A Impugnante inicia sua peça defensiva fazendo um breve resumo sobre a acusação fiscal que deu origem ao Auto de Infração.

Em seguida argui a necessidade de sobrerestamento do processo administrativo até o trânsito em julgado do processo judicial.

Esclarece que a matéria em debate vem sendo enfrentada a sobeja no âmbito do judiciário baiano, prevalecendo o entendimento de que a Lei Estadual nº 13.564/16, que trouxe mudanças substanciais nos incentivos concedidos, impõe o depósito do valor correspondente a dez por cento do incentivo ou benefício em favor do Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza, não pode ser aplicada ao beneficiário que teve sua concessão antes da indigitada alteração, razão pela qual, assevera que de acordo com a inteligência do art. 178 do CTN e da

súmula 544 do STF, a aplicação das normas constantes neste diploma legal representa grave violação aos direitos do Contribuinte.

Nessa esteira, traz à colação decisão exarada pelo TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA no AGRAVO DE INSTRUMENTO n. 8027290-38.2020.8.05.0000, bem como no AGRAVO INTERNO n. 8012383-92.2019.8.05.0000.1.

Na sequência diz que, por cautela, caso este órgão julgador entenda pelo não sobrerestamento do referente processo, passa a abordar o mérito da questão.

Considera que a cobrança do fundo estadual de combate e erradicação da pobreza instituído depois da concessão do programa desenvolve, como condição para fruição do benefício, é indevida.

Expõe que em 28/10/2014, ingressou no programa Desenvolve, conforme a Resolução do Conselho Deliberativo do Programa nº 102/2014 (DOC.04) e que, segundo tal instrumento, o contribuinte passaria a gozar dos incentivos fiscais previstos nos incisos I e II do art. 2º da Lei Estadual nº 7.980/2001, tendo prazo certo, com base no art. 6º do mesmo diploma.

Aduz que, contudo, em 21/06/2016, foi publicada no Diário Oficial do Estado a Lei Estadual nº 13.564/2016 que instituiu condição para concessão e manutenção de benefícios e incentivos fiscais relacionados ao ICMS.

Acrescenta que segundo o art. 1º desta legislação, a fruição das benesses fiscais ficaria condicionada ao cumprimento pelo contribuinte beneficiário da comprovação de depósito em favor do Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza, instituído pela Lei nº 7.988/2001 no valor correspondente a 10% do respectivo benefício/incentivo (DOC.05).

Ainda sobre o art. 1º da Lei 13.564/2016, menciona que o seu §1º autorizou o fisco a aplicar a alteração, inclusive, aos benefícios e incentivos cuja fruição já estivesse em curso, ficando ainda, conforme §2º, a cargo do Chefe do Executivo estabelecer o procedimento para cálculo e recolhimento do valor do depósito previsto no caput.

Entretanto, considera que a conduta perpetrada pelo Fisco Estadual é indevida, entendendo que a Lei Estadual 13.564/2016, ao contrário do que aparenta, institui novo tributo e descharacteriza o ICMS ao determinar vinculação de sua receita, ainda que parcial, a um fundo social.

Salienta que, à época da concessão do benefício do DESENVOLVE, o Contribuinte logrou cumprir as condições elencadas no art. 9º do Decreto Estadual nº 8.205/2002, este que regulamenta o sobreresto programa, pelo que considera que a nova condição imposta pela Administração Pública é completamente desarrazoada.

Enfatiza que a irresignação exposta tem por fundamento o quanto previsto nos dispositivos já mencionados, bem como no art. 178, CTN e Súmula 544 do Supremo Tribunal Federal.

Ainda sobre o referido Decreto Estadual nº 8.205/2002, transcreve o capítulo V, pontuando que o mesmo traz os artigos 16 a 19 que cuidam dos deveres e sanções aos quais os contribuintes participantes do Desenvolve ficam sujeitos.

Assinala ser notório que a Lei Estadual nº 13.564/16, que trouxe mudanças substanciais nos incentivos concedidos, impõe o depósito do valor correspondente a dez por cento do incentivo ou benefício em favor do Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza, entrou em vigor dois anos depois da habilitação do Impetrante no Programa indigitado, razão pela qual, de acordo com a inteligência do art. 178 do CTN e da súmula 544 do STF, afirma que a aplicação das normas constantes neste diploma legal representa grave violação aos direitos do Contribuinte.

Visando amparar o entendimento externado, colaciona, ainda, trecho do Mandado de Segurança Coletivo nº 0561116-73.2016.8.05.0001, além da decisão da Quinta Câmara Cível, do REEX: 05044743520168050113.

Ao final, pleiteia o sobrerestamento do presente feito até o trânsito em julgado do processo, e que

caso assim não entenda este Conselho, requer seja reconhecida a improcedência do Auto de Infração, pelas razões já delineadas.

Na informação fiscal, à fl. 44, os autuantes aduzem que, ante a concessão da liminar em Mandado de Segurança, cuja cópia foi anexada aos autos, lhes resta concordar com a defesa do contribuinte no que tange à manutenção dos benefícios concedidos ao Autuado pelo Programa Desenvolve, sobrestando a cobrança do referido imposto até o trânsito em julgado do processo judicial.

Esteve presente a sessão de julgamento o Advogado Antonio de Albuquerque OAB/BA Nº17.261.

VOTO

Trata o Auto de Infração de recolhimento a menor do 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,

O autuado ingressou no programa Desenvolve, conforme a Resolução do Conselho Deliberativo do Programa nº 102/2014, passando a gozar dos incentivos fiscais previstos nos incisos I e II do art. 2º da Lei Estadual nº 7.980/2001.

A Lei 13.564, de 20 de junho de 2016, dispõe a 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, 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.

Isto se aplica inclusive, em relação aos benefícios e incentivos fiscais ou financeiros cuja fruição esteja em curso.

O Decreto nº 16.970 de 19 de agosto de 2016 que regulamenta a Lei nº 13.564, entrou em vigor a partir de 01/09/2016, produz efeitos até 31 de dezembro de 2018, estipula no Art 1º, que a condição estabelecida na lei, somente será exigida dos contribuintes beneficiários dos programas de DESENVOLVE, e de créditos presumidos previstos no Decreto nº 6.734, de 09 de setembro de 1997.

Para os beneficiários do DESENVOLVE, o cálculo do percentual de 10%, do valor do benefício usufruído a ser depositado em favor do Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza, 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.

Ocorre que o contribuinte ingressou com o Mandado de Segurança com Pedido de Medida Liminar nº 0583356-56.2016.8.05.0001, cuja Decisão Interlocutória da 3ª Vara da Fazenda Pública, deferiu a liminar, fls. 26/31, no sentido de determinar que as autoridades coatoras abstenham-se de exigir para fruição do Desenvolve, pela impetrante, a comprovação do depósito de 10% do valor do benefício usufruído, conforme previsto na Lei nº 13.564/2016, bem como abstenham-se de excluir a impetrante do Desenvolve, desde que as condições estabelecidas por ocasião da habilitação sejam observadas.

De acordo com o entendimento pacificado deste CONSEF, em matérias semelhantes e, consoante o disposto no artigo 126, do COTEB – Código Tributário do Estado da Bahia e no artigo 117, do RPAF/99, “a propositura de medida judicial pelo sujeito passivo importa a renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa ou a desistência da impugnação ou recurso acaso interposto”.

Assim, a escolha pelo Contribuinte pela via judicial, importa em desistência da defesa pela via administrativa, situação na qual, o processo deve ser encaminhado à PGE/PROFIS, para controle da legalidade e adoção das medidas cabíveis, inclusive, acompanhamento do processo no âmbito do judiciário.

Ressalto ainda que, conforme disposto no Art. 167, I a III do RPAF/99, não se incluem na

competência dos órgãos julgadores administrativos, a declaração de invalidade em tese de lei, ou outro ato normativo vigente no ordenamento jurídico, a negativa de aplicação de ato normativo emanado dos poderes Legislativo e Executivo e as decisões transitadas em julgado proferidas por membros do Poder Judiciário.

Diante do exposto, fica **PREJUDICADA** a defesa apresentada, diante da escolha da via judicial, mantendo-se o lançamento até a decisão final do Poder Judiciário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar **PREJUDICADA** a defesa apresentada, relativa ao Auto de Infração nº 279697.0006/22-5, lavrado contra **JAIRO FLORES DA SILVA**, no valor de **R\$ 401.763,49**, acrescido da multa de 60%, prevista no art.42, II, “f”, da Lei 7.014/96, e dos acréscimos legais, diante da renúncia à discussão da lide na esfera administrativa, em razão da propositura de medida judicial, devendo o PAF ser remetido à PGE/PROFIS para controle da legalidade e adoção das medidas cabíveis, conforme art. 126 do COTEB.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 05 de junho de 2023.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA – RELATOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ – JULGADOR