

PROCESSO	- A. I. N° 269139.0005/23-4
RECORRENTE	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO	- ENAUTA ENERGIA S.A.
RECURSO	- RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 6ª JJF nº 0288-06/23-VD
ORIGEM	- SAT / COPEC
PUBLICAÇÃO	- INTERNET: 18/07/2024

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0217-12/24-VD

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL PRESUMIDO. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. PROBAHIA, BENEFÍCIO EXPIRADO. A prova dos recolhimentos previstos no art. 5º do Decreto Estadual nº 16.970/16 já é elemento suficiente a constituir o direito da Recorrente à prorrogação do seu benefício fiscal. O exame dos fólios processuais é revelador de que o contribuinte, efetivamente, atendeu ao estatuído no art. 5º, citado, em favor do Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza – FECEP. Convertida a exigência fiscal em multa, prevista no art. 42, inciso XXII da Lei nº 7.014/96, com escopo no autorizativo contido no art. 157 do RPAF/99. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVÍDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício apresentado (art. 169, I, “a” do RPAF/99), no qual a JJF julgou Procedente em Parte o presente Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 24/01/2023, exige ICMS no valor histórico de R\$ 1.233.111,09, além de multa e dos acréscimos moratórios, em decorrência da seguinte infração:

Infração 01 - 001.004.006: Utilizou indevidamente crédito fiscal presumido de ICMS. Multa: 60%.

Consta, ainda, que: “Foi publicada no Diário Oficial do Estado da Bahia, na edição de 28 e 29/04/12, a Resolução nº 09/2012 em que foi concedido à empresa Manati S/A, CNPJ nº 07.063.991/0001-09 e IE nº 065.049.900NO, nos termos do Decreto nº 6.734/97, o benefício do crédito presumido, fixado em 20% (vinte por cento) do imposto incidente sobre o percentual do Crédito Presumido a ser utilizado pela empresa, nas operações de saídas de gás natural (NCM 2711.21.00), pelo prazo de 10 anos (120 meses) contado a partir da data da publicação da citada Resolução no Diário Oficial do Estado da Bahia, nos termos do Art. 1º-D do Decreto nº 6.734/97.”.

Consta, adicionalmente, que: “Em 23/05/2013, foi publicado no DOE a Resolução nº 19/2013, do Conselho Deliberativo do PROBAHIA, retificando a Resolução nº 09/12-PROBAHIA, ... para alterar a titularidade do benefício para Queiroz Galvão Exploração e Produção S/A, CNPJ nº 11.253.257/0002-52 e IE nº 011.256.735NO, que posteriormente alterou a sua razão social para Enauta Energia S.A – Filial BA”.

Consta, por fim, que: “a beneficiária utilizou pela primeira vez o crédito presumido na sua EFD, na apuração do ICMS, no mês de abril/2012. Dessa forma, o encerramento do benefício ocorreu em março/2022, tendo o contribuinte prolongado até o mês de abril/2022 a utilização do benefício”.

A autuada apresenta **impugnação** às folhas 16/40. Alega, resumidamente, que a linha de raciocínio estabelecida pela autoridade fiscal autuante não merece prosperar pois:

I. “consta na Resolução nº 09/12 que a vigência do benefício fiscal se estenderia por 10 anos a partir da publicação da referida resolução no DOE, que ocorreu no dia 28/04/2012, de modo que o termo final do direito ao crédito presumido se deu em 28/04/2022, sendo necessário interpretar a norma de maneira literal, em respeito ao quanto disposto no art. 111, I do CTN;

II. a Resolução CD-PROBAHIA nº 58/2018 previu o direito de prorrogação do benefício fiscal do PROBAHIA na proporção de 9:1 relativa aos meses em que houve a realização de depósito junto ao FECEP, conforme obrigava a Lei Estadual nº 13.564/2016, ou seja, a cada 9 meses ou fração em que tenham sido depositados os 10% do benefício fiscal em favor do FECEP, o beneficiário teria o direito a 1 mês de prorrogação do seu benefício fiscal. Com isso, mesmo usando o método de contagem do fiscal o direito ao crédito presumido se estenderia até 07/2022;

III. o requerimento a ser apresentado perante Secretaria Executiva do Conselho Deliberativo do PROBAHIA, solicitando a prorrogação do benefício fiscal, possui caráter meramente declaratório, tendo sido constituído

o direito da IMPUGNANTE à prorrogação quando foram realizados os depósitos junto ao FECEP, não sendo possível afastar o direito em razão do descumprimento de uma mera obrigação acessória”.

Requer a realização de diligência, para a eliminação de quaisquer dúvidas que ainda possam restar, relativamente aos comprovantes de depósito realizados perante o FECP, pois seriam prova irrefutável do direito à prorrogação do benefício fiscal, que seja dado provimento à sua impugnação, procedendo-se com o cancelamento integral do crédito tributário objeto do Auto de Infração, na medida em que:

- consta na Resolução nº 09/12 que a vigência do benefício fiscal se estenderia por 10 anos a partir da publicação da referida resolução no DOE, que ocorreu no dia 28/04/2012, de modo que o termo final do direito ao crédito presumido se deu em 28/04/2022, sendo necessário interpretar a norma de maneira literal, em respeito ao quanto disposto no art. 111, I do CTN;
- a Resolução CD-PROBAHIA nº 58/2018 previu o direito de prorrogação do benefício fiscal do PROBAHIA na proporção de 9:1 relativa aos meses em que houve a realização de depósito junto ao FECP, conforme obrigava a Estadual nº 13.564/2016, ou seja, a cada 9 meses ou fração em que tenham sido depositados os 10% do benefício fiscal em favor do FECP, o beneficiário teria o direito a 1 mês de prorrogação do seu benefício fiscal. Com isso, mesmo usando o método de contagem do fiscal o direito ao crédito presumido se estenderia até 07/2022, visto que a IMPUGNANTE procedeu durante 28 meses ao depósito ao FECP (prorrogando por 4 meses o benefício);
- o requerimento a ser apresentado perante Secretaria Executiva do Conselho Deliberativo do PROBAHIA, solicitando a prorrogação do benefício fiscal, possui caráter meramente declaratório, tendo sido constituído o direito da IMPUGNANTE à prorrogação quando foram realizados os depósitos junto ao FECP, não sendo possível afastar o direito em razão do descumprimento de uma mera obrigação acessória. Termos em que pede deferimento.

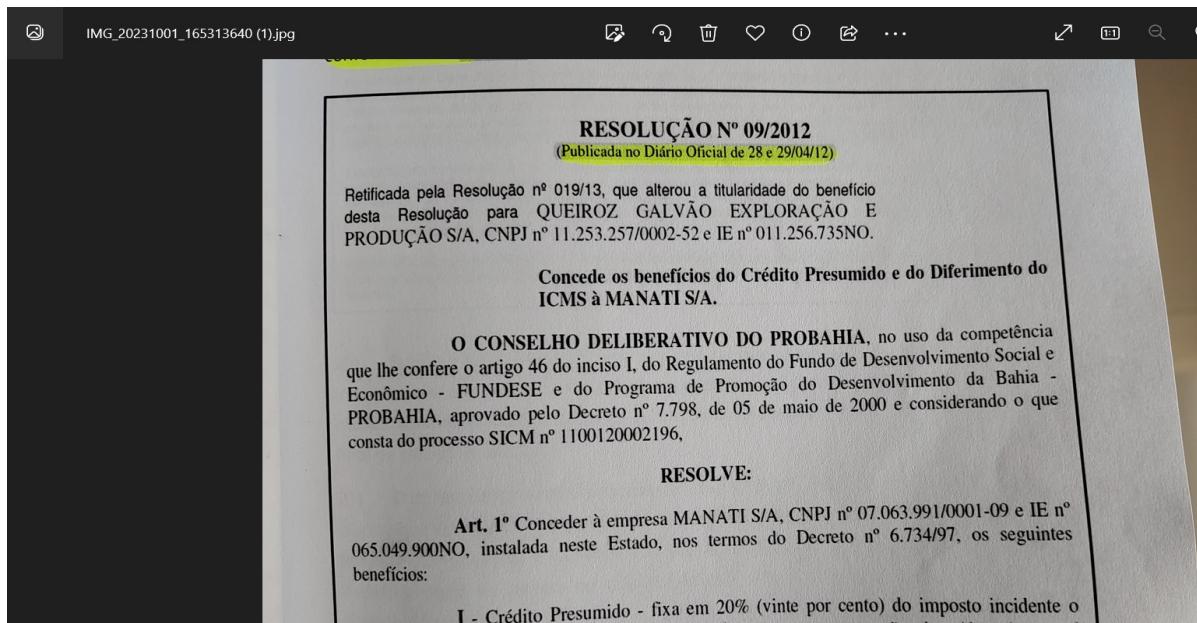
Às folhas 103/105 (verso), um dos autuantes prestou **informação fiscal**, tecendo as considerações em rebate aos argumentos defensivos, mantendo integralmente a ação fiscal.

A JJF decidiu com o seguinte voto condutor:

VOTO

Trata-se de auto de infração que veicula conduta única, descrita como “Utilizou indevidamente crédito fiscal presumido de ICMS”.

Trata-se de exigência calcada no pressuposto de que teria expirado o benefício fiscal do crédito presumido, cuja concessão se deu com base na Resolução nº 09/12, publicada no DOE dos dias 28 e 29/04/2012, abaixo reproduzida.



O Sujeito Passivo se opôs ao lançamento, deduzindo três argumentos distintos: “1) alega que a Resolução nº 09/12 dispõe que a vigência do benefício fiscal se estenderia por 10 anos a partir da publicação da referida resolução no DOE, o que teria ocorrido no dia 28/04/2012, data da ocorrência dos fatos geradores; 2) alega ainda que a Resolução CD-PROBAHIA nº 58/2018 previu o direito de prorrogação do benefício fiscal do PROBAHIA na proporção de 9:1 relativa aos meses em que houve a realização de depósito junto ao FECP, conforme obrigava a Estadual nº 13.564/2016. Ou seja, a cada nove meses ou fração em que tenham sido depositados os 10% do benefício fiscal em favor do FECP, o beneficiário teria o direito a 1 mês de prorrogação

do favor fiscal em exame. Com isso, mesmo usando o método de contagem do fiscal, o direito ao crédito presumido se estenderia até 07/2022; e 3) Embora não tenha apresentado requerimento, perante Secretaria Executiva do Conselho Deliberativo do PROBAHIA, solicitando a prorrogação do benefício fiscal, entende que tal previsão possui caráter meramente declaratório, tendo sido constituído o direito da IMPUGNANTE à prorrogação quando foram realizados os depósitos junto ao FECP, não sendo possível afastar o direito em razão do descumprimento de uma mera obrigação acessória".

Como se vê, a celeuma gira em torno da data final de término do benefício fiscal concedido mediante a Resolução nº 09/2012 (publicada no DOE, nos dias 28 e 29/04/2012). Como se lê no art. 1º, inciso I, acima reproduzido, o prazo de duração foi de dez anos a contar do dia 29/04/2022, o que nos autorizaria a concluir, numa primeira análise, que o Sujeito Passivo poderia fazer uso do crédito presumido até o dia 28/04/2022, supondo que a contagem adotasse o critério diário.

Em assim sendo, o Contribuinte não poderia usufruir integralmente o benefício, no mês da concessão, mas apenas de forma proporcional aos dias em que vigeu a norma, ou seja, dos dias 29 a 30/04/2012. Da mesma forma, pra sermos coerentes, poderia desfrutar do aludido favor fiscal, no mês de abril/22, do dia 01 até o dia 28/04/22.

Não foi esse, todavia, o critério adotado pelo Sujeito Passivo, pois utilizou-se integralmente do benefício do crédito presumido, desde o dia 01/04/2012. Em assim sendo, não seria justo que continuasse a desfrutar do crédito presumido no mês de abril/22 (data dos fatos geradores), sob pena se ficar caracterizada uma violação aos termos da resolução concessiva. Nesse sentido, parece óbvio que, de acordo com a Resolução 09/2012, o contribuinte não mais poderia desfrutar do benefício fiscal em exame, no mês dos fatos geradores.

A questão que precisa ser solucionada não se esgota, todavia, no deslinde de tal laço, pois o Sujeito Passivo alega que teve o seu benefício fiscal prorrogado, com base no Decreto Estadual 16.970/16 (que regulamentou a Lei Estadual nº 13.564/2016), cujo art. 5º estabeleceu a prorrogação dos benefícios fiscais dos contribuintes que efetivassem o depósito em favor do Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza, conforme abaixo

"Decreto Estadual nº 16.970/16:

...
 II - créditos presumidos previstos no Decreto nº 6.734, de 09 de setembro de 1997.

...
 Art. 5º Os contribuintes beneficiários dos programas indicados no art. 1º terão seus incentivos prorrogados, mediante resolução do conselho competente, pelo prazo proporcional necessário para compensação dos valores depositados nos termos deste Decreto ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza (grifo acrescido)."

Em cumprimento ao quanto estabelecido no art. 5º, acima, foi expedida a Resolução CD-PROBAHIA, cujo art. 1º materializou o intento do Decreto citado, conforme se lê abaixo.

"Resolução CD-PROBAHIA nº 58/2018:

Art. 1º Os contribuintes beneficiários do crédito presumido e do diferimento do IMCS, nos termos da Lei nº 7.025 , de 24 de janeiro de 1997, regulamentada pelo Decreto nº 6.734 , de 09 de setembro de 1997, e alterações, com benefícios concedidos pelo Conselho Deliberativo do Programa de Desenvolvimento da Bahia - PROBAHIA, terão os incentivos fixados em Resolução prorrogados por um mês a cada nove meses ou fração em que efetuou os depósitos para o Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza com base no Decreto nº 16.970 , de 19 de agosto de 2016.

Art. 2º O contribuinte deverá apresentar requerimento à Secretaria Executiva do Conselho Deliberativo do PROBAHIA solicitando a prorrogação da Resolução a expirar.

Parágrafo único. Através de Resolução específica o Conselho Deliberativo autorizará e definirá o período complementar que fará jus o contribuinte (grifos acrescidos)."

A leitura das regras acima dispostas revela que o benefício fiscal do crédito presumido foi, efetivamente, prorrogado com base no que determinou o Decreto Estadual nº 16.970/16, bem como com base no que se materializou na Resolução CD-PROBAHIA nº 58/2018, uma vez que se fazia necessário compensar os contribuintes beneficiários surpreendidos com o advento da Lei 13.564/2016, já que veiculou, em seu art. 1º, uma obrigação então inexistente, quando da concessão original do crédito presumido, conforme abaixo.

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."

De fato, como se vê, a obrigatoriedade de depósito de 10% (do desconto obtido na quitação do tributo) em favor do FECEP, representou um ônus adicional (até então inexistente) que, de alguma forma, minorou as expectativas financeiras justamente projetadas com base nas regras naquele momento existentes. Nesse sentido, o decreto e a resolução acima citados prestaram-se a reconfigurar o direito da empresa, de forma a

reequilibrar os direitos e obrigações presentes no PROBAHIA e DESENVOLVE.

Ainda que a Resolução CD-PROBAHIA tenha elencado a necessidade de expedição de Resolução Específica, definindo o período complementar de prorrogação do favor fiscal, a que faz jus o contribuinte (para a qual seria necessária a apresentação de requerimento), não soa razoável negar-se, ao Sujeito Passivo, a prorrogação do seu prazo de fruição, apenas com base na falta de atendimento desta formalidade.

Assim, embora confesse que não apresentou o requerimento previsto no art. 2º da Resolução CD-PROBAHIA, entendo que a prova dos recolhimentos previstos no art. 5º do Decreto Estadual nº 16.970/16 já seria elemento suficiente a constituir o direito da Recorrente à prorrogação do seu benefício fiscal. Nesse sentido, o exame dos fólios processuais é revelador de que a empresa Recorrente recolhera, efetivamente, os valores previstos no art. 5º, citado, em favor do Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza – FECEP, mensalmente, no período de 09/2016 a 12/2019, conforme folhas 126/169. Diante do exposto, entendo que possui razão o Sujeito Passivo.

Embora entenda não ser cabível a cobrança do imposto, noto que ficou provada a ocorrência de descumprimento de obrigação acessória vinculada à obrigação principal lançada, o que autoriza a aplicação da multa cabível, nos termos do art. 157 do RPAF/99, abaixo transscrito.

“Art. 157. Verificada a insubsistência de infração quanto à obrigação principal, porém ficando comprovado o cometimento de infração a obrigação acessória vinculada à imputação, o julgador deverá aplicar a multa cabível, julgando o Auto de Infração parcialmente procedente.”

Assim, converto a presente exigência fiscal em multa por descumprimento de obrigação acessória, com base no art. 42, inciso XXII da Lei 7.014/96, abaixo reproduzido.

“Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

*...
XXII - R\$ 460,00 (quatrocentos e sessenta reais), em caso de descumprimento de obrigação acessória sem penalidade prevista expressamente nesta Lei.”*

Assim, julgo procedente em parte o Auto de Infração.

A JJF, recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art. 169, I, “a” do RPAF/99, devido ter atingido o valor desonerado conforme a legislação vigente.

Registrada a presença dos representantes Srs. Alexandre Dawid Chud e Lucas da Paixão Costa na sessão de videoconferência, que exerceram o seu direito regimental de sustentação oral em defesa do contribuinte.

É o relatório.

VOTO

Constatou que a decisão da 6ª JJF (Acórdão Nº 0288-06/23-VD) desonerou parcialmente o sujeito passivo em quase sua totalidade do lançamento tributário, reduzindo do valor de R\$ 2.193.951,25 para o valor de R\$ 818,43 em valores atualizados à data do julgamento, fl.188, fato este, que justifica a remessa necessária do presente feito para reapreciação nesta corte, restando cabível o presente recurso.

Contemplando o Recurso de Ofício interposto pela 6ª JJF contra a decisão que julgou pela procedência parcial do Auto de Infração em epígrafe, constata-se que, a desoneração decorreu em razão do benefício fiscal do crédito presumido ter sido prorrogado com base no que determinou o Decreto Estadual nº 16.970/16. Ademais, se concretizou na Resolução CD-PROBAHIA nº 58/2018, vez que se fazia necessário compensar os contribuintes beneficiários que foram prejudicados com o enunciado do art. 1º da Lei nº 13.564/2016, que divulgou uma obrigação então inexistente, quando da permissão original do crédito presumido.

Quanto ao mérito o cerne da questão foi:

De um lado a fiscalização por entender que a data final de término do benefício fiscal concedido mediante a Resolução nº 09/2012 (publicada no DOE, nos dias 28 e 29/04/2012). Como se lê no art. 1º, inciso I, acima reproduzido no relatório, o prazo de duração foi de dez anos a contar do dia 29/04/2012, o que, numa análise prévia o Sujeito Passivo poderia fazer uso do crédito presumido até o dia 28/04/2022, em considerar que a contagem adotasse o critério diário.

Por outro lado, o sujeito passivo utilizou-se integralmente do benefício do crédito presumido, desde o dia 01/04/2012, por entender que teve o seu benefício fiscal prorrogado, com base no

Decreto Estadual nº 16.970/16 (que regulamentou a Lei Estadual nº 13.564/2016), cujo art. 5º estabeleceu a prorrogação dos benefícios fiscais dos contribuintes que efetivassem o depósito em favor do Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza.

Da análise a legislação aplicável à matéria, é possível deduzir que o pagamento da parcela devida ao FECEP se constitui em condição para o gozo do benefício fiscal do DESENVOLVE, conforme se extraí da leitura do art. 1º da Lei Estadual nº 13.564/16 c/c o art. 2º do Decreto nº 16.970/16, conforme abaixo reproduzidos.

"(Lei 13.564/16) 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."

..."
"(Decreto 16.970/16) 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 (grifo acrescido) cujo prazo tenha sido dilatado."

Compulsando os elementos contidos nos autos constata-se sob as fls. 126/169, que a empresa autuada efetuou os recolhimentos dos valores previstos no art. 5º, citado, em favor do Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza – FECEP, mensalmente, no período de 09/2016 a 12/2019, fato este, que corrobora o entendimento da decisão de primo grau, que entendeu que o sujeito passivo teve o seu benefício fiscal prorrogado, com base no Decreto Estadual nº 16.970/16.

Diante do todo o exposto, apesar de dar razão ao contribuinte em relação a utilização devida dos créditos presumidos para o período ora glosado pela fiscalização, restou comprovada a ocorrência de descumprimento de obrigação acessória vinculada à obrigação principal lançada, o que implica na aplicação da multa cabível, nos termos do art. 157 do RPAF/99.

Dito isto, concluo pela conversão da presente exigência fiscal em multa por descumprimento de obrigação acessória, com base no art. 42, inciso XXII da Lei nº 7.014/96, no valor de R\$ 460,00 (quatrocentos reais), assim, mantenho a decisão de piso pela procedência parcial do Auto de Infração.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO ao Recurso de Ofício.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso de Ofício interposto e manter a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração nº 269139.0005/23-4, lavrado contra ENAUTA ENERGIA S.A., devendo ser intimado o recorrido a efetuar o pagamento da multa por descumprimento de obrigação acessória, no valor de R\$ 460,00, prevista no art. 42, inciso XXII da Lei nº 7.014/96, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 27 de maio de 2024.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

ANTONIO DIJALMA LEMOS BARRETO - RELATOR

MARCELO CARDOSO DE ALMEIDA MACHADO – REPR. DA PGE/PROFIS