

A. I. N° - 108580.0075/15-8
AUTUADO - PIRAJÁ INDÚSTRIA DE CHOCOLATES LTDA.
AUTUANTES - LAUDELINO BISPO COSTA FILHO, LIANE RAMOS SAMPAIO e PATRÍCIA TEIXEIRA FRAGA
ORIGEM - INFAS INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 13.07.2016

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0090-01/16

EMENTA: ICMS. BENEFÍCIOS FISCAIS. DESENVOLVE. FALTA DE RECOLHIMENTO DO “ICMS DILATADO” NO PRAZO REGULAMENTAR, INFORMADO EM DECLARAÇÃO ELETRÔNICA ESTABELECIDA NA LEGISLAÇÃO. Indeferido requerimento de diligência do autuado para que fosse ouvido o Conselho Deliberativo do Desenvolve acerca da situação peculiar verificada, qual seja, o fato de a empresa ter encerrado suas atividades antes do prazo de fruição integral do benefício e, com isso, não ter usufruído integralmente o benefício concedido em contrapartida aos investimentos realizados, haja vista que o que está sendo discutido nestes autos é um lançamento de crédito tributário, matéria de competência do CONSEF, ao passo que a competência do Conselho Deliberativo do Desenvolve é voltada para a análise e apreciação dos requisitos de concessão e fruição de benefícios fiscais. Indeferido também o requerimento de diligência para que fossem excluídos os juros cobrados sobre juros (anatocismo) e também as multas cobradas sobre juros. Acatada em parte a tese de decadência parcial dos valores lançados, considerando-se que este Auto de Infração foi lavrado em 10.8.15. A decadência é disciplinada em dois dispositivos do CTN: o art. 173 e o art. 150. A regra geral da decadência é a do art. 173; a do art. 150 é uma regra especial, endereçada aos impostos sujeitos ao lançamento por homologação, como é o caso do ICMS. Em se tratando de imposto sujeito ao lançamento por homologação (sem prévio exame da autoridade administrativa), se o contribuinte antecipa o pagamento do tributo, tal pagamento implica que o fisco toma conhecimento do fato e por isso tem o prazo de 5 anos para homologar a atividade exercida pelo obrigado (homologação expressa), sendo que, não o fazendo, decorridos 5 anos a contar do fato gerador, o lançamento considera-se homologado (homologação tácita), e, findo esse prazo, opera-se a decadência do crédito tributário (CTN, art. 150). Por outro lado, se o contribuinte não antecipa o pagamento, e por isso o fisco não toma conhecimento do fato, a contagem do prazo decadencial é feita a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado (CTN, art. 173, I). No presente caso, no

tocante às parcelas com vencimentos assinalados para os meses de abril a setembro de 2014, cujos prazos de pagamento foram dilatados, os valores correspondentes às parcelas do ICMS não sujeitas à dilação de prazo foram em parte recolhidos à época dos fatos, e sendo assim o fisco tomou conhecimento dos recolhimentos, porém não adotou nenhuma medida fiscal para verificar a regularidade da situação em relação aos valores recolhidos e em relação aos valores cujos prazos de recolhimento foram dilatados, de modo que essa omissão do fisco implicou a decadência do direito do Estado de lançar os valores que vieram a ser extemporaneamente levantados no presente Auto, relativamente às parcelas com vencimentos assinalados para os meses de abril a setembro de 2014. Porém, quanto aos valores cujos prazos de pagamento foram dilatados, com vencimentos assinalados para os meses de outubro a dezembro de 2014 e abril de 2015, as parcelas correspondentes não sujeitas à dilação de prazo não foram recolhidas à época dos fatos, e, em virtude disso, automaticamente em relação aos meses a elas correspondentes o contribuinte perdeu o direito ao benefício relativamente à parcela incentivada naqueles meses, conforme prevê o art. 18 do Regulamento do Desenvolve, e por conseguinte, como nada foi antecipado, o prazo para verificação e homologação pelo fisco extinguir-se-ia após 5 anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, porém antes disso o fisco procedeu ao lançamento dos valores devidos, não havendo por que se alegar decadência. Mantidos os valores não alcançados pela decadência, com vencimentos assinalados para os meses de outubro a dezembro de 2014 e abril de 2015. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 10.8.15, acusa a falta de recolhimento do “ICMS dilatado” [sic] no prazo regulamentar, devidamente informado em declaração eletrônica estabelecida na legislação tributária, por contribuinte enquadrado no programa Desenvolve, sendo lançado imposto no valor de R\$ 914.744,13, com multa de 50%.

Consta um adendo na descrição da infração informando que, conforme determinado pelo Decreto nº 8.205/2002 [*conforme determinado pelo Regulamento do Desenvolve, aprovado pelo Decreto nº 8.205/2002*] e na Resolução Desenvolve nº 09/2003, o contribuinte postergou para 72 meses o pagamento da parcela incentivada, havendo declaração de dedução na DMA, e no vencimento do prazo previsto para o pagamento do “ICMS dilatado” não houve o recolhimento do imposto, como demonstram os extratos constantes nos DAEs anexos, sendo que, para o cálculo do imposto a recolher, foi elaborada uma planilha referente aos exercícios de 2008 a 2015, de acordo com o art. 6º do Decreto nº 8.205/2002 [sic], que regulamenta o Programa Desenvolve.

Na defesa (fls. 46/55), o autuado informa inicialmente que seu estabelecimento, desde meados de

2009, não exerce mais a atividade de fabricante de chocolates, e desde então vem funcionando apenas como escritório administrativo. Aduz que o fechamento da fábrica pode ser justificado através da piora gradativa dos índices econômicos da impugnante, como de outras empresas em processo de falência ou de recuperação judicial, alcançando seu ápice no segundo semestre de 2009, quando se viu obrigada a encerrar as suas atividades, sendo que um dos fatores que contribuíram para a piora gradativa no seu desempenho econômico foi de natureza fiscal, pois a carga tributária imaginada no início de suas atividades não foi confirmada quando da sua inclusão no Programa Desenvolve, o que acabou gerando um efeito cascata devastador na situação econômico-financeira da empresa, culminando no fechamento da fábrica em 2009, e, com o parque industrial ocioso e as máquinas inoperantes, em 4.12.09 a unidade fabril foi arrendada a outro contribuinte, a Ilpisa, empresa detentora da marca Valedourado, que desde então passou a fabricar chocolates. Como prova, juntou cópia do contrato de arrendamento da fábrica.

Alega que, com o fechamento da fábrica e seu posterior arrendamento em dezembro de 2009, a impugnante somente usufruiu dos benefícios do Desenvolve por cerca de 6 anos, ou seja, por apenas metade do tempo previsto para o completo usufruto, que era de 12 anos, conforme a Resolução nº 09/2003.

Pontua que, ao pleitear o ingresso no Programa Desenvolve, a impugnante foi obrigada a apresentar Carta Consulta de Investimento à Secretaria Executiva do Conselho, com as informações básicas do projeto, de acordo com modelo a ser aprovado pelo Conselho Deliberativo, de acordo com o art. 8º do Decreto nº 8.205/2002 [sic], para que, após analisar o projeto, o Conselho Deliberativo do Programa estipulasse um prazo de fruição dos incentivos fiscais de até 12 anos, com termo inicial fixado na Resolução do Conselho Deliberativo do programa, observadas as características do empreendimento e o enquadramento nas classes de dilação de prazo de pagamento do imposto. Conclui assinalando que:

- a) o prazo de 72 meses para pagamento do saldo devedor do ICMS concedido à impugnante foi gerado em razão dos investimentos previstos no projeto incentivado, conforme estabelecido na classe II da tabela I, anexa ao Regulamento do Desenvolve;
- b) como o próprio texto da Resolução que concedeu o benefício do Desenvolve já deixa clara a vinculação entre o saldo devedor de ICMS com os investimentos feitos em instalações e maquinários quando da abertura da fábrica, o entendimento que deve prevalecer é de que o valor investido pela empresa ainda não teria sido integralmente absorvido pelo incentivo fiscal de dilação do prazo do imposto, razão pela qual o Estado não sofreu nenhum tipo de perda de arrecadação com esta eventual falta de recolhimento alegado neste Auto, porque, como a empresa só exerceu as suas atividades pela metade do tempo previsto, a renúncia fiscal relativa à outra metade já estaria prevista no projeto inicial que resultou na Resolução nº 09/2003.

Com essas considerações, aduz que os investimentos iniciais previstos e depois realizados pela empresa, tanto em suas instalações imóveis quanto nos maquinários, foram efetuados considerando um prazo de vida útil indeterminado, ou de, no mínimo, igual ao concedido pelo Estado, de 12 anos, o que significa que a contrapartida do Estado relativa a esses investimentos só ocorreu durante metade do tempo, de modo que, caso a empresa continuasse as suas atividades, a redução fiscal proporcionada pelo benefício do Desenvolve já estaria legitimada até abril de 2015, ou seja, o Estado já estaria financiando parcela substancial do ICMS devido até essa data, fato que não ocorreu, pois desde meados de 2009 a empresa não apresenta mais saldo devedor de ICMS a recolher em virtude do encerramento das atividades.

Requer que o Conselho Deliberativo do Desenvolve seja consultado sobre essa situação, pois, de acordo com o art. 23 do Regulamento do referido programa, aprovado pelo Decreto nº 8.205/02,

“os casos omissos no presente Regulamento serão resolvidos pelo Conselho Deliberativo do DESENVOLVE”.

Sustenta que, por se tratar de um desses casos em que não existe previsão expressa no Regulamento do Desenvolve – encerramento das atividades antes do prazo de fruição do benefício –, o entendimento da empresa é de que o Conselho Deliberativo do programa deve, obrigatoriamente, se pronunciar sobre o assunto, sobretudo acerca da relação “saldo devedor do ICMS/contrapartida do Estado”, fato que não irá ocorrer durante metade do tempo previsto.

Após essas considerações preliminares, a defesa passa a suscitar questões relativas à forma e ao mérito da autuação. Sustenta que, diferentemente do que consta na planilha fiscal, os totais atribuídos como sendo recolhidos, relativos às parcelas que não foram dilatadas, na realidade não ocorreram, o que significa que a empresa perdeu o direito ao benefício em relação à parcela dilatada, conforme a legislação do Desenvolve. Transcreve o art. 18 [do Regulamento do Desenvolve]. Em função dessa regra, argumenta que dela se depreende que, por não ter recolhido a parcela não dilatada e, assim, ter perdido o direito ao benefício da dilação do prazo, as parcelas dilatadas tiveram seus vencimentos trazidos para a época dos fatos geradores, como se fossem a vista, ou seja, os vencimentos passaram a valer em períodos que variam de abril de 2008 a abril de 2009.

Considera que a fiscalização, talvez percebendo que a falta de pagamento da parcela não incentivada implica a perda do direito da dilação do prazo de pagamento da parcela incentivada, preferiu informar na sua planilha que os pagamentos a vista ocorreram, o que lhe permitiu alargar o vencimento das parcelas, que a princípio seriam dilatadas para 72 meses após a ocorrência do fato gerador, colocando tais parcelas dentro do período prescricional.

A fim de demonstrar que os pagamentos a vista não ocorreram, cita como exemplo o mês de março de 2008, cujo vencimento da parcela a vista ocorreria em 9.4.08. Aduz que, conforme pode ser verificado na planilha elaborada pela fiscalização, consta que em março de 2008 ocorreu um recolhimento em 9.4.08 no valor de R\$ 42.782,49, mas ocorre que, além de não ter sido recolhido esse valor em 9.4.08, a totalidade do saldo devedor de março de 2008 (parcela dilatada + parcela não dilatada) já havia sido cobrado num outro Auto de Infração, o AI nº 141596.0401/08-2, lavrado em 17.10.08, sendo que, na 1ª infração do referido Auto, foi cobrada a totalidade do saldo devedor do ICMS de vários períodos, inclusive o período de março de 2008, conforme cópia anexa, e portanto o ICMS do mês de março de 2008 foi cobrado em dois Autos de Infração distintos, primeiro no citado AI nº 141596.0401/08-2, e depois no presente Auto de Infração.

Reclama que, se não bastasse essa cobrança em duplicidade, nesta mesma autuação o fisco elaborou um demonstrativo em que indica que as parcelas não dilatadas foram recolhidas sem terem sido, e o efeito prático disso foi que os vencimentos do ICMS dos períodos autuados, que, em função da inadimplência, estariam vencidos entre abril de 2008 e abril de 2009, foram postergados indevidamente para 72 meses, o que os colocou novamente dentro do período prescricional do imposto. Argumenta que, se em razão da inadimplência os vencimentos foram integralmente trazidos para os meses de ocorrência dos fatos geradores, que variam entre períodos de 2008 e 2009, há de se concluir que tais lançamentos já estariam alcançados pela prescrição, não podendo a fiscalização proceder a lançamentos de ofício, haja vista que, como este Auto foi lavrado em 10.8.15, só poderia o fisco efetuar lançamentos retroativos até o ano de 2010, ou seja, os períodos objeto da autuação já se encontravam prescritos, por não ter havido o pagamento da parcela não dilatada. Requer que aqueles períodos sejam excluídos, assim como a multa e os juros que incidiriam sobre tais valores.

Aduz que, além da inclusão de valores já prescritos, o levantamento fiscal contém outro equívoco. Nesse sentido, observa que no demonstrativo fiscal consta uma coluna denominada “Atualização até Prazo”, indicando que os valores supostamente devidos sofreram a incidência

de atualização monetária, sendo que essa mesma coluna, ao ser transcrita para o “Demonstrativo de Débito”, passa a ser novamente objeto de acréscimo moratório, configurando-se, assim, em anatocismo – juros sobre juros. Assinala que isso implicou a incidência de juros sobre débitos em cuja composição já continha juros. Reclama ainda que, ao calcular a multa no “Demonstrativo de Débito”, tal cobrança também recai sobre a coluna de “Débito”, cujos valores já estão carregados de juros, restando portanto evidenciada também a incidência de multas sobre juros, procedimento em total desconformidade com as normas tributárias.

Requer a conversão do processo em diligência para que o órgão técnico da Sefaz possa refazer o lançamento, excluindo os juros cobrados sobre juros e também as multas cobradas sobre juros.

Pede que o órgão julgador atenda aos requerimentos de diligências ao Conselho Deliberativo do Desenvolve e à ASTEC; que se reconheça que a cobrança relativa ao período de março de 2008 já havia sido objeto de cobrança em outro Auto de Infração; e que afinal se reconheça a improcedência do Auto de Infração, já que a totalidade dos valores cobrados se encontra prescrita, pois as parcelas do saldo devedor que seriam dilatadas perderam o direito à dilação no momento da inadimplência das parcelas não dilatadas. Juntou documentos.

Os fiscais autuantes prestaram informação (fls. 87/91) afirmando que não existe fundamentação legal para os argumentos “quanto ao item 1º” porque, ao conceder benefício fiscal, o Estado pretende atender às necessidades de sua matriz de desenvolvimento industrial, trazendo indústrias para a Bahia, e o encerramento extemporâneo das atividades de uma indústria detentora de benefício representa grande prejuízo ao erário, porém a decisão de investir ou de encerrar as atividades fabris é inerente à natureza empresarial. A seu ver, o Estado cumpriu integralmente sua parte no acordo firmado através da Resolução nº 09/2003 do Desenvolve, e por isso consideram descabida a alegação da defesa.

Aduzem que o contribuinte, ao apresentar a sua declaração mensal, a DMA, oficializa sua decisão de utilizar o benefício do Desenvolve na sua integralidade, na medida em que explicita o “imposto normal” a recolher já deduzida a parcela incentivada dilatada, e tal declaração constitui uma confissão de dívida, conforme determina o art. 5º do Decreto 8.205 de 3 de abril de 2002 [sic].

Prosseguem dizendo que o § 2º do art. 19 “do referido decreto” deixa claro que para que haja o cancelamento do benefício do Desenvolve é necessária a emissão de um parecer da Secretaria Executiva, para dar fundamento a uma resolução formal do Conselho Deliberativo do Desenvolve, e só após o cumprimento desse rito formal é que estará o contribuinte desenquadrado do programa.

Assinalam que em nenhum momento o Estado deixou de exercer seu direito de cobrança do “imposto normal” não recolhido, ação esta executada através do PAF 8500002919120, à fl. 94. Dizem que, quanto ao “item nº 3”, concordam com a alegação do contribuinte, e nesse sentido apresentam novo demonstrativo de débito (fl. 92) e uma nova planilha (fl. 93), retirando do cálculo o valor em questão.

Seguem dizendo que, para um melhor esclarecimento do equívoco apresentado nas “alegações números 4 e 5 do contribuinte”, é necessário observar a planilha Apuração do ICMS com Preço Dilatado Não Recolhido, à fl. 4, e a planilha do Demonstrativo de Débito, à fl. 3: na planilha de cálculo, os valores constantes na coluna “Atualização Até Prazo” são calculados pelas regras da legislação do Desenvolve, que fixa a TJLP como taxa para atualização dos valores, e isto é feito até o prazo de pagamento da parcela postergada, explicitado na coluna “Prazo”, após a coluna “Postergado”, sendo que, vencido esse prazo e não havendo recolhimento do imposto dilatado [sic], faz-se o lançamento através de Auto de Infração, que considera essa data como data de vencimento, momento em que passam a incidir atualização monetária e multa, calculadas automaticamente pelo sistema SEAI da Sefaz, de acordo com a legislação estadual.

Juntaram à fl. 95 um gráfico intitulado Evolução do Débito do ICMS Dilatado e Não Recolhido.

Concluem reafirmando que concordam com a alegação apresentada pelo contribuinte na “alegação nº 3” e que ratificam seu entendimento nas demais questões.

Dada ciência do teor da informação fiscal ao contribuinte, este se manifestou (fls. 104/111) reclamando que na informação fiscal não pareceu claro aos autuantes que situações atípicas que ocorrem dentro do prazo de fruição do Programa Desenvolve serão necessariamente objeto de análise por parte do Conselho Deliberativo do Desenvolve, pois somente este comitê tem competência legal para decidir sobre assuntos dessa natureza.

Volta a assinalar que, de acordo com o art. 23 do Regulamento do Desenvolve, os “casos omissos” serão resolvidos pelo Conselho Deliberativo, e, por se tratar de um desses casos em que não existe previsão expressa no citado regulamento, aquele Conselho deve se pronunciar.

Quanto ao entendimento dos autuantes de que a falta de pagamento da parcela não dilatada não implica a perda do direito ao benefício, por considerarem que para ser cancelado o benefício do Desenvolve é necessária a emissão de um parecer da Secretaria Executiva para dar fundamento a uma resolução formal do Conselho Deliberativo, o autuado contrapõe que essa alegação dos fiscais autuantes demonstra a sua falta de conhecimento da legislação do Desenvolve e das práticas fiscais atualmente adotadas pelo CONSEF. Aduz que o art. 18 “do Decreto nº 8.2005/2002”, que regulamenta o programa Desenvolve, vigente à época dos fatos em questão, é muito claro ao afirmar que a falta de pagamento das parcelas não incentivadas resulta na suspensão do incentivo, condicionada a sua reabilitação à regularização total das obrigações, e isto não ocorreu neste caso.

Insiste em que, embora o dispositivo citado seja muito cristalino acerca da perda do direito ao benefício, não foi isso o que ocorreu analisando-se a planilha elaborada pela fiscalização, que não observou o que dita a legislação e não considerou o fato de eu a empresa perdera o direito à dilação do prazo.

Considera que os fiscais, para tentar confundir o órgão julgador, transcreveram o “artigo 19 do Decreto nº 8.205/2002” omitindo as condições que atenderiam ao “caput” do artigo, citando apenas o seu § 2º. Apresenta então a íntegra do referido art. 19, aduzindo que ele deixa claro sob quais condições o cancelamento do Desenvolve deve ser realizado através de resolução do Conselho Deliberativo.

Frisa que o efeito prático nessa situação foi que os vencimentos do ICMS dos períodos autuados, ocorridos entre abril de 2008 e abril de 2009, foram postergados indevidamente por mais 72 meses, o que os colocou novamente dentro do período prescricional do imposto.

Sustenta que, se em razão da inadimplência os vencimentos são integralmente trazidos para os meses de ocorrência dos fatos geradores, que variam entre períodos de 2008 e 2009, há que se concluir que tais lançamentos já estariam alcançados pela prescrição, não podendo a fiscalização lançá-los no exercício de 2015, pois só podia efetuar lançamentos retroativos de débitos vencidos até 2010.

Considera que, talvez percebendo o erro de não ter efetuado o lançamento na época devida, a fiscalização, num procedimento irrazoável e em desacordo com as normas tributárias, não considerou o fato de que a empresa, em razão da inadimplência das parcelas a vista, perdeu o direito à dilação do prazo, alargando o vencimento das parcelas dilatadas e assim colocando dentro do período prescricional.

Aduz que, pesquisando-se a jurisprudência do CONSEF, pode-se constatar que, ao deixar de pagar a parcela não dilatada, Autos de Infração são lavrados logo após, cobrando a parcela dilatada, já que tal dilação do prazo caiu por terra em função da inadimplência da parcela devida a vista.

Conclui dizendo que, como os meses de abril a dezembro de 2008 e abril de 2009 já se encontravam prescritos no momento da autuação, por não ter havido o pagamento da parcela não

dilatada, requer que esses períodos sejam excluídos do Auto de Infração, assim como a multa e os juros que incidiram sobre tais valores.

Requer que o processo seja convertido em diligência ao Conselho Deliberativo do Desenvolve para opinar acerca da situação peculiar verificada, qual seja, o fato de a empresa ter encerrado suas atividades ates do prazo de fruição integral do benefício e, com isso, não ter usufruído integralmente o benefício concedido em contrapartida aos investimentos realizados.

Pede que ao final seja reconhecido que os valores cobrados neste Auto de Infração se encontravam prescritos, com a conseqüente improcedência da autuação, pois as parcelas do saldo devedor que seriam dilatadas perderam o direito à dilação no momento da inadimplência das parcelas não dilatadas.

Ao terem vista da manifestação do contribuinte, os fiscais autuantes pronunciaram-se (fl. 121) dizendo reiterar seu entendimento acerca da procedência [sic] do Auto de Infração, conforme exposto na informação fiscal já prestada.

VOTO

O lançamento em discussão diz respeito à falta de recolhimento do “ICMS dilatado” no prazo regulamentar, devidamente informado em declaração eletrônica estabelecida na legislação tributária, por contribuinte enquadrado no programa Desenvolve.

O contribuinte informa que desde meados de 2009 não exerce mais suas atividades de fabricante de chocolates, sendo que desde então vem funcionando apenas como escritório administrativo, tendo arrendado a unidade fabril a outra empresa, a Ilpisa, e como prova juntou cópia do contrato de arrendamento da fábrica.

Alega que somente usufruiu dos benefícios do Desenvolve por cerca de 6 anos, ou seja, por apenas metade do tempo previsto para o completo usufruto, que era de 12 anos, conforme a Resolução nº 09/2003. Aduz que o prazo de 72 meses para pagamento do saldo devedor do ICMS concedido à impugnante foi gerado em razão dos investimentos previstos no projeto incentivado, conforme estabelecido na classe II da tabela I, anexa ao Regulamento do Desenvolve. Considera que, como o próprio texto da Resolução que concedeu o benefício do Desenvolve deixa clara a vinculação entre o saldo devedor de ICMS com os investimentos feitos em instalações e maquinários quando da abertura da fábrica, o entendimento que deve prevalecer é de que o valor investido pela empresa ainda não teria sido integralmente absorvido pelo incentivo fiscal de dilação do prazo do imposto, razão pela qual o Estado não sofreu nenhum tipo de perda de arrecadação com esta eventual falta de recolhimento alegado neste Auto, porque, como a empresa só exerceu as suas atividades pela metade do tempo previsto, a renúncia fiscal relativa à outra metade já estaria prevista no projeto inicial que resultou na Resolução nº 09/2003.

Com essas considerações, aduz que os investimentos iniciais previstos e depois realizados pela empresa, tanto em suas instalações imóveis quanto nos maquinários, foram efetuados considerando um prazo de vida útil indeterminado, ou de, no mínimo, igual ao concedido pelo Estado, de 12 anos, o que significa que a contrapartida do Estado relativa a esses investimentos só ocorreu durante metade do tempo, de modo que, caso a empresa continuasse as suas atividades, a redução fiscal proporcionada pelo benefício do Desenvolve já estaria legitimada até abril de 2015, ou seja, o Estado já estaria financiando parcela substancial do ICMS devido até essa data, fato que não ocorreu, pois desde meados de 2009 a empresa não apresenta mais saldo devedor de ICMS a recolher em virtude do encerramento das atividades.

Em face dessas ponderações, o contribuinte requer que o Conselho Deliberativo do Desenvolve seja consultado sobre tal situação, pois, de acordo com o art. 23 do Regulamento do referido programa, aprovado pelo Decreto nº 8.205/02, “os casos omissos no presente Regulamento serão resolvidos pelo Conselho Deliberativo do DESENVOLVE”. Sustenta que, por se tratar de um

desses casos em que não existe previsão expressa no Regulamento do Desenvolve – encerramento das atividades antes do prazo de fruição do benefício –, o entendimento da empresa é de que o Conselho Deliberativo do programa deve, obrigatoriamente, se pronunciar sobre o assunto, sobretudo acerca da relação “saldo devedor do ICMS/contrapartida do Estado”, fato que não irá ocorrer durante metade do tempo previsto.

Em manifestação posterior, o autuado volta a requerer que o processo seja convertido em diligência ao Conselho Deliberativo do Desenvolve para opinar acerca da situação peculiar verificada, qual seja, o fato de a empresa ter encerrado suas atividades antes do prazo de fruição integral do benefício e, com isso, não ter usufruído integralmente o benefício concedido em contrapartida aos investimentos realizados.

Indefiro o requerimento do autuado no sentido de que seja consultado o Conselho Deliberativo do Desenvolve, pois o que está sendo discutido no presente Auto é um lançamento de crédito tributário, e a competência para decidir é do CONSEF, com base nos princípios e regras atinentes ao direito material de processual atinentes à situação em apreço, enquanto que a competência do Conselho Deliberativo do Desenvolve é voltada para a análise e apreciação dos requisitos de concessão e fruição de benefícios fiscais, segundo as regras do Programa Desenvolve visando a incentivar a instalação de novos empreendimentos industriais ou agroindustriais e a expansão, reativação ou modernização de empreendimentos industriais ou agroindustriais já instalados. Compete ao contribuinte provocar a manifestação do Conselho Deliberativo do Desenvolve para suscitar a análise das questões de seu interesse.

Outra questão suscitada pela defesa diz respeito à decadência parcial dos valores lançados. Sustenta que, diferentemente do que consta na planilha fiscal, os totais atribuídos como sendo recolhidos, relativos às parcelas que não foram dilatadas, na realidade os recolhimentos não ocorreram, e por isso a empresa perdeu o direito ao benefício em relação às parcelas dilatadas, conforme o art. 18 do Regulamento do Desenvolve, do qual se depreende que, por não ter recolhido as parcelas não dilatadas, em virtude disso a empresa perdeu o direito ao benefício da dilação do prazo, porém no demonstrativo fiscal as parcelas dilatadas tiveram seus vencimentos trazidos para a época dos fatos geradores, como se fossem a vista, ou seja, os vencimentos passaram a valer em períodos que variam de abril de 2008 a abril de 2009. Considera que a fiscalização, percebendo que a falta de pagamento da parcela não incentivada tinha implicado a perda do direito da dilação do prazo de pagamento da parcela incentivada, informou na planilha fiscal que os pagamentos a vista teriam ocorrido, o que lhe permitiu alargar o vencimento das parcelas, que a princípio seriam dilatadas para 72 meses após a ocorrência do fato gerador, colocando tais parcelas dentro do período prescricional. Alega que tais lançamentos já estariam alcançados pela prescrição, não podendo a fiscalização proceder a lançamentos de ofício, haja vista que, como este Auto foi lavrado em 10.8.15, só poderia o fisco efetuar lançamentos retroativos até o ano de 2010, ou seja, os períodos objeto da autuação já se encontravam prescritos, por não ter havido o pagamento da parcela não dilatada. Requer que aqueles períodos sejam excluídos.

Na informação fiscal, os autuantes contrapõem que o contribuinte, ao apresentar a sua declaração mensal, a DMA, oficializou sua decisão de utilizar o benefício do Desenvolve na sua integralidade, na medida em que explicita o “imposto normal” a recolher já deduzida a parcela incentivada dilatada, e tal declaração constitui uma confissão de dívida, conforme determina o art. 5º do Decreto 8.205 de 3 de abril de 2002 (art. 5º do Regulamento do Desenvolve aprovado pelo Decreto 8.205/02). Consideram que o § 2º do art. 19 “do referido decreto” deixa claro que para que haja o cancelamento do benefício do Desenvolve é necessária a emissão de um parecer da Secretaria Executiva, para dar fundamento a uma resolução formal do Conselho Deliberativo do Desenvolve, e só após o cumprimento desse rito formal é que estará o contribuinte desenquadrado do programa.

Para contagem do prazo decadencial, cumpre assinalar que este Auto de Infração foi lavrado em 10.8.15.

A decadência é disciplinada em dois dispositivos do CTN: o art. 173 e o art. 150.

A regra geral da decadência é a do art. 173:

“Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

Parágrafo único. O direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento.”

Por sua vez, a regra do art. 150 é uma regra especial, endereçada aos impostos sujeitos ao lançamento por homologação, como é o caso do ICMS. De acordo com o § 4º do art. 150 do CTN, se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador:

“Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

§ 1º O pagamento antecipado pelo obrigado nos termos deste artigo extingue o crédito, sob condição resolutória da ulterior homologação ao lançamento.

§ 2º Não influem sobre a obrigação tributária quaisquer atos anteriores à homologação, praticados pelo sujeito passivo ou por terceiro, visando à extinção total ou parcial do crédito.

§ 3º Os atos a que se refere o parágrafo anterior serão, porém, considerados na apuração do saldo porventura devido e, sendo o caso, na imposição de penalidade, ou sua graduação.

§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.”

Em suma, em se tratando de imposto sujeito ao lançamento por homologação (sem prévio exame da autoridade administrativa), se o contribuinte antecipa o pagamento do tributo, tal pagamento implica que o fisco toma conhecimento do fato e por isso tem o prazo de 5 anos para homologar a atividade exercida pelo obrigado (homologação expressa), sendo que, não o fazendo, decorridos 5 anos a contar do fato gerador, o lançamento considera-se homologado (homologação tácita), e, findo esse prazo, opera-se a decadência do crédito tributário (CTN, art. 150). Por outro lado, se o contribuinte não antecipa o pagamento, e por isso o fisco não toma conhecimento do fato, a contagem do prazo decadencial é feita a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado (CTN, art. 173, I).

No presente caso, de acordo com o demonstrativo à fl. 4, os valores dos meses de abril a setembro de 2008 especificados na coluna “Recolhido”, relativos às parcelas do ICMS não sujeitas à dilação de prazo (que no demonstrativo são chamadas de “Normal”), foram em parte recolhidos

à época dos fatos, conforme extrato à fl. 22. Como o contribuinte efetuou os pagamentos, o fisco tomou conhecimento, porém não adotou nenhuma medida fiscal para verificar a regularidade da situação em relação aos valores recolhidos e em relação aos valores cujos prazos de recolhimento foram dilatados. Essa omissão do fisco implicou a decadência do direito do Estado de lançar os valores que vieram a ser extemporaneamente levantados no presente Auto, relativamente às parcelas com vencimentos assinalados para os meses de abril a setembro de 2014.

Porém, em relação aos valores relativos aos meses de outubro a dezembro de 2008 e abril de 2009, relativos às parcelas do ICMS não sujeitas à dilação de prazo, embora tais valores constem na coluna “Recolhido”, eles não foram recolhidos, conforme extratos às fls. 22 e 23. Como tais parcelas não foram recolhidas, automaticamente em relação aos meses a elas correspondentes o contribuinte perdeu o direito ao benefício em relação à parcela incentivada naqueles meses, conforme prevê o art. 18 do Regulamento do Desenvolve:

“Art. 18. A empresa habilitada que não recolher ao Tesouro do Estado, na data regulamentar, a parcela do ICMS não sujeita à dilação de prazo, perderá o direito ao benefício em relação à parcela incentivada naquele mês.”

Nesse sentido, as parcelas dilatadas relativas aos meses de outubro a dezembro de 2008 e abril de 2009 tinham previsão de vencimento para 20.10.14, 20.11.14, 20.12.14 e 20.4.15. Para as três primeiras (20.10.14, 20.11.14 e 20.12.14), relativas ao exercício de 2014, como nada foi antecipado, o prazo para verificação e homologação pelo fisco extinguir-se-ia após 5 anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, ou seja, 1º de janeiro de 2015. Como o lançamento foi feito em 10.8.15, não havia ocorrido ainda a decadência. Segundo o mesmo raciocínio, é evidente que em relação à última parcela (20.4.15) também não havia ocorrido ainda a decadência, tendo em vista que, como nada foi antecipado, o prazo para verificação e homologação pelo fisco extinguir-se-ia após 5 anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, ou seja, 1º de janeiro de 2016, e o lançamento foi feito em 10.8.15, não havendo por que se alegar decadência. Mantidos os valores não alcançados pela decadência, com vencimentos assinalados para os meses de outubro a dezembro de 2014 e abril de 2015.

Os autuantes, na informação, fazem menção à regra do § 2º do art. 19 do Regulamento do Desenvolve. Ocorre que o art. 19 se refere à possibilidade de “cancelamento da autorização” para uso dos incentivos. Não se deve confundir “cancelamento da autorização” do incentivo com “perda do direito” ao benefício em relação a determinado mês. O “cancelamento” implica a revogação dos benefícios em caráter geral (art. 19), ao passo que a “perda” afeta apenas o direito ao benefício em relação à parcela incentivada de determinado mês em relação ao qual não foi recolhida na data regulamentar a parcela do ICMS não sujeita à dilação de prazo (art. 18).

Tomando por referência o quadro à fl. 4, o demonstrativo do débito deverá ser ajustado com base nas seguintes indicações:

Data Ocorr.	Data Venc.	Multa	Valor Histórico
20.09.2014	20.10.2014	50%	14.626,58
20.10.2014	20.11.2014	50%	37.106,13
20.11.2014	20.12.2014	50%	54.718,08
20.03.2015	20.04.2015	50%	191.451,67
Soma			297.902,46

Não acato a alegação de que neste caso estaria havendo neste caso o anatocismo – juros sobre juros –, pois o lançamento foi feito segundo as praxes usuais nas situações contempladas nesse tipo de levantamento. Indefiro por isso o requerimento de diligência para que fossem excluídos os juros sobrados sobre juros e também as multas cobradas sobre juros.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

VOTO DISCORDANTE

Com a devida vênia, apesar do bem elaborado voto proferido pelo relator, o meu entendimento aponta em sentido absolutamente contrário de que houve a decadência do direito de o Estado lançar os valores extemporaneamente levantados no presente Auto de Infração, relativamente às parcelas com vencimentos assinalados para os meses de abril a setembro de 2014.

Na defesa (fls. 46/55), o autuado informa, inicialmente, que seu estabelecimento deixou de exercer a atividade de fabricante de chocolates, desde meado de junho de 2009, funcionando a partir de então como um escritório administrativo; que o fechamento da fábrica foi consequência da piora gradativa dos índices econômicos da atividade, da alta carga tributária, do parque industrial ocioso, das máquinas inoperantes, do processo de recuperação judicial.

Explica que em 04.12.09, a unidade fabril foi arrendada a Ilpisa, detentora da marca Valedourado, que passou a fabricar chocolate; com o fechamento da fábrica e posterior arrendamento, somente usufruiu dos benefícios do Desenvolve por cerca de 6 anos, metade do tempo previsto de 12 anos, conforme consta da aludida Resolução.

Argumenta ainda que o prazo de 72 meses para pagamento do saldo devedor do ICMS concedido foi gerado em razão dos investimentos previstos no projeto incentivado e, nesse caso, o entendimento que deve prevalecer é que o valor investido pela empresa ainda não teria sido integralmente absorvido pelo incentivo fiscal de diliação do prazo do imposto, não sofrendo o Estado nenhum tipo de perda de arrecadação com a eventual falta de recolhimento do ICMS alegado nos autos, uma vez que só exerceu suas atividades na metade do tempo previsto e a renúncia fiscal da outra metade já estaria prevista no projeto inicial da Resolução nº 09/2003.

Alega, por fim, que não fez os recolhimentos relacionados às parcelas, cujos pagamentos não foram dilatados, significando que teria perdido o direito ao benefício em relação à parcela dilatada, conforme o art. 18 do Regulamento do DESENVOLVE. Diz que a parcela de março 2008, inclusive, já fora exigida em outro Auto de Infração de nº 141596.0401/08-2.

Pois bem, a autuação versa sobre a falta de recolhimento do ICMS incentivado, cujo pagamento foi dilatado, no prazo regulamentar, nos termos do Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia - DESENVOLVE, conforme determinado pela Lei 7.980/01, regulamentado pelo Decreto 8.205/02 e, especificamente, pela Resolução nº 09/2003 (fls. 07/08), ratificada pela Resolução nº 137/2006 (fls. 09/10), no período descrito na inicial dos autos, totalizando a importância de R\$914.744,13.

O respectivo Auto de Infração foi lavrado em 10.08.15 e os valores reclamados foram devidamente informados em declaração eletrônica - DMA, conforme estabelecido na legislação que rege a espécie e se referem às parcelas do imposto devido pelo contribuinte, cujo prazo de pagamento foi postergado, sendo que, no vencimento, não houve o competente recolhimento. Os Auditores Fiscais designados na presente ação fiscal, apuraram a irregularidade, discriminaram o imposto que deveria ter sido recolhido, no prazo determinado na lei, elaborando respectivo demonstrativo, conforme parágrafo único do art. 4º do regulamento do DESENVOLVE. Admitindo o acerto do argumento fiscal acerca da parcela em março de 2008 (R\$242.436,20), já incluída no Auto de Infração nº 141596.0401/08-2, a exigência foi alterada para exclusão do respectivo valor, remanescendo a importância de R\$672.307,92 (fls. 93).

Sabe-se que o lançamento tributário de ofício deve necessária obediência aos princípios da legalidade, da moralidade e da eficiência administrativa que regem a Administração Pública, evitando dar continuidade à cobrança de crédito tributário sabidamente indevido ou proceder à lavratura de autos de infração, quando praticados com ilegalidade ou abuso de poder.

De igual sorte, não se pode recorrer, como no presente caso, a uma *simplificação fiscal*, em relação às dificuldades estruturais do negócio empreendido, a ausência de perda de arrecadação na falta de recolhimento do imposto apurada nos autos ou sob o juízo de que a renúncia fiscal já estaria prevista no projeto inicial que resultou na Resolução nº 09/2003, do Programa DESENVOLVE, em face aos conteúdos axiológicos superiores do sistema tributário, especialmente, a exigibilidade dos tributos, que deve coincidir com o princípio da *indisponibilidade do patrimônio público, atinente ao crédito tributário*.

Quanto ao argumento defensivo de que lhe foi concedido benefício fiscal por um prazo de doze anos e que tendo encerrado suas atividades ainda não usufruiu a totalidade do prazo dos benefícios fiscais concedidos, tratando-se de um caso omissos a ser resolvido pelo CD do DESENVOLVE (art. 23 do Regulamento - Dec. 8.205/02), não pode ser acolhido, tendo em vista que conforme disposto nos artigos 3º e 7º da mesma norma, compete àquele Conselho editar Resoluções fixando os benefícios fiscais e prazos de fruição para cada empresa. Uma vez concedido os benefícios mediante Resoluções, compete à fiscalização verificar o cumprimento das obrigações tributárias decorrentes pelo sujeito passivo e efetuar lançamento de ofícios quando ocorrer seus descumprimentos.

Não tem, portanto, amparo nos autos e mesmo no direto, a alegação da defesa de que não fez os recolhimentos das parcelas com pagamento não dilatados, aduzindo que houve a perda do benefício em relação à parcela dilatada, nos termos do art. 18 do RDESENVOLVE, na tentativa vã de atrair em seu favor a decadência dos valores exigidos nos autos.

Em primeiro lugar, porque os valores não recolhidos regularmente pelo contribuinte, foram exigidos através do Processo Administrativo fiscal - PAF nº 8500002919/12-0 (fl. 940). Depois, ainda que nem existisse o pagamento, não é esse o propósito da norma do benefício, uma vez que não se estriba em incentivar o próprio devedor no descumprimento das regras. Trata-se de princípio geral do direito, através do qual "*ninguém pode alegar a própria torpeza em benefício próprio*". No caso, segundo o equivocado raciocínio do autuado, a falta de pagamento regular da parcela, cujo prazo não foi dilatado, teria provocado a perda do benefício da diliação do prazo, antecipando o prazo para pagamento das respectivas parcelas, considerando a época dos fatos geradores.

Ledo engano. Dispõe a norma instituidora do benefício fiscal (art. 5º, II e parágrafo único da Lei 7.980, de 12.12.2001), que o valor do ICMS incentivado será escriturado em separado na escrita fiscal do estabelecimento, e recolhido nos prazos deferidos na autorização. Sobre cada parcela do ICMS com prazo de pagamento dilatado, incidirão encargos financeiros correspondentes à taxa anual de juros de longo prazo, estabelecida na resolução do Conselho Deliberativo do Desenvolve que conceder o incentivo, de acordo com a gradação constante da Tabela II, anexa ao Regulamento do Desenvolve, aprovado pelo Decreto nº 8.205/2002 (art. 3º, § 3º)

A Resolução 09/2003 (DOE de 02.04.2003) que habilitou o contribuinte, ora autuado, aos benefícios do Programa DESENVOLVE concedeu diliação de prazo de 72 meses para pagamento do saldo devedor do ICMS relativa às operações próprias, gerado em razão dos investimentos previstos no projeto incentivado. Estabeleceu ainda que sobre a parcela do ICMS com prazo de pagamento dilatado, incidirá taxa de juro - TJLP ao ano. Considerando os saldos devedores apurados mês a mês, não recolhidos, a partir de abril de 2008 até novembro de 2008, além do mês de março de 2009, conforme consta do demonstrativo retificado de fl. 93, discriminado a parcela incentivada (80%), o ICMS normal (20%), prazos para os respectivos pagamentos, além dos valores a serem pagos atualizados pela TJLP, exatamente como consignaram as Auditoras Fiscais no aludido demonstrativo.

Os valores exigidos têm origem no saldo devedor do ICMS, cuja parcela incentivada, contou com o prazo do pagamento dilatado, conforme expressão do art. 2º da Resolução 09/2003, declarado

pelo próprio beneficiado nas suas DMA - Declaração Mensal de Apuração do ICMS (art. 333 do RICMS-BA).

Sendo a DMA um exato reflexo dos lançamentos efetuados nos livros fiscais e, como no livro Registro de Apuração do ICMS deverão constar no campo das deduções de Apuração dos Saldos, o valor da parcela do imposto com o prazo dilatado, conforme estabelece o § 2º, art. 5º do Regulamento do Programa DESENVOLVE, a DMA, também, deverá informar tais lançamentos, cabendo observar, ainda, que mensalmente os beneficiários do Programa apresentarão à SEFAZ, mediante documento específico, o valor de cada parcela mensal cujo prazo de pagamento tenha sido dilatado, valendo a informação como confissão do débito.

Os argumentos da crise econômica, da recuperação judicial, do arrendamento dos negócios, ou mesmo de encerramento das atividades, portanto, não podem ser acolhidos, uma vez que as operações incentivadas existiram, competindo ao sujeito passivo, recebido os benefícios fiscais e fixado o período de sua fruição, apurar o imposto devido mensalmente e efetuar o seu recolhimento, nos prazos estabelecidos na legislação. Assim não agiu o contribuinte autuado. O ICMS devido foi apurado, lançado nas declarações fiscais e eletrônicas, contudo, não recolhido, nos prazos previstos na legislação tributária. A parcela do ICMS considerada normal, quando não recolhida, foi objeto da ação fiscal, competente para o lançamento de ofício, a cargo do Fisco estadual; a parcela incentivada, dilação do prazo de pagamento para 72 meses, também não cumprida pelo beneficiado, é o fulcro do presente Auto de Infração.

Vale consignar, inclusive, que o autuado poderia ter feito a liquidação antecipada de cada uma das parcelas incentivadas com desconto de 90%, de acordo com o art. 7º da Lei 7.980/01.

Dessa forma, correta a acusação da falta de recolhimento no prazo regulamentar do ICMS relativo à parcela incentivada conforme disposto na legislação do DESENVOLVE. Cabível ressaltar que os valores do imposto exigido foram apurados a partir das declarações eletrônicas do próprio contribuinte autuado, através dos Documentos de Informações Econômico-fiscais – DMA, conforme fazem provas as cópias coladas aos autos, fls. 11 a 21, além do demonstrativo alterado de fl. 93.

Diante de tais fatos, com toda vênia, é absolutamente equivocada a avaliação da relatoria de que o contribuinte efetuou os pagamentos, o fisco tomou conhecimento, porém não adotou nenhuma medida fiscal para verificar a regularidade da situação em relação aos valores recolhidos e em relação aos valores cujos prazos de recolhimento foram dilatados. Teria assim, tal omissão, implicado decadência do direito de o Estado lançar os valores exigidos no presente Auto de Infração, em relação às parcelas com vencimentos assinalados para os meses de abril a setembro de 2014. Houve, na realidade, uma má avaliação no voto do nobre relator, confundindo as espécies de pagamento, às quais ficam obrigados os beneficiário do DESENVOLVE.

O recolhimento do ICMS por tais contribuintes obedecerá às normas vigentes na legislação do imposto. As parcelas do ICMS que não tenham sido dilatada, considerada normal, serão recolhidas até o dia 09 do mês subsequente ao da ocorrência dos fatos geradores (art. 124, I, RICMS BA, Decreto nº 6.284/97). As parcelas do ICMS cujo prazo tenha sido dilatado serão recolhidas até o dia 20 do mês de vencimento (Decreto nº 8.205/2002, art. 4º).

Ora, o fato de o contribuinte ter feito o recolhimento de parte do imposto normal não pode sustentar a afirmação do relator de que tais pagamentos (abril a setembro de 2008), *"especificados na coluna "Recolhido", relativos às parcelas do ICMS não sujeitas à dilação de prazo"*, sendo recolhidos à época dos fatos, tendo o fisco tomado conhecimento e, em não adotando nenhuma medida fiscal, implicou a decadência do direito lançar os valores levantados no presente Auto de Infração, correspondentes aos períodos e valores assinalados para os meses de abril a setembro de 2014.

Segundo tal entendimento, apenas as parcelas dilatadas dos meses de outubro a dezembro de 2008 (que nada teria sido antecipado) e abril de 2009, que tinham previsão de vencimentos, para as datas 20.10.14, 20.11.14, 20.12.14 e 20.4.15, o prazo para verificação e homologação pelo fisco extinguir-se-ia após 5 anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, ou seja, 1º de janeiro de 2015. Como o lançamento foi feito em 10.8.15, não havia ocorrida ainda a decadência.

No entanto, assim como não foram acolhidas as alegações da defesa, divirjo integralmente da posição do relator, ao tempo em que, concedidos os benefícios do Programa DESENVOLVE e fixado o prazo para sua fruição, cabe ao contribuinte apurar o imposto mensalmente devido e fazer o seu recolhimento, nos prazos estabelecidos. Logo, não há qualquer pertinência em vincular o prazo concedido para usufruir os benefícios fiscais com o montante devido em cada mês. O benefício fiscal se aplica ao saldo devedor apurado em razão dos investimentos previstos no projeto incentivado e ocorrendo encerramento de atividades, antes do prazo previsto, o Fisco laborou retamente, somente procedendo ao lançamento de ofício ao final do prazo acordado com o próprio beneficiário, respeitando o contrato firmado entre as partes.

Em sendo de interesse do contribuinte, este, sim, poderia efetuar a liquidação antecipada das parcelas incentivadas, com desconto, de acordo com a Lei 7.980/01.

O pagamento da parcela do ICMS normal, não incentivada, quando não recolhida regularmente, até o dia 09 do mês subsequente ao da ocorrência dos fatos geradores (art. 124, I, RICMS/BA), foram objeto de competente exação fiscal. Trata-se, pois, da obrigação natural de todo o contribuinte e não, especificamente, dos beneficiários do DESENVOLVE.

Ocorre que os pagamentos do ICMS normal (código da receita 806) ou a sua ausência não têm qualquer vinculação com a exigência da ICMS relativo às parcelas dilatadas, consignadas no presente Auto de Infração, para fins da antecipação do pagamento imposto, previsto no § 4º do art. 150 do CTN, conforme lavrou o nobre relator, o que o levou ao equívoco de considerar ter ocorrida a decadência dos valores exigidos, nos meses em que teria havido alguma antecipação de ICMS.

Aliás, esse assunto, apesar de ostentar alguma complexidade, inerente aos institutos que regulam a perda de um direito e ligados à noção de segurança jurídica, sequer é inédito nesse Conselho de Julgamentos Fiscais do Estado da Bahia, uma vez que na sessão para apreciação da mesma matéria, que originou o acórdão JJF Nº 0152-03/14, a decisão foi no sentido de que não há falar em pagamento antecipado e, por conseguinte, extinção do crédito tributário.

A decisão foi embasada em parecer jurídico exarado pelo PGE/PROFIS, nos seguintes termos: 1) A natureza jurídica do benefício do DESENVOLVE é um incentivo de índole financeira, havendo tão-somente um comando de postergação de pagamento do tributo, não ensejando qualquer modificação dos elementos formativos do imposto; 2) não se trata de decadência, que só surgiria, no prazo final de dilação para pagamento; o plexo normativo do DESENVOLVE não preconiza a perda do incentivo, na hipótese de pagamento a menos da parcela dilatada, antes do prazo final de dilação, não sendo possível imaginar o exercício do direito de lançar e, muito menos, o manejo de ação de cobrança; 3) não se trata também de prescrição, considerando que a perda do direito referente à ação de cobrança do crédito tributário, pelo decurso do prazo de cinco anos, conta-se da data de sua constituição definitiva, que se opera quando da existência de contestação da prolação de decisão pelos órgãos de julgamento do contencioso administrativo, conforme dispõe o art. 174 do CTN.

Semelhante decisão encontra precedente também no acórdão JJF Nº 0129-05/15 e mesmo nessa primeira junta, que já decidiu no sentido de que não existe decadência, no caso específico das parcelas com prazo de pagamento dilatado do Programa DESENVOLVE, considerando que a contagem do prazo decadencial não se inicia no período da ocorrência dos fatos geradores das

operações que demandaram o incentivo, conforme aduzido pelo autuado e pelo nobre relator, mas, sim, a partir do transcurso do prazo final de dilação, considerando que não é possível à Fazenda Pública efetuar o lançamento de ofício antes de vencido o prazo para cumprimento da obrigação tributária principal pelo autuado (acórdão JJF Nº 0036-01/15).

Dito de outra forma, enquanto não vencido o prazo dilatado, a Fazenda Pública não pode efetuar o lançamento, em respeito ao contrato e a própria segurança jurídica, direito fundamental, elencado no art. 5º da CF/88, sendo óbvio que o direito de constituição do crédito tributário mediante lançamento de ofício somente poderia ser exercido, depois de expirado o prazo e não cumprida a obrigação tributária por parte do contribuinte.

Nem se poderia cogitar decisão razoável diversa. A decadência é a extinção do direito pela inércia do titular, quando a eficácia desse direito estava originalmente subordinada ao exercício dentro de determinado prazo, que se esgotou, sem o respectivo exercício. A decadência atinge diretamente, portanto, o direito em razão da desídia do titular durante, certo lapso temporal. O que não houve, em absoluto, no caso em questão. Em contrário, a Fazenda Pública respeitou os prazos acordados com o contribuinte, para somente depois, vencidos, sem que o sujeito passivo lograsse cumprir os pagamentos do imposto pactuado, constituir o respectivo crédito tributário. O tempo age, no caso de decadência (ou prescrição), como um requisito do ato. No caso, esse tempo foi pactuado pelas partes e respeitado pela Fazenda Pública Estadual.

Posto isso, concluo que não ocorreu a decadência arguida pelo autuado, equivocadamente confirmada pelo nobre relator, haja vista que com a lavratura do Auto de Infração foi efetivado o devido lançamento do crédito tributário e, na data de início da ação fiscal, não houve transcurso do prazo que autorizasse o instituto da decadência, adotando-se qualquer marco legal.

Não adimplida pelo contribuinte beneficiário do DESENVOLVE, no vencimento, a parcela dilatada do ICMS, correta é a imposição do lançamento de ofício corrigido pela TJLP com a indicação da data do vencimento para fins da data de cálculo dos acréscimos legais.

Diante do exposto, o lançamento fiscal é em PARTE PROCEDENTE, no valor de R\$672.307,92.

É assim que voto.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por decisão não unânime, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **108580.0075/15-8**, lavrado contra **PIRAJÁ INDÚSTRIA DE CHOCOLATES LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$297.902,46**, acrescido da multa de 50%, prevista no art. 42, inciso I, da Lei nº 7.014/96, e dos demais 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 das Sessões do CONSEF, 24 de maio de 2016

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO/RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR/VOTO DISCORDANTE

JOWAN DE OLIVEIRA ARAÚJO – JULGADOR