

PROCESSO - A. I. Nº 108595.0003/17-9
RECORRENTE - EXTRUSA INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PLÁSTICOS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4º JJF nº 0193-04/17
ORIGEM - INFAZ INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 17/05/2018

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0087-12/18

EMENTA: ICMS. BENEFÍCIO FISCAL. PROGRAMA DESENVOLVE. FALTA DE PAGAMENTO NO PRAZO REGULAMENTAR DA PARCELA NÃO SUJEITA À DILAÇÃO. PERDA DO DIREITO AO BENEFÍCIO. A falta de recolhimento, na data regulamentar, da parcela não sujeita a dilação do prazo, resultou na perda do direito ao benefício, nos respectivos meses, onde se verificou o atraso em relação à parcela incentivada prevista pelo Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – DESENVOLVE. Acusação elidida em parte com a dedução das parcelas recolhidas, em alguns meses, a título do benefício, através da Denúncia Espontânea-DE. Modificada em parte a Decisão recorrida para julgar o A.I. procedente em parte. Indeferido pedido de diligência. Afastada a preliminar de nulidade do lançamento. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão da Junta de Julgamento que declarou a procedência do Auto de Infração. O ato de lançamento em lide foi expedido em 24/05/2017 objetivando reclamar crédito tributário no montante de R\$1.521.284,91 em decorrência da seguinte acusação: *“Recolheu a menor o ICMS em razão da falta de recolhimento, na data regulamentar da parcela não sujeita a dilação de prazo, perdendo o direito ao benefício em relação à parcela incentivada prevista pelo Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia - Desenvolve”*. Consta, ainda, a título de complemento: *“A Empresa não recolheu o ICMS na data do vencimento, tendo portanto perdido o direito a dilação do prazo. As parcelas não incentivadas foram cobradas através das DDs: 8500005865161; 8500001879176; 8500005306154. Importante salientar que o ICMS recolhido com o código 2167, nos meses de set/16, dez/16 e jan/17 foram abatidos das parcelas do ICMS a recolher”*.

Regularmente cientificado do lançamento, o autuado ingressou com Impugnação, fls. 47 a 50.

Os julgadores de 1ª instância ao decidirem a lide proferiram o voto a seguir transcrito:

VOTO DA JJF

A acusação imputada ao autuado foi em decorrência deste ter realizado recolhimento a menos do ICMS, em razão da falta de pagamento em data regulamentar, da parcela não sujeita a dilação de prazo, perdendo o direito ao benefício em relação a parcela incentivada prevista pelo Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia - Desenvolve.

Em sua defesa o autuado alegou que a Lei nº 7.980/2001 que instituiu o Programa Desenvolve não prevê que o atraso no recolhimento da parcela não dilatada seja motivo para a exigência integral da parcela que foi dilatada, citando, em seu socorro o Art. 9º da referida Lei.

Não assiste razão ao autuado em seu argumento. O referido Art. 9º, em nenhum momento trata de questão relacionada a atraso de recolhimento do imposto referente a parcela não dilatada. O que ali está previsto é o

cancelamento da autorização para uso dos incentivos fiscais do Programa, situação esta que é da alçada do Conselho Deliberativo do Desenvolve, diferentemente do que ocorreu na presente autuação.

O levantamento foi levada a efeito com lastro no Art. 38 da Lei nº 7.014/96, que assim dispõe:

Art. 38. Quando o reconhecimento do benefício do imposto depender de condição, não sendo esta satisfeita, o imposto será considerado devido no momento em que ocorreu a operação ou prestação.

Foi considerado, também, e sobretudo, o disposto pelo Art. 18 do Regulamento do Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – DESENVOLVE, instituído pela Lei nº 7.980/2001, que assim se apresenta:

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.

*Portanto, à luz do quanto acima disposto, nos meses em que o contribuinte deixar de recolher no prazo regulamentar o ICMS não sujeito à dilação de prazo, **perderá o direito ao benefício do DESENVOLVE relativamente à parcela incentivada naquele mês**, não se tratando, portanto, de cancelamento do benefício do Programa que continuará em vigor em relação aos demais meses constantes da respectiva Resolução nº 154/2011.*

Observe que o autuado não nega que efetuou o recolhimento do ICMS em atraso, ou que não o tenha feito, no que tange a parcela não sujeita a dilação do prazo, ao contrário, confessou esse fato de forma explícita em sua defesa quando assim se expressou: “As eventuais faltas de recolhimento do ICMS Normal apontadas foram exigidas através de Débito Declarado, citados no próprio texto da infração 01, e estão em parcelamento”.

Por outro lado, vejo que o autuado aduziu que haveria equívocos no levantamento fiscal, sob a alegação de que as autuantes não consideraram o valor de R\$156.799,16 que foi recolhido a título de antecipação da parcela dilatada, uma vez que, cassado o benefício, deverá se abater da parcela integral exigida o valor porventura já recolhido.

A este respeito vejo que, de fato, ao considerar a exigência na integralidade do valor do débito apurado pelo autuado no mês em que ocorreu a perda do benefício, qualquer valor que porventura tenha sido objeto de pagamento antes de iniciada a ação fiscal, deverá ser considerado a título de abatimento, e isto foi levado em conta pelas autuantes em relação aos meses de setembro/16, dezembro/16 e janeiro/17, totalizando a quantia de R\$92.092,64 recolhida sob o código de operação 2167. Quanto aos demais valores alegados pelo autuado como recolhidos conforme indicação na planilha de folha 52, não vieram aos autos a comprovação destes pagamentos, razão pela qual não podem ser admitidos.

Desta maneira, estando ausentes nos autos elementos que possam desconstituir o lançamento, voto pela Procedência do Auto de Infração.

Inconformado com a Decisão de piso o contribuinte ingressou com Recurso Voluntário protocolado em 08/11/2017, peça que se encontra juntada às fls. 79 a 90 dos autos, firmado por procurador habilitado nos autos através do instrumento juntado à fl. 97.

Suscitou, de início a preliminar de nulidade da autuação por inexistência no presente Auto de Infração, da juntada do Termo de Início de Fiscalização, documento necessário para o início do procedimento fiscal, sustentando não haver prova de que a empresa foi previamente cientificada, recebendo de forma repentina este processo administrativo fiscal, já em sua forma conclusiva.

Declarou que o direito à ampla defesa está previsto na Constituição Federal de 1988 no seu artigo 5º, inciso LV: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Fundamentou o pedido de nulidade nas disposições do Art. 18 do Decreto nº 7629/99, que regulamenta o Processo Administrativo Fiscal (RPAF), abaixo transcrito:

“Art. 18. São nulos:

I – (...);

II - os atos praticados e as decisões proferidas com preterição do direito de defesa”.

No mérito trouxe como fato novo neste momento, novos comprovantes de pagamento da parcela beneficiada do DESENVOLVE, sob o código de receita 2167 – ICMS PROGRAMA DESENVOLVE, que **não foram considerados na planilha** de apuração anexada pela Auditora Fiscal neste Auto de Infração, e que foi utilizada como base para os lançamentos de crédito tributário.

Estes comprovantes se referem aos meses:

04/2013, no valor de R\$ 4.975,82, pago dia 20/06/2013;
02/2014, no valor de R\$ 5.299,54, pago dia 22/04/2014;
07/2014, no valor de R\$ 6.418,91, pago dia 22/09/2014;
08/2015, no valor de R\$ 1.825,95, pago dia 20/10/2015.

Disse que esses pagamentos foram extraídos do site da Secretaria da Fazenda na consulta do histórico dos pagamentos da defendente, e que **não** foram considerados no levantamento do auto de infração, não sendo abatidas do levantamento efetuado quando da lavratura do auto de infração. Anexou espelhos dos comprovantes de recolhimento às fls. 82 a 85 deste PAF.

No tocante às razões de direito que fundamentam o Recurso o contribuinte reafirmou que a infração em análise decorreu do recolhimento a menor do ICMS Normal em razão da falta de recolhimento na data regulamentar da parcela não sujeita a dilação de prazo, perdendo o direito ao benefício em relação à parcela incentivada prevista no Programa Desenvolve.

Entende a recorrente que pela melhor hermenêutica, o intérprete não pode fazer a interpretação da lei, de acordo com seus interesses. Uma vez que o Decreto nº 8.205/02 não dispõe que a perda do benefício ocorrerá também pelo recolhimento a menor do ICMS Normal da parcela não sujeita a dilação de prazo, mas, somente quando não ocorrer o recolhimento, o que não se observa neste caso, já que o pagamento está sendo feito, através do parcelamento, regularmente concedido.

Frisou em seguida que conforme decisões recentes do CONSEF, não enseja a perda do benefício o recolhimento a menor do ICMS Normal, conforme trechos de acórdão transcritos abaixo:

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL. ACORDÃO JJF Nº 0209-04/09 EMENTA: ICMS. PROGRAMA DESENVOLVE. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. USO INDEVIDO DE INCENTIVO FISCAL. Restou comprovado que a restituição de indébito decorreu de operação não realizada e pode ser utilizado no pagamento das obrigações tributárias da empresa, e, que o sujeito passivo, na apuração do benefício fiscal de dilação do prazo para recolhimento do imposto, incluiu valores relativos à diferença de alíquota de uso/consumo não contemplado no benefício concedido, o que resultou em recolhimento a menos do imposto. A legislação não prevê a perda do benefício em razão do recolhimento efetuado a menos, e sim pela falta de recolhimento da parcela do ICMS não sujeita à dilação do prazo. Infração descaracterizada em parte. Auto de Infração PROCEDENTE EM PARTE. Decisão unânime.

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL. ACÓRDÃO JJF Nº 0426-04/09 EMENTA: ICMS. 3. PROGRAMA DESENVOLVE. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO RELATIVO A PARCELA NÃO DILATADA. A legislação não prevê a perda do benefício em razão do recolhimento a menos, mas pela falta de recolhimento da parcela não sujeita à dilação do prazo. Não incide a regra do art. 18, Dec. 8.250.02. Infração descaracterizada. [...] Auto de Infração PROCEDENTE EM PARTE. Decisão unânime.

Diante desse necessário afirma que a infração em exame deve ser descaracterizada, por não encontrar fundamento legal, seja no Decreto nº 8.250/02 ou na jurisprudência majoritária que norteiam as decisões desta Secretaria da Fazenda Estadual.

Declarou ainda que não obstante o pagamento das parcelas acima, a Impugnante ainda efetuou o parcelamento dos débitos oriundos do ICMS Normal, parcelamento este, que se encontra em dia, antes de iniciado qualquer procedimento fiscalizatório, de maneira espontânea.

Aduziu ainda que o art. 138, caput, CTN, prevê que ocorrerá a exclusão da responsabilidade pela denúncia espontânea. Que no caso concreto a Impugnante, espontaneamente efetuou o parcelamento do ICMS Normal, não cabendo responsabilização por infração. Ademais, em decisão recente deste CONSEF, foi considerado indevido o lançamento de infração, conforme transcrição abaixo:

“1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL ACÓRDÃO JJF Nº 0246-01/14 EMENTA: ICMS. BENEFÍCIOS FISCAIS. DESENVOLVE. RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. PERDA DO BENEFÍCIO RELATIVAMENTE À PARCELA INCENTIVADA. O autuado efetuou o pagamento do imposto devido, em relação às parcelas não sujeitas ao benefício do Desenvolve, antes do início da ação fiscal, e a purgação da mora implica a manutenção do benefício. Precedentes deste Conselho. Lançamento indevido. Decisão unânime”.

Ressaltou, em acréscimo, que este CONSEF vem julgando também no âmbito das Câmaras, Segunda Instância de julgamento, de forma favorável à não perda do benefício, em caso de atraso no pagamento da parcela não incentivada do DESENVOLVE, conforme exemplos de Acórdãos, a seguir citados e reproduzidos quanto ao resumo:

**“2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO CJF Nº 0027-12/09**

EMENTA: ICMS. BENEFÍCIO FISCAL. DESENVOLVE. SUSPENSÃO DO BENEFÍCIO. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. Acusação de recolhimento de ICMS efetuado a menos em virtude da falta de pagamento, na data regulamentar, das parcelas não sujeitas à dilação de prazo, acarretando a perda do direito ao benefício em relação às parcelas incentivadas. Falta de atendimento de requisito regulamentar para fruição do benefício. Modificada a Decisão recorrida. O contribuinte efetuou o pagamento do imposto devido, em relação às parcelas não sujeitas ao benefício do DESENVOLVE, antes do início da ação fiscal, mediante “denúncia espontânea”. Purgação da mora, acarretando a manutenção do benefício. Afastada, na fase recursal, a exigência tributária contida no item 1 do lançamento. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime”.

**“2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO CJF Nº 0207-12/08**

EMENTA: ICMS. PROGRAMA DESENVOLVE. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. PERDA DO BENEFÍCIO EM RELAÇÃO À PARCELA INCENTIVADA. A falta de recolhimento, na data regulamentar, da parcela não sujeita a dilação de prazo, implica na perda do direito ao benefício em relação à parcela incentivada. Modificada a Decisão recorrida. A empresa efetuou pagamento do imposto devido, mediante “denúncia espontânea” apresentada antes da ação fiscal. Afastada a exigência tributária. Infração improcedente. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime”. (grifei)

Ponderou ainda que o art. 138 do Código Tributário Nacional – CTN (Lei Nº 5.172, DE 25 DE OUTUBRO DE 1966), estabelece que a responsabilidade é excluída com a denúncia espontânea da infração e que a empresa não pode ser penalizada por atraso de recolhimentos – que não se confunde com falta de pagamento. Nos meses em que houve a falta, considerando a existência da Denúncia Espontânea e o respectivo parcelamento do débito também estaria descaracterizada a infração.

Após transcrever o teor do art. 138 do CTN, a recorrente formulou os seguintes pedidos:

1. anulação do Auto de Infração de nº 1085950003/17-9;
2. Caso não seja esse o entendimento, que seja DEFERIDO o pedido de diligência fiscal, por auditor estranho ao feito, para que, com a imparcialidade necessária, confirmando as arguições suscitadas no presente Recurso, com vistas a ratificar as arguições de improcedência.
3. Por fim, que seja reconhecida a IMPROCEDÊNCIA TOTAL da autuação, tendo em vista restarem comprovados os pagamentos de alguns impostos, bem como efetuado o parcelamento dos outros que não foram recolhidos tempestivamente.

VOTO

Inicialmente o contribuinte arguiu a NULIDADE do presente lançamento por ausência por Termo de Início deflagrador da ação fiscal, caracterizando cerceamento ao direito de defesa e afronta ao devido processo legal. Não há nulidade se a falha apontada não implicar em prejuízo para a parte que a invoca. Na fase de fiscalização não se processa o exercício do contraditório e da ampla defesa, visto que os atos fiscalizatórios são regidos pelo princípio inquisitivo, cabendo à autoridade fiscal proceder todos os exames que sejam necessários para a apuração do fato tributário. Ademais, sem o Termo de Início de Fiscalização ou do Termo de Intimação para apresentação de Livros e Documentos, o direito do contribuinte exercer a espontaneidade no recolhimento dos tributos atrasados, em sua totalidade, não restou prejudicado. Conforme prescreve o art. 28, VI, do RPAF/99, poderá a autoridade fiscal iniciar o procedimento com a lavratura de Auto de Infração, visto que no caso em exame se trata de imposto beneficiado pelo programa DESENVOLVE, declarado pelo contribuinte e recolhido a menos em relação à parcela

não incentivada. As informações relacionadas ao recolhimento a menos já se encontravam no banco de dados da SEFAZ-Ba e não demandavam procedimento investigatório através do exame de elementos da escrita fiscal do contribuinte. Após o lançamento os eventuais pagamentos realizados pelo contribuinte e não deduzidos no Auto de Infração, poderiam ser objeto de redução do débito, abrindo-se assim a exercício do contraditório, conforme foi consignado na decisão da Junta de Julgamento.

Pelas razões acima expostas não acolho o pedido de nulidade suscitado na peça recursal.

Relativamente ao pedido de diligência formulado na parte final da petição de recurso: indeferido o requerimento de remessa dos autos para revisão do lançamento considerando que questão relativa à interpretação dos dispositivos normativos atinentes à perda ou não do benefício nos meses em que houve atraso no pagamento é questão exclusivamente de direito, não demandando investigação probatória. Por sua vez as provas relacionadas aos pagamentos não deduzidos na autuação serão objeto de exame e deliberação no enfrentamento das questões de mérito.

No que tange ao MÉRITO observo, conforme foi sinalizado na Decisão da Junta de Julgamento, que a autuação foi levada a efeito com lastro no art. 38 da Lei nº 7.014/96, que assim dispõe:

Art. 38. Quando o reconhecimento do benefício do imposto depender de condição, não sendo esta satisfeita, o imposto será considerado devido no momento em que ocorreu a operação ou prestação.

Foi considerado, também, e sobretudo, o disposto pelo art. 18 do Regulamento do Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – DESENVOLVE, instituído pela Lei nº 7.980/2001, que assim se apresenta:

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.

A interpretação desse último dispositivo citado em conjunto com a prescrição do art. 38 da Lei nº 7.014/96 é no sentido de que nos meses em que o contribuinte deixar de recolher no prazo regulamentar o ICMS não sujeito à dilação de prazo, **perderá o direito ao benefício do DESENVOLVE relativamente à parcela incentivada naquele mês**, não se tratando, portanto, de cancelamento do benefício do Programa que continuará em vigor em relação aos demais meses constantes da respectiva Resolução concessiva.

Observo que os autuantes, na fase de Informação Fiscal, à fl. 62, aduziram que houve “recolhimento a menos do ICMS em razão da falta de recolhimento, na data regulamentar da parcela não sujeita a dilação de prazo, perdendo o direito ao benefício em relação à parcela incentivada prevista pelo Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – Desenvolve”.

O autuado, ora recorrente, usufrui do Benefício Fiscal do Desenvolve (Lei nº 7.980/01, Decreto nº 8.205/02 e 8.435/03, Parecer GETRI nº 8.873/10) desde 2009, através da Resolução nº 100/2008, para a produção de artefatos plásticos.

De acordo com o Decreto nº 8205/02, art. 18, a empresa habilitada ao Desenvolve, 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, sendo que o contribuinte foi penalizado apenas nos meses em que o ICMS incentivado não foi recolhido tempestivamente.

Há, portanto, na forma da legislação de regência, a necessidade de preenchimento de dois requisitos simultâneos para o integral usufruto do benefício fiscal, que é de natureza condicionada: 1º) o recolhimento integral da parcela não incentivada e; 2º) a realização desse pagamento no prazo regulamentar.

Conforme foi também indicada na decisão de piso a recorrente não nega que efetuou o recolhimento do ICMS em atraso, ou que não o tenha feito, no que tange a parcela não sujeita a

dilação do prazo. Confessou esse fato, em relação aos meses autuados, de forma explícita em sua defesa quando assim se expressou: “*As eventuais faltas de recolhimento do ICMS Normal apontadas foram exigidas através de Débito Declarado, citados no próprio texto da infração 01, e estão em parcelamento*”.

As decisões de Junta e Câmara deste CONSEF reproduzidas pelo contribuinte na peça recursal que expressam o entendimento de que não há perda do benefício nos meses em que se processe recolhimento em atraso ou não recolhimento do ICMS não incentivado, com posterior pagamento via denúncia espontânea e purgação da mora, foram proferidas em 2008 e 2009, e não representam o atual estágio da jurisprudência deste órgão de julgamento.

Nesta linha de entendimento cito o próprio Acórdão recorrido e o Acórdão relacionado à decisão exarada através do aresto nº 0104/12-2014, cujo teor, na parte que aqui tem pertinência, reproduzo abaixo:

(...)

O Estado, visando incentivar sua indústria, optou por conceder dilação de prazo do pagamento do ICMS para aquelas empresas que aqui se instalarem, ou mesmo que já instaladas, ampliassem seu parque industrial. Entretanto tal benefício fica condicionado ao cumprimento da norma estabelecida, que deve ser interpretada literalmente, pois no caso, ela deve proteger o ente tributante para que essas concessões não sejam ampliadas a operações, mercadorias ou mesmo situações outras em que o Estado não pretendeu concedê-las, ou mesmo expressamente a vedou, e tudo com base no art. 111, II, do Código Tributário Nacional – CTN.

No presente caso, através da Lei nº 7980/01, o Estado da Bahia institui o Programa de Desenvolvimento Industrial de Integração Econômica do Estado da Bahia, objetivando fomentar e diversificar a matriz industrial e agro industrial do Estado da Bahia. Dentro deste escopo, concedeu o benefício fiscal da dilação do prazo de pagamento de até 90% do saldo devedor mensal do ICMS normal, limitado a 72 meses, o diferimento do lançamento e pagamento do ICMS (art. 2º) e indicou os procedimentos para fins de apuração e recolhimento do ICMS devido (art. 5º).

E, como não poderia deixar de ser, estabelece que tais normais devam ser regulamentadas (art. 8º), visando, sempre, seus objetivos indicados no art. 1º.

Portanto, toda a situação ora discutida tem por base as determinações legais contidas no Decreto nº 8205/02 que regulamenta o benefício fiscal do DESENVOLVE, sendo elas as que prevalecem em relação ao benefício fiscal concedido, por possuir caráter excepcional e específico. Assim, ao estabelecer no seu art. 4º de que o recolhimento do ICMS pelo beneficiário do DESENVOLVE obedecerá às normas vigentes na legislação do imposto, significa a obediência a norma tributária posta e específica. E assim não poderia deixar de ser, pois, não podemos esquecer que o Decreto nº 8205/02 “Aprova o Regulamento do Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia - DESENVOLVE e constitui o seu Conselho Deliberativo”.

Caminhando na análise da legislação posta e específica, o seu Capítulo IV trata dos “Deveres e Sanções” e determinava o seu art. 18 até a data de 09/08/08.

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.

“§ 1º Caso o atraso ocorra por 03 (três) meses consecutivos ou 06 (seis) meses alternados, o incentivo será automaticamente suspenso.”

§ 2º A empresa que tiver o benefício suspenso, somente voltará a gozar do incentivo após a regularização total das obrigações de que trata o caput deste artigo.”

Diante deste contexto, caminhou a Procuradoria do Estado, através do Parecer exarado pelo n. Procurador Dr. José Augusto Martins Junior e apensado aos autos pelo recorrente, no sentido de que a norma acima transcrita abria margem para que se considerasse o prazo de “purgação da mora”, inclusive “não havendo que se falar sequer em “denúncia espontânea” e, por conseguinte, em lançamento por cometimento de conduta infracional” (fl. 246 – Parecer fls. 241/246).

Se aplicada no presente caso poderia ela ser aventada já que a exigência fiscal diz respeito a quatro meses alternados.

No entanto, através do Decreto nº 11.167, de 08/08/08, DOE de 09 e 10/08/08, efeitos a partir de 09/08/08, os referidos §§ foram revogados e o art. 18 passou a ter a seguinte redação:

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.

§ 1º Revogado

§ 2º Revogado

§ 3º Na hipótese do saldo devedor mensal do ICMS passível de incentivo ser apurado a menor, fica assegurado o benefício em relação à parcela calculada como incentivada naquele mês, caso o pagamento correspondente à parcela do ICMS não sujeita à dilação de prazo, escriturada pelo contribuinte, ocorra na data regulamentar.

Diante deste contexto, a sanção imposta pela norma de regência é clara e expressa, ou seja, se o contribuinte não recolher, **no prazo regulamentar** (grifo), a parcela mensal não incentivada perde o direito do benefício fiscal naquele mês do fato apurado e não, é bom frisar, a perda do incentivo fiscal nos outros meses. Inclusive o aspecto temporal do pagamento da parcela não incentivada é fator crucial para que, caso a parcela incentivada tenha sido calculada a menor, possa o contribuinte usufruir do benefício mensal ora em combate.

As datas de ocorrências do imposto ora exigido correspondem a novembro de 2010, fevereiro, agosto e setembro de 2011, quando a norma legal vigente é aquela alterada pelo Decreto nº 11.167/08.

Diante deste contexto, não posso alinhar-me com os argumentos exposto pelo recorrente, pelo voto discordante, nem, tampouco, com os julgados deste Colegiado trazidos para corroborar a tese exposta (Acórdãos CJF nº 0027-12/09, 0207-12/08 e 0265-12/11 - fls. 251/279) e do opinativo exarado pela n. Procuradora do Estado em seu Parecer (cópia) constante às fls. 240.

Em primeiro, analisando os Acórdãos trazidos, embora digam respeito a presente matéria, foram eles proferidos com base na anterior vigência das determinações do art. 18 do Decreto nº 8502/02.

Em segundo, não podemos esquecer que a matéria tem regência por norma específica e não geral. Assim sendo, as determinações do art. 138, do CTN e art. 912, do RICMS/97 aqui não podem ser aventadas, já que a sanção a ser aplicada tem expressa determinação. Claramente: denúncia espontânea, mesmo realizada antes da autuação, não purga qualquer mora em relação à presente matéria, pois a norma específica determina que a sanção a ser aplicada é a perda do incentivo **no mês que o imposto não for recolhido no prazo regulamentar**. E neste aspecto, mesmo passando um olhar pela norma anteriormente existente do DESENVOLVE ela não permitia a aplicação do instituto da denúncia espontânea para o específico caso.

Em terceiro, concordo com a PGE/PROFIS em seu Parecer quando pontua que: Ademais, calha apontar, o benefício do desenvolve, por ser um incentivo de índole tributária/financeiro, não se amolda a idéia da denúncia espontânea, pois o pagamento na mesma seria do imposto devido, que compreenderia o pagamento do 100% do imposto, ou seja, do imposto norma e postergado, pois a tributo dilatado e normal, fazem parte do termo “imposto devido”.

Todas estas razões me levam a discordar do posicionamento dos n. Conselheiros exarados nos três Acórdãos trazidos pelo recorrente, bem como, do opinativo da PGE/PROFIS que, de igual maneira, foi apresentado. Inclusive, no Acórdão CJF nº 0265-12/11 o n. relator baseou-se no Parecer exarado anteriormente pela PGE/Profis e ora trazido pelo recorrente e não atentou para a alteração sofrida do art. 18 do Decreto nº 8502/02 a partir de agosto de 2008.

E neste aspecto o voto vencedor proferido pela JJF foi bastante pertinente ao afirmar de que caso este posicionamento fosse aceito “é tornar inaplicável o caput do art. 18 do Decreto nº 8.205/02, ou seja, jamais haverá a possibilidade de a empresa habilitada não recolher ao Tesouro do Estado, na data regulamentar, a parcela do ICMS não sujeita à dilação de prazo e, por isso, perder o direito ao benefício em relação à parcela incentivada naquele mês. Restaria, portanto, com o aludido entendimento, a possibilidade de tal perda apenas por falta de recolhimento, quando a ação fiscal tem início e não houve ainda o recolhimento da parcela não incentivada”, ou seja, esvazia completamente a eficácia do cumprimento dos requisitos para gozo do benefício.

E, quanto às determinações do art. 914, do RICMS/97 elas, apenas, corroboram todo o entendimento ora exposto, pois assim determinava:

Art. 914. Pelas infrações à legislação do ICMS serão aplicadas as seguintes penalidades, isoladas ou cumulativamente (Lei nº 7667/00):

[...]

III - cancelamento de benefícios fiscais;

No caso, o art. 18, do Decreto nº 8502/02 determina a imediata perda do incentivo mensal, como exposto e conforme tem caminhado este CONSEF através dos Acórdãos 0042-11/14, 0044-12/14, 0215-13/12, 0223-11/13, 0292-13/13, 0329-12/12, 0369-11/13, 0393-12/13, de forma exemplificativa.

Consequentemente, ainda que o recorrente tenha recolhido o imposto da parcela não incentivada antes da ação

fiscal, como provado, porém após a data regularmente prevista para o seu pagamento, esta atendida a condição (sanção) para a não fruição do benefício da dilação do prazo de pagamento da parcela incentivada no respectivo mês.

(...)

No que tange aos comprovantes de pagamento das parcelas beneficiadas do DESENVOLVE, sob o código de receita 2167 – ICMS PROGRAMA DESENVOLVE, reproduzidos na peça recursal, e que **não foram considerados na planilha** de apuração elaborado peça fiscalização, procedem os argumentos defensivos.

Estes comprovantes se referem aos meses:

04/2013, no valor de R\$ 4.975,82, pago dia 20/06/2013;

02/2014, no valor de R\$ 5.299,54, pago dia 22/04/2014;

07/2014, no valor de R\$ 6.418,91, pago dia 22/09/2014;

08/2015, no valor de R\$ 1.825,95, pago dia 20/10/2015.

Frente a esses pagamentos que foram extraídos do site da Secretaria da Fazenda na consulta do histórico dos pagamentos da defendente, no valor total histórico de R\$18.520,22, e que **não** foram considerados no levantamento do Auto de Infração, cujos comprovantes se encontram juntados às fls. 82 a 85 deste PAF, dou PARCIAL PROVIMENTO ao Recurso Voluntário, para julgar o ato de lançamento de ofício PROCEDENTE EM PARTE.

O Demonstrativo de Débito mensal da Infração 01 passa a ser o que se encontra reproduzido à fl. 52 dos autos, correspondente a última linha, contendo a expressão “**ICMS a ser exigido sem DESENVOLVE**”.

O Auto de Infração, que fica reduzido de R\$1.521.284,91 para a quantia de R\$1.502.764,69, considerando que os pagamentos que foram comprovados na peça recursal totalizam a quantia de R\$18.520,22.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **108595.0003/17-9** lavrado contra **EXTRUSA INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PLÁSTICOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.502.764,69**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, em 27 de março de 2018.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

TOLSTOI SEARA NOLASCO – RELATOR

LEONARDO MOTA COSTA RODRIGUES - REPR. DA PGE/PROFIS