

PROCESSO	- A. I. N° 148714.0003/19-0
RECORRENTE	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO	- TERMOPLAST EMBALAGENS LTDA.
RECURSO	- RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 4ª JJF nº 0213/20-VD
ORIGEM	- IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO	- INTERNET 19/04/2021

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0054-11/21-VD

EMENTA: ICMS. RECOLHIMENTO A MENOS. BENEFÍCIO FISCAL. PROGRAMA DESENVOLVE. PARCELA NÃO SUJEITA À DILAÇÃO RECOLHIDA FORA DO PRAZO. PERDA DO DIREITO AO BENEFÍCIO. Reconhecida a decadência parcial do lançamento. A nova redação do art. 18 do Decreto nº 8.205/02 retroage para beneficiar contribuintes que recolheram as parcelas dentro do novo prazo, conforme art. 106 do CTN. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício, interpostos em face do Acórdão nº 0213-04/20-VD da 4ª JJF deste CONSEF, que julgou Improcedente o Auto de Infração lavrado em 27/06/2019, por meio do qual se formalizou a exigência de crédito tributário no valor de R\$4.329.170,42, acrescido da multa de 60%, em razão das seguintes irregularidades:

Infração 01 – 03.08.03 – Recolheu a menor o ICMS e 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.

Período fiscalizado: 01/01/2014 a 31/12/2015

Valor da infração: R\$4.329.170,42. Multa de 60%.

Enquadramento legal: arts. 37 e 38 da Lei nº. 7.014/96 c.c. arts. 4º e 18 do Decreto 8.205/02.

Multa aplicada: art. 42, inciso II, alínea “f”, da Lei 7.014/96

Após a instrução processual, a 4ª Junta de Julgamento Fiscal assim decidiu:

VOTO

Exige-se do sujeito passivo, o ICMS em razão do recolhimento fora do prazo da parcela não incentivada do ICMS, resultando em perda do benefício em relação à parcela incentivada, prevista pelo Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – DESENVOLVE.

O sujeito passivo requereu a declaração de decadência de todos os fatos geradores ocorridos em período anterior a cinco anos, contados da data em que foi cientificado da lavratura do presente auto de infração, (12/07/2014), com base no artigo 150, § 4º do Código Tributário Nacional.

O Código Tributário Nacional (CTN), determina em seu artigo 150, §4º, que “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, e 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”.

Nesta seara, destaco, que durante muito tempo subsistiu discussão acerca de qual seria o entendimento frente a questões de tal natureza, para reconhecimento ou não da existência da decadência: se deveria ser aplicado o disposto no artigo 173, inciso I, ou o artigo 150 § 4º do CTN.

*Assim é que, em vista as recorrentes decisões do STJ e a interpretação construída na elaboração da Súmula Vinculante nº 8 do STF a PGE/PROFIS, promoveu uniformização de sua orientação jurídica acerca de alguns temas, dentre estes a questão da decadência, com emissão do **Incidente de Uniformização nº 2016.194710-0**, nos seguintes termos:*

“1 - Conta-se o prazo decadencial a partir da data de ocorrência do fato gerador, com fundamento no art. 150, 4º, do CTN, quando o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário (entendendo-se como tal as operações ou prestações tributáveis), apura o montante do imposto devido, mas efetua o pagamento em montante inferior àquele que corresponderia às operações declaradas.

2 - O entendimento firmado deve ser aplicado apenas aos fatos geradores ocorridos posteriormente a 12/06/2008, data em que editada a Súmula Vinculante nº 08 pelo STF. Antes desta data, como não havia provimento judicial definitivo e vinculante acerca da questão, não dispunha a Administração de substrato jurídico que lhe autorizasse negar aplicação à norma do art. 107-B, 9º, do COTEB, então válida, vigente e eficaz.

3 - Conta-se o prazo decadencial a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, com fundamento no art. 150, 4º, do CTN, quando:

- a) o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário, apura o montante do imposto devido, mas não efetua o respectivo pagamento;*
- b) o contribuinte não declara a ocorrência do fato jurídico tributário, isto é, omite a realização da operação ou prestação tributável;*
- c) o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário, apura o montante do imposto devido, efetua o pagamento da importância pecuniária declarada, porém, posteriormente, o Fisco verifica que o valor recolhido foi menor que o efetivamente devido em virtude da configuração de dolo, fraude ou simulação.*

As hipóteses de dolo, fraude ou simulação são ressalvadas da regra constante do art. 150, 4º, do CTN, sujeitando-se, por conseguinte, ao disposto no art. 173, inc. I, do mesmo Código. Nessa esteira, ainda quando tenha o contribuinte efetuado o pagamento parcial do imposto correspondente às operações declaradas, há casos específicos em que o prazo decadencial deverá ser contado do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que ocorrido o fato gerador.

Assim o será, por exemplo, quando o valor recolhido for tão insignificante em relação às operações declaradas, que e poderá ter por caracterizada a hipótese de fraude ou simulação. De igual forma, quando se verifique o pagamento a menor por força da utilização de créditos fiscais manifestamente ilegítimos, a situação poderá se subsumir à hipótese de dolo, fraude ou simulação. Revela-se, portanto, a importância da análise do caso concreto, para fins de adequada definição do critério de contagem do prazo decadencial. Ademais, para identificação do marco temporal concernente à data em que “o lançamento poderia ter sido efetuado” (art. 173, I, CTN) -, é mister seja previamente constituído, na esfera administrativa, o fato jurídico concernente à existência de dolo, fraude ou simulação.”

Diante de tal posicionamento, pode-se concluir que:

- a) Em relação aos Autos de Infração lavrados quando verificada a existência de débito declarado e pago, integral ou parcialmente, em data posterior à 12 de junho de 2008, a regra do art. 150, § 4º, do CTN;*
- b) Quanto aos Autos de Infração lavrados quando verificada a existência de débito declarado e pago, integral ou parcialmente, em data anterior à 12 de junho de 2008, deve ser aplicada a regra do art. 107-B, §, 5º do COTEB;*
- c) A regra esculpida no art. 173 I (primeiro dia do exercício subsequente àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado), deve ser aplicada nos casos em que é verificada a existência de débito declarado e não pago ou simplesmente ausência de declaração e pagamento ou ainda a existência de dolo, fraude ou simulação quanto a débito declarado e pago, integral ou parcialmente, visto que neste caso se dissimulou do fisco a obrigação de pagar corretamente o tributo.*

Assim, tendo em vista que o contribuinte declarou e recolheu o ICMS, mesmo que fora do prazo regulamentar, ao longo de todos os meses autuados, e não se verificou a existência de dolo, fraude ou simulação quanto a débito declarado e pago, entendo que a regra a ser aplicada é a prevista no Art. 150, § 4º do CTN.

Portanto, com lastro no entendimento da PGE/PROFIS, consignado através do o contribuinte Incidente de Uniformização nº 2016.194710-0, acolho a prejudicial de mérito suscitada pelo autuado em relação aos fatos geradores anteriores a 12/07/2014, data em que o contribuinte foi cientificado da lavratura do Auto de Infração, que é o marco inicial para a contagem do prazo decadencial, devendo, desta maneira, serem excluídos do lançamento os valores de R\$197.051,95, R\$248.671,43, R\$219.211,42 e R\$217.868,90, relativos aos meses de março, abril, maio e junho de 2014, respectivamente, totalizando o montante de R\$882.803,70.

No mérito o impugnante diz ser beneficiária do Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – DESENVOLVE, instituído pela Lei Estadual nº 7.980, de 12 de dezembro de 2001, e regulamentado pelo Decreto nº 8.205, de 03 de abril de 2001.

Diz que foi acusado da falta de recolhimento, na data regulamentar, da parcela não sujeita à dilação de prazo, ensejando, assim, a perda do direito do referido benefício do DESENVOLVE em relação à parcela incentivada,

exigindo o ICMS sob o regime normal de apuração.

Em relação ao mês de outubro de 2014 sustenta que recolheu na data regulamentar, a parcela do ICMS não sujeita à dilação de prazo instituída pelo DESENVOLVE. Explica que deveria recolher a parcela do ICMS não incentivada relativa ao mês de outubro/2014 até o dia 09/11/2014. Entretanto, como o dia 09/11/2014 correspondeu a um domingo, o prazo de pagamento foi postergado para o próximo dia útil seguinte, isto é, dia 10/11/2014, data em que procedeu ao pagamento do ICMS reivindicado pelo Fisco.

Assiste razão ao defendant, pois a parcela não sujeita à dilação de prazo referente ao mês de outubro de 2014, fora recolhida tempestivamente, conforme atesta a cópia de DAE acompanhada do respectivo comprovante de pagamento emitido por instituição financeira, anexada à fl. 193, fato inclusive reconhecido pela autuante ao prestar a Informação Fiscal.

Assim, no referido mês deve ser excluído o valor de R\$R\$260.085,60.

Quanto aos demais meses, sustenta o defendant, que por um mero equívoco cometido pelo seu setor de contabilidade e controladoria, acabou recolhendo a parcela não sujeita à dilação de prazo apenas 01(um) dias após o seu vencimento, já que o seu funcionário responsável pelo controle financeiro e pagamentos, se enganou quanto à data de vencimento desta obrigação tributária, supondo todo dia 10 (dez) de cada mês, e não no dia 09. Portanto, entende que não houve qualquer má-fé do ou qualquer intenção de sonegar ou suprimir tributo, mas apenas um erro humano. Argumenta que o pagamento em atraso não acarreta por si só a gravosa perda do benefício, já que não causou qualquer prejuízo aos cofres públicos, pois nenhum valor deixou de ser pago, conforme sustenta a consolidada jurisprudência deste Conselho.

Sustenta a ilegalidade da penalidade prevista no art. 18 do Decreto nº 8.205/02, pois no seu entender, a referida penalidade não encontra qualquer previsão na Lei 7.980/01.

Explica, que o Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – DESENVOLVE, foi instituído pela Lei nº. 7.980/01, e coube ao Decreto nº 8.205/02, por seu turno, promover a regulamentação da Lei nº. 7.980/01, isto é, o detalhamento das regras legais, visando esclarecer eventuais dúvidas dos contribuintes.

Entretanto, o Decreto nº 8.205/02, previu em seu art. 18 uma sanção, independentemente de qualquer autorização legislativa. Isso porque a Lei nº 7.980/01 em sua versão original, era explícita quando previa a sanção tributária apenas quando a empresa beneficiada incidia em alguma violação que configurasse crime contra a ordem tributária, ou deixasse de atender às condições de enquadramento no programa.

Alega, que somente a partir do advento da Lei nº 13.186/17, responsável por acrescentar o art. 9-A à Lei nº 7.980/01, definindo em caráter absoluto, que eventual atraso no pagamento da parcela mensal do imposto não incentivado realmente provoca a perda do benefício em relação à parcela incentivada se tornou possível a aplicação da penalidade nas situações em que o contribuinte não recolhe a parcela do ICMS não sujeita à dilação de prazo. E neste caso, somente se dirige ao contribuinte que não recolher ao Tesouro do Estado, até o último dia útil do mês do vencimento, a parcela do ICMS não sujeita à dilação de prazo.

Assevera, que o Decreto nº 8.205/02, através do art. 18, extrapolou a sua finalidade estabelecendo a previsão de uma penalidade sem qualquer previsão na Lei nº 7.980/01, o que não poderia fazê-lo, conforme disposto no art. 97, inciso V, do Código Tributário Nacional.

Alega, que tanto o art. 9-A da Lei nº 7.980/01, acrescentado através da Lei nº 13.186/17 quanto a nova redação do art. 18 do Decreto nº 8.205/02 deixaram de definir como infração o comportamento da impugnante, razão pela qual o seu comando aplica-se retroativamente, nos termos do art. 106, inciso II, alínea “a” do CTN, afastando qualquer possibilidade de cobrança do crédito tributário.

Frisa, que não se entendendo cabível a aplicação da alínea “a” do inciso II do art. 106 do CTN, por não se tratar propriamente de uma infração, a norma prevista no art. 18 do Decreto 8.205/02 pede a aplicação da alínea “b” do mesmo dispositivo legal.

No que diz respeito à suposta ilegalidade do Decreto nº 8.205/02, ao incluir penalidade não prevista em Lei, ressalto que este CONSEF não pode se pronunciar, em obediência ao disposto no art. 167, I e III do RPAF/BA, cujo teor transcrevo:

“Art. 167. Não se incluem na competência dos órgãos julgadores:

I - a declaração de inconstitucionalidade;

(...)

III - a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior. “

Portanto, indubidoso que à época dos fatos geradores, o artigo 18 do Regulamento do DESENVOLVE (Decreto nº 8.205/02 vigente à época da conduta infracional, ocorrida no período compreendido entre março de 2014 a novembro de 2015, estabelecia que: “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”.

Dessa forma, a autuação procedeu de acordo com a legislação vigente. Ocorre que o citado artigo foi alterado, através do Decreto nº 18.406, de 22 de maio de 2018, passando a ter a seguinte redação:

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

Portanto, a exigência de pagamento na data regulamentar do ICMS não sujeito à dilação de prazo, deixou de ser condição para fruição do Desenvolve, passando a ser, então, o último dia útil do mês do vencimento.

O posicionamento deste Conselho, respaldado em Pareceres emitidos pela PGE/PROFIS, a exemplo do mencionado pelo defendente nos autos do Auto de Infração nº 299131.0002/18, era no sentido de que a falta de recolhimento da parcela não incentivada na data regulamentar não seria uma penalidade e sim uma renúncia a um benefício, resultando na inaplicabilidade das disposições do art. 106 do CTN, especialmente em seu inciso II, alíneas “a” e “c”, por não se estar diante de norma interpretativa, nem diante de infração abolida, nem diante de penalidade menos severa.

Entretanto, em decisões recentíssimas proferidas pela 2ª Instância de Julgamento Fiscal deste Conselho, a exemplo do Acórdão CJF Nº 155-12/20, houve uma mudança de entendimento, no sentido de acatar a tese defensiva, no que diz respeito à retroatividade benigna, sob o argumento de que a situação posta não se trata de cassação do benefício, e sim aplicação de penalidade prevista na legislação do DESENVOLVE, vigente à época dos fatos geradores, com fundamento no art. 5º, inc. XXXVI da Constituição Federal, combinado com o seu art. 5º, inc. XLVI, conforme excertos do voto vencedor, em separado, proferido pelo Conselheiro Ildemar José Landim,: que a seguir transcrevo:

“(…)

Assim, à época do fato gerador, qualquer atraso no pagamento, implicava em suspensão do benefício no mês em que tal atraso ocorresse, e o contribuinte cumpriu a obrigação, em 13/05/2013, 04 dias após o vencimento.

Após a edição do Decreto nº 18.406, de 22/04/2018, o mencionado dispositivo passou à seguinte redação: a empresa habilitada que não recolher ao Tesouro do Estado, até o último dia útil do mês do vencimento, a parcela do ICMS não sujeita à dilação de prazo, perderá o direito ao benefício em relação à parcela incentivada naquele mês.

Evidente que não estamos a tratar aqui da perda do benefício do DESENVOLVE, mediante ato de incompetência do autuante, já que o Recorrente permanece com o benefício e em momento algum, foi cassado, já que para isto, se requer o devido processo legal. Mas, o que o autuante fez, não foi retirar benefício, mas simplesmente aplicar a penalidade prevista na legislação do DESENVOLVE, vigente à época.

Os fatos ocorreram em 2013, assim, poderíamos em tese, retroceder no tempo pelo princípio da retroatividade benigna da penalidade, com fundamento no art. 5º, inc. XXXVI da Constituição Federal que estabelece que, em matéria penal a lei não retroagirá, exceto para beneficiar o réu.

Ainda na Constituição Federal, o art. 5º, XLVI, diz que a lei regulará a individualização da pena, e adotará, entre outras, as seguintes:

- a) privação de liberdade
- b) perda de bens
- c) multa
- d) prestação social alternativa
- e) suspensão ou interdição de direitos.

É certo que o não cumprimento do prazo, conforme estipulado pelo DESENVOLVE, implica em suspensão temporária de fruição do direito concedido no benefício fiscal. Assim, é possível caracterizar tal suspensão como penalidade à luz da Constituição Federal.

Por sua vez, o Código Tributário Nacional, em seu art.106, II estabelece que alei aplica-se a fato ou ato pretérito quando:

- a) deixe de defini-lo como infração;
- b) quando deixe de tratá-lo como contrário a qualquer exigência de ação ou omissão, desde que não tenha sido fraudulento e não tenha implicado em falta de pagamento do imposto;
- c) quando lhe comine penalidade menos severa que a lei vigente ao tempo de sua prática. amoldando-se Dessa

(…)

Assim posto, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário. Auto de Infração IMPROCEDENTE.”

Dessa forma, mantendo a mesma linha de raciocínio exarado no voto acima transscrito, e após constatar que de fato os pagamentos das parcelas não sujeitas à dilação de prazo foram efetuadas, em todos os meses, um dia após o prazo estabelecido na legislação, ação que se enquadra na nova disposição da lei, que, repto, determina a perda do benefício apenas para aqueles que não recolherem a parcela não sujeita à dilação até o último dia útil do mês do vencimento, conlui pela aplicação da retroatividade benigna ,nos termos do art. 106,inc. II, do CTN.

Acrescento que a 1ª CJF possui entendimento nessa mesa direção conforme Acórdão CJF Nº 0254-11/19, cuja Ementa transcrevo:

**1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL
ACORDÃO CJF Nº 0254-11/19**

EMENTA: ICMS. BENEFÍCIO FISCAL. PROGRAMA DESENVOLVE. PAGAMENTO INTEMPESTIVO DA PARCELA NÃO SUJEITA À DILAÇÃO DE PRAZO PARA RECOLHIMENTO. PERDA DO BENEFÍCIO. Aplicação do art.106, II do CTN (Código Tributário Nacional), referente à retroatividade benigna, em se tratando de ato não definitivamente julgado: a) quando deixe de defini-lo como infração; b) quando deixe de tratá-lo como contrário a qualquer exigência de ação ou omissão, desde que não tenha sido fraudulento e não tenha implicado em falta de pagamento de tributo; c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo de sua prática. Modificada a Decisão recorrida. Recurso PROVIDO. Auto de Infração Improcedente. Decisão unânime.

Dessa forma, resta insubsistente o valor exigido no mês de outubro de 2014, em razão do pagamento tempestivo da parcela não sujeita à dilação de prazo, assim como as demais exigências, objeto da autuação, que não foram alcançadas pela decadência.

Pelo exposto, voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

A Junta de Julgamento Fiscal recorreu de ofício da decisão, para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art. 169, I, “a” do RPAF/BA.

Recebidos os autos, foram a mim distribuídos para apreciação do Recurso de Ofício.

VOTO

Visto, relatado e analisado o processo, passo a proferir o voto.

O presente processo reflete discussão sobre a validade do recolhimento, pelo contribuinte, de parcela referente ao Programa Desenvolve, fora do prazo regulamentar, nos termos da legislação vigente à época, modificada posteriormente pelo Decreto nº 18.406, de 22/04/2018, que adequou a redação do art. 18 do Decreto nº 8.205/02 à previsão contida no art. 9-A da Lei nº 7.980/01, acrescentado pela Lei nº 13.816, de 28/12/17.

Em sede de prejudicial de mérito, o contribuinte também arguiu a decadência dos créditos lançados até a competência 07/2014, considerando que a sua ciência do Auto de Infração somente ocorreu em 12/07/2019. A 4ª Junta acolheu os argumentos observando a orientação expedida pela PGE/PROFIS, por meio do Incidente de Uniformização nº. 2016.194710-0.

Entendo que não merece reparos a decisão da Junta, neste particular.

Aplica-se ao presente caso o § 4º do art. 150 do CTN uma vez que se trata de tributo devidamente declarado e recolhido à Administração, ainda que fora do prazo regulamentar, sem que se possa cogitar de fraude, dolo ou simulação.

Convém apenas destacar, no entanto, a discordância acerca das conclusões indicadas no acórdão, embora não influenciem no seu conteúdo.

A meu ver, o Incidente de Uniformização nº 2016.194710-0 promove uma restrição na eficácia da Sumula Vinculante nº 8 não pretendida pelo Supremo Tribunal Federal, quando dos julgamentos dos precedentes que lhe sustentam (REs 556.664/RS, 559.882/RS, 559.943/RS e 560.626/RS).

Ocorre que, nos debates acerca da modulação dos efeitos do julgado, a proposta formulada pelo Min. Gilmar Mendes e acatada pela maioria foi a seguinte:

“[...] Diante da repercussão que o assunto envolve, eu fiz outras considerações, mas vou poupar o Tribunal dessas considerações sobre o assunto.

Estou acolhendo parcialmente o pedido de modulação de efeitos, tendo em vista a repercussão e a insegurança

jurídica que se pode ter na hipótese; mas estou tentando delimitar esse quadro de modo a afastar a possibilidade de repetição de indébito de valores recolhidos nestas condições, com exceção das ações propostas antes da conclusão do julgamento.

Nesse sentido, eu diria que o Fisco está impedido, fora dos prazos de decadência e prescrição previstos no CTN, de exigir as contribuições da seguridade social. No entanto, os valores já recolhidos nestas condições, seja administrativamente, seja por execução fiscal, não devem ser devolvidos ao contribuinte, salvo se ajuizada a ação antes da conclusão do presente julgamento.

Em outras palavras, são legítimos os recolhimentos efetuados nos prazos previstos nos arts. 45 e 46 e não impugnados antes da conclusão deste julgamento.

*Portanto, reitero o voto pelo desprovimento do recurso extraordinário, declarando a inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 5º do Decreto-lei nº. 1.569 e dos arts. 45 e 46 da Lei nº. 8.212, porém, com a modulação dos efeitos, **ex nunc**, apenas em relação às eventuais repetições de indébito ajuizadas após a presente data, a data do julgamento.” (g.n)*

Como fica claro, a eficácia *ex tunc* (retroativa) da Súmula vinculante somente não atinge os créditos já recolhidos, administrativa ou judicialmente, **salvo se a ação tenha sido ajuizada antes da conclusão do julgamento**, raciocínio também aplicado às eventuais ações de repetição de indébito.

Em outras palavras, somente os créditos, quando lastreados em norma que tratou inconstitucionalmente sobre prescrição e decadência, que já fossem alvo de execução fiscal ou de ação de repetição de indébito é que não poderiam ser atingidos pelo entendimento firmado naquele momento.

Observe-se que, na esfera administrativa, apenas aqueles efetivamente recolhidos e não abarcados por eventual pedido de restituição é que não poderiam mais ser reclamados. Trata-se, inclusive, de proposta inédita de modulação no âmbito do Supremo Tribunal Federal, conforme noticiou a Corte na época (Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=91116&caixaBusca=N>. Acesso 23 fev. 2021).

Logo, não é a data do fato gerador que define o alcance da decadência, como pretende a PGE/PROFIS no Incidente de Uniformização nº 2016.194710-0, **mas a data da distribuição da execução fiscal ou da ação de repetição do indébito**. Entendimento contrário acabaria por conceder ao órgão estadual a competência para restringir a eficácia da Súmula Vinculante nº 8, o que não me soa razoável, com todo o respeito.

Destarte, mantenho a decisão da 4ª Junta de Julgamento Fiscal quanto à decadência.

Quanto ao mérito, a decisão em exame reconheceu a aplicação da retroatividade benigna prevista no inciso II do 106 do CTN, em razão das alterações ocorridas na legislação estadual.

A hipótese diz respeito ao regulamento do PROGRAMA DESENVOLVE que, na sua redação original, previa a perda do direito à parcela incentivada pela falta de recolhimento na data regulamentar.

Entretanto, o Decreto nº 18.406, de 22 de maio de 2018, promoveu alteração no dispositivo correspondente, que passou a dispor:

Art. 18. A empresa habilitada que não recolher ao Tesouro do Estado, até o último dia útil do mês do vencimento, a parcela do ICMS não sujeita à dilação de prazo, perderá o direito ao benefício em relação à parcela incentivada naquele mês.

Consequentemente, reputo acertada a decisão proferida pela Junta de Julgamento Fiscal.

É este o entendimento deste Conselho, como se pode observar, por exemplo, pelo Acórdão CJF Nº 0254-11/19 desta 1ª Câmara e pelo Acórdão CJF Nº 0173-12/20-VD, da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, que reconhecem, inclusive, que a suspensão temporária do direito de fruição do Programa pode ser caracterizada como pena, à luz do que dispõe o inciso XLVI do art. 5º da CF/88, de maneira a admitir também a retroatividade benigna prevista no inciso XL do art. 5º da CF/88.

Registro que mesmo que a referida norma não fosse considerada como penalidade, mas como

renúncia a um benefício, como consta no acórdão que seria a orientação pretérita de pareceres emitidos pela PGE/PROFIS, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica em reconhecer que, em matéria de benefício fiscal, a boa-fé do contribuinte e a ausência de prejuízo ao erário são elementos consistentes, num juízo de razoabilidade e proporcionalidade, para afastar condutas incompatíveis com a finalidade da norma, conforme destacamos:

PROGRAMA DE PARCELAMENTO TRIBUTÁRIO. REFIS. PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE. BOA-FÉ DO CONTRIBUINTE. REINCLUSÃO DO CONTRIBUINTE NO PROGRAMA. APRECIAÇÃO DA CONVICÇÃO FORMADA PELO TRIBUNAL A QUO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 7/STJ. ALEGAÇÃO DE CONTRARIEDADE AO ART. 1.022 DO CPC/2015. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 284/STF. [...] III - A jurisprudência do STJ reconhece a viabilidade da aplicação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no âmbito dos parcelamentos tributários, quando tal procedência visa evitar práticas contrárias à própria teleologia da norma instituidora do benefício fiscal, especialmente se verificada a boa-fé do contribuinte e a ausência de prejuízo do erário. Precedentes: REsp n. 1.671.118/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 9/10/2017; AgInt no REsp n. 1.660.934/RS, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 5/4/2018, DJe 17/4/2018; AgInt no REsp n. 1.513.491/SC, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, julgado em 25/10/2018, DJe 29/11/2018. [...] (REsp 1736024/PR, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/06/2019, DJe 14/06/2019)

Em outras palavras, considerada penalidade ou renúncia a benefício, a nova redação do art. 18 do Decreto nº. 8.205/02 pode retroagir para salvaguardar aqueles contribuintes que, embora não tenham recolhido a parcela no prazo regulamentar anterior, o fizeram dentro do mês do seu vencimento, como prescreve a nova redação do dispositivo legal.

Importa salientar que, no presente caso, ficou comprovado que todos os pagamentos do contribuinte considerados, fora do prazo ocorreram no dia seguinte ao vencimento considerado na norma anterior. Há mês, inclusive, que o dia previsto em regulamento cairia num domingo (fls. 93-98). Aliás, sequer poderia se cogitar de inadimplência, considerando que não há expediente bancário no domingo.

Sendo assim, por qualquer ângulo, considero acertada a mudança de entendimento deste Conselho, para reconhecer a retroatividade benigna da nova redação do art. 18 do Decreto nº 8.205/02.

Portanto, à vista do exposto, entendo que não cabem reparos na Decisão recorrida.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício interposto, para manter a decisão de piso.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª 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 IMPROCEDENTE o Auto de Infração nº 148714.0003/19-0, lavrado contra TERMOPLAST EMBALAGENS LTDA.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 25 de fevereiro de 2021.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

ANDERSON ÍTALO PEREIRA – RELATOR

VICENTE OLIVA BURATTO – REPR. DA PGE/PROFIS