

**PROCESSO** - A. I. Nº 206981.3001/16-0  
**RECORRENTE** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECORRIDO** - TERMOPLAST EMBALAGENS LTDA.  
**RECURSO** - RECURSO DE OFÍCIO - Acórdão 3º JFJ nº 0080-03/20-VD  
**ORIGEM** - INFAZ INDÚSTRIA  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET: 10/08/2021

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJP Nº 0144-12/21-VD

**EMENTA:** ICMS. BENEFÍCIO FISCAL. PROGRAMA DESENVOLVE. PAGAMENTO INTEMPESTIVO DA PARCELA NÃO SUJEITA À DILAÇÃO DE PRAZO. PERDA DO BENEFÍCIO. Aplicação do inciso II do Art. 106 do 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. Acolhida alegação de decadência. Infração insubsistente. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício, interposto contra Decisão que julgou Improcedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 23/12/2016, em razão da seguinte irregularidade:

*Infração 01 - 03.08.03 – Recolhimento a menor do ICMS em razão da falta de recolhimento, na data regulamentar da parcela não sujeita à 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, nos meses de janeiro a abril de 2011, maio e agosto de 2012 e janeiro a março de 2013, sendo exigido ICMS no valor de R\$268.891,05, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96.*

A 3ª JFJ decidiu pela Improcedência do Auto de Infração, por unanimidade, mediante o Acórdão nº 0080-03/20-VD (fls. 206 a 211), com base no voto do Relator, a seguir transcrito:

*“O presente Auto de Infração imputa ao sujeito passivo o recolhimento a menos do ICMS em razão da falta de recolhimento, na data regulamentar da parcela não sujeita à 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, nos meses de janeiro a abril de 2011, maio e agosto de 2012, janeiro a março de 2013, conforme demonstrativo acostado à fl. 08.*

*O Autuado, em sede de preliminar, pugnou pela decadência dos valores apurados em janeiro a abril de 2011.*

*Conforme o Incidente de Uniformização PGE nº 2016.194710-0, quanto à obrigação principal, o prazo decadencial deve ser contado a partir da data de ocorrência do fato gerador, com fundamento no art. 150, § 4º, do CTN, quando o contribuinte declarar a ocorrência do fato jurídico tributário, apurar o montante do imposto devido, mas efetuar o pagamento em montante inferior àquele que corresponderia às operações declaradas. 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 inciso I, do art. 173, do CTN, quando: a) o contribuinte declarar a ocorrência do fato jurídico tributário, apurar o montante do imposto devido, mas não efetuar o respectivo pagamento; b) o contribuinte não declarar a ocorrência do fato jurídico tributário, isto é, omitir a realização da operação ou prestação tributável; c) o contribuinte declarar a ocorrência do fato jurídico tributário, apurar o montante do imposto devido, efetuar o pagamento da importância pecuniária declarada, porém, posteriormente, o Fisco verificar que o valor recolhido foi menor do que o efetivamente devido, em virtude de dolo, fraude ou simulação, que não foram comprovados.*

*Consigno que nos julgamentos que envolvem a aplicação do Instituto da Decadência, as decisões prolatadas pela Segunda Instância deste CONSEF têm convergido integralmente com o aludido Incidente de*

*Uniformização da PGE.*

*Assim, como a acusação fiscal trata de recolhimento a menos, o que significa ter o Autuado declarado parcialmente o fato jurídico tributário, o marco temporal para a contagem do prazo decadencial deve ser aplicado o expressamente preconizado no § 4º, do art. 150, do CTN, ou seja, a partir da data de ocorrência do fato gerador.*

*O presente Auto de Infração foi lavrado em 23/12/2016 e o Autuado tomou ciência em 27/12/2016. Assim, os fatos geradores ocorridos até novembro de 2011 foram tragados pela decadência.*

*Nos termos expendidos, entendo que assiste razão ao defendente, depois de constatar que as exigências apuradas no levantamento fiscal relativas aos meses de janeiro a abril de 2011 foram atingidas pela decadência.*

*Concluo pelo acolhimento da preliminar de decadência e a exclusão do lançamento os valores apurados, cujos fatos geradores ocorreram nos meses de janeiro a abril de 2011, que totaliza o montante de R\$20.180,83.*

*No que concerne à formalização do Auto de Infração, ao compulsar as peças que compõem o PAF, verifico que não se encontra violação ao princípio do devido processo legal, tendo sido observado o direito à ampla defesa e ao contraditório, caracterizados nos aspectos abordados na impugnação, na informação fiscal, bem como na narrativa dos fatos e correspondentes infrações, não estando presentes nos autos qualquer dos motivos de nulidade elencados nos incisos I a IV, do art. 18, do RPAF-BA/99.*

*No mérito, o Impugnante refutou a acusação fiscal relativa aos débitos exigidos nos meses de maio e agosto de 2012 e janeiro a março de 2013.*

*Sustentou, em síntese, que por mero equívoco recolheu a parcela não sujeita à dilação de prazo com apenas um dia após o vencimento. Aduziu que o pagamento em atraso da parcela não incentivada não acarreta, por si só, a gravosa perda do benefício do Desenvolve, conforme dispõe a consolidada Jurisprudência do próprio CONSEF. Depois de reproduzir o teor do art. 18, do Dec. nº 8.205/02, revelou interpretando esse dispositivo legal, o CONSEF já cristalizou o entendimento segundo o qual apenas as hipóteses de não recolhimento ensejam a perda do benefício em relação à parcela incentivada, ou seja, tão-somente, quando o contribuinte não recolhe qualquer valor da parcela não incentivada ao Fisco Estadual.*

*Apresentou também o Impugnante o entendimento de que quando o contribuinte, antes de iniciada qualquer ação fiscal, efetua o pagamento da parcela não incentivada, este permanece com o direito à manutenção do benefício, já que claramente inaplicável o art. 18, do Dec. nº 8.205/02, uma vez ao realizar o adimplemento antes de qualquer procedimento de Fiscalização, mesmo de forma extemporânea, o contribuinte realiza, mediante denúncia espontânea, a purgação de sua mora. Asseverou ser inequívoca a natureza punitiva e sancionatória deste dispositivo legal, por constar do capítulo “Deveres e Infrações” do Dec. nº. 8.205/02.*

*Revelou ainda que tanto o art. 9-A, da Lei nº 7.980/01, quanto a nova redação do art. 18, do Dec. nº. 8.205/2002 (conferida pelo o Dec. nº. 18.406/2018), deixaram de definir o comportamento ora apurado - recolher ao Tesouro do Estado, até o último dia útil do mês do vencimento, a parcela do ICMS não sujeita à dilação de prazo - como infração, razão pela qual o seu comando aplica-se retroativamente, nos termos da alínea “a”, do inciso II, do art. 106, do CTN, afastando qualquer possibilidade de cobrança do crédito tributário constituído pelo Auto de Infração.*

*Ao proceder à informação fiscal o Autuante manteve a autuação em relação às exigências atinentes aos exercícios de 2012 e 2013, explicando que os fatos geradores ocorridos antes da nova redação do art. 18, do Dec. nº. 8.205/2002, conferida pelo o Dec. nº. 18.406/2018 deve ser empregada a norma anterior àquele Decreto, ou seja, a não aplicação do benefício da dilação de prazo no mês em que não houver recolhimento pontual da parcela não incentivada. Sustentou que a norma do art. 18, do Dec. 8.205/2002, incide automaticamente, ou seja, se não realizado o pagamento à vista, perde o benefício da dilação de prazo da parcela incentivada, independentemente da conduta por parte da Administração Tributária.*

*Depois de compulsar o conjunto das alegações defensivas aliadas às peças constantes do PAF e aos demais elementos coligidos nos exames realizados passo a decidir sobre o mérito da autuação.*

*A regra contida no art. 18, do Regulamento do Desenvolve, estabelecia à época dos fatos geradores que a empresa habilitada que não recolhesse ao Tesouro do Estado, na data regulamentar, a parcela do ICMS não sujeita à dilação de prazo, perderia o direito ao benefício em relação à parcela incentivada naquele mês.*

*Com o advento da inclusão do art. 9º-A, à Lei nº 7.980/01, promovida pela Lei nº 13.816/17, a falta de pagamento do ICMS não sujeito à dilação de prazo na data regulamentar, deixou de ser motivo para perda do benefício naquele mês, caso o pagamento ocorresse até o último dia útil do mês do vencimento, seguida pela a nova redação do art. 18, do Dec. nº. 8.205/2002, conferida pelo o Dec. nº 18.406/2018.*

*Logo, 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.*

*Por ter deixado a legislação de regência de tratar o pagamento após a data regulamentar como um ato impeditivo à fruição do benefício, passando a ser a condição o pagamento no último dia útil do mês do vencimento, entendo que deve a nova lei retroagir ao fato pretérito, alcançando a presente autuação, pois se trata de ato não definitivamente julgado, sem indício de fraude e que não implicou falta de pagamento de tributo, conforme disposto na alínea “b”, do inciso II, do art. 106, do CTN, que assim dispõe:*

*“Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:*

*[...]*

*II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:*

*[...]*

*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;”.*

*Como no presente caso o Autuado efetuou nos meses de maio e agosto de 2012 e de janeiro a março de 2013 os recolhimentos do ICMS não sujeito à dilação de prazo antes do último dia do mês de vencimento, ação que se enquadra na nova disposição da lei, não sendo contrário à fruição do benefício, eis que, o pagamento na data regulamentar deixou de ser uma exigência para fruição do benefício naquele mês.*

*Ademais, verifico que esse entendimento se afigura convergente com Parecer da DITRI/GECOTE/SAT-SEFAZ, emitido em 20/12/2017, em resposta à Consulta solicitada pela 2ª CJF deste CONSEF na instrução do Auto de Infração nº 087461.0003/18-0. Nessa mesma linha, decidiu a 1ª CJF ao exarar o Acórdão CJF Nº 0254-11/19.*

*Assim sendo, nos termos expendidos, restam também insubsistentes as demais exigências objeto da autuação e que não foram tragadas pela decadência.*

*Ante ao exposto, voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.”*

A 3ª JJF recorreu de ofício da referida decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do Art. 169, I, “a” do RPAF/99.

Registro a presença na sessão de julgamento da advogada do Autuado que efetuou a sustentação oral, Sr. Victor Gordilho - OAB/BA nº 28.031.

## **VOTO**

Trata-se de Recurso de Ofício, interposto contra Decisão que julgou Improcedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado para exigir imposto e multa em razão da falta de recolhimento, na data regulamentar, da parcela não sujeita à 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.

Constato que o Recurso de Ofício é cabível, tendo em vista que o julgamento de 1ª Instância desonerou totalmente o presente Auto de Infração no valor de R\$620.044,96, conforme extrato (fl. 206), montante superior a R\$200.000,00, estabelecido no Art. 169, I, “a” do RPAF/99.

Observo que a desoneração decorreu da constatação da decadência em relação ao período de janeiro a abril de 2011, e nos demais períodos, o pagamento ocorreu após o vencimento, mas dentro do mesmo mês, tendo os julgadores entendido que o Art. 9º-A da Lei nº 7.980/01, deveria retroagir para beneficiar o Autuado, por se tratar de ato não definitivamente julgado, sem indício de fraude e que não implicou falta de pagamento de tributo, conforme disposto no Art. 106, II, “b” do CTN.

Quanto à decadência, reputo correta a aplicação do Art. 150, §4º do CTN, posto que o fulcro da infração é o recolhimento a menos do ICMS.

De fato, o Art. 9º-A, foi incluído na Lei nº 7.980/01, pela Lei nº 13.816/17, de 21 de dezembro de 2017, estabelecendo que só haveria a perda do benefício para a empresa habilitada que não recolhesse ao Tesouro do Estado, até o último dia útil do mês do vencimento, a parcela do ICMS não sujeita à dilação de prazo.

Em diversos processos, já me manifestei contrário à aplicação da retroatividade benigna nestes casos, por não se tratar de penalidade, mas de um benefício sob condição, mas sempre fui voto

vencido e isolado, a exemplo dos Acórdãos CJF nºs 0145-12/20-VD e 0155-12/20-VD. Portanto, rendo-me às decisões majoritárias deste CONSEF, me alinhando à improcedência da autuação.

Diante do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

#### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206981.3001/16-0**, lavrado contra **TERMOPLAST EMBALAGENS LTDA**.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 24 de maio de 2021.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

MARCELO MATTEDI E SILVA – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS