

**PROCESSO** - A. I. N° 206981.3001/16-0  
**RECORRENTE** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECORRIDO** - TERMOPLAST EMBALAGENS LTDA.  
**RECURSO** - RECURSO DE OFÍCIO - Acórdão 3<sup>a</sup> JJF nº 0080-03/20-VD  
**ORIGEM** - INFAC INDÚSTRIA  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET: 10/08/2021

**2<sup>a</sup> CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO CJF N° 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 insubstancial. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVÍDO**. 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 3<sup>a</sup> JJF 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 defensor, 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, entendendo 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 Acordão CJF Nº 0254-11/19.*

*Assim sendo, nos termos expendidos, restam também insubstinentes 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.

Constatou 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 n<sup>os</sup> 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 2<sup>a</sup> 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