



A.I. Nº - 299326.0401/08-9
AUTUADO - ETEP INDÚSTRIA METALÚRGICA LTDA.
AUTUANTE - ARLINDO AMORIM PEREIRA
ORIGEM - DAT METRO / INFRAZ INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET 27/12/2023

2^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF Nº 0257-02/23-VD**

EMENTA: ICMS. 1. PROGRAMA DESENVOLVE. FALTA DE RECOLHIMENTO. PARCELA NÃO ALCANÇADA PELO PRAZO DA DILAÇÃO. PERDA DO BENEFÍCIO EM RELAÇÃO À PARCELA INCENTIVADA. Restou comprovado o não recolhimento tempestivo da parcela não incentivada, o que culminou na perda do direito relativo à parcela sujeita a dilação do prazo. A empresa habilitada que atrasar ou deixar de recolher o ICMS ao Tesouro do Estado, por 03 (três) meses consecutivos, ou 06 (seis) meses alternados, terá automaticamente suspenso o incentivo naquele período e voltará a gozar do financiamento após a regularização total das obrigações vencidas, não tendo direito, entretanto, ao benefício relativo àquelas parcelas correspondentes aos meses em que realizou o pagamento com atraso, conforme art. 18, parágrafo único do Decreto nº 8.205/2002. Não acolhidas às arguições de nulidades. Acolhida a arguição de decadência parcial do crédito tributário. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração foi lavrado em 29/12/2008, para exigir o crédito tributário no valor histórico de R\$ 122.380,74, acrescido da multa de 60%, tipificada no art. 42, inc. II, alínea “f” da Lei nº 7.014/96, pela constatação da infração a seguir descrita.

INFRAÇÃO 01 – 03.08.03: 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 no Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – Desenvolve, para os fatos geradores ocorridos em maio a dezembro de 2003.

O autuante complementou informando que constatou o valor correspondente ao “*Saldo a recolher em face de procedimentos em desacordo com o art. 18 do Decreto nº 8.205/02, conforme descrito na fl. 12 do processo de revisão de procedimentos de fiscalização da OS 520645/05 e cadastrado no SIPRO com o número 084798/2008-3 em 04/06/2008*”.

Enquadramento legal: Artigos 4º e 18 do Decreto nº 8.205/2002.

A autuada através de seus advogados apresentou impugnação, fls. 12 a 26, onde inicialmente afirmou ser tempestiva a defesa, fez uma breve descrição dos fatos e asseverou que a imputação não pode prosperar, conforme promete demonstrar.

Arguiu nulidade do lançamento, sob o argumento de que houve expressa homologação dos exercícios fiscais de 2000 a 2003 pelo Fisco em meados de 2005 e, assim, entende que o exercício de 2003 “já foi analisado e devidamente homologado”.

Sobre a matéria, transcreve parte do Acórdão 16.656/04/1^a do Recurso de Agravo e doutrina de Leandro Paulsen, para reforçar o seu posicionamento de que a jurisprudência e a doutrina lhe amparam quanto ao crédito relativo a tributo já pago e lançado por homologação, conforme comprova o Livro Registro de Ocorrência Fiscal, cópia que afirma anexar.

Em preliminar prejudicial de mérito, lembra que o ICMS é um imposto cujo lançamento ocorre por homologação, portanto, a exceção à regra do art. 173, inc. I do CTN, se aplicaria aquela prevista no art. 150, § 4º e argumenta que os valores, ora exigidos, foram atingidos pela decadência, visto que o Auto de Infração foi lavrado em 29/12/2008, portanto, já transcorrido mais de cinco anos da ocorrência dos fatos geradores de 31/05/2003 a 30/11/2003. Admite que persista competência para o presente lançamento apenas referente aos fatos geradores ocorridos em 31/12/2003, nos termos do art. 150, § 4º do Código Tributário Nacional.

Copia trechos de doutrina de Leandro Paulsen e Sacha Calmon Navarro Coelho, para reforçar o seu posicionamento, assim como decisão contida nos Embargos de Declaração nos Embargos de Divergência em Recurso Especial - EDcl nos EREsp nº 279.473/04 do Superior Tribunal de Justiça – STJ para destacar que a jurisprudência e a doutrina amparam sua pretensão quanto a decadência de parte do crédito tributário, ora exigido.

Explica que a doutrina e a jurisprudência preconizam que “*quando houver o pagamento do imposto, mesmo a menor, ainda assim, prevalecerá o prazo estabelecido no art. 150, § 4º, ou seja, cinco anos a contar da data da ocorrência do fato gerador da obrigação principal*”.

Assevera ter recolhido o ICMS, adimplindo as obrigações principais e acessórias, conforme cópias de DAEs, dos livros RAICMS e das DMAs entregues à Secretaria da Fazenda.

Para ressalta a sua boa-fé, destaca que a legislação do Programa Desenvolve suscitou várias dúvidas quanto à sua aplicabilidade, contudo, não deixou de recolher ao Erário parte do tributo devido e entende que não pode ser aplicada a multa.

Adverte que já foi pacificado o entendimento de que do valor resultante do aumento de produtividade “*deve ser recolhido o percentual de 20%, sendo assim, o contribuinte faz gozo do benefício proveniente do Desenvolve dilata 80% do valor devido de ICMS*”.

Admite que o recolhimento a menos “*foi fruto de um equívoco e não de suposta má-fé*”, por ser o contribuinte cumpridor de obrigações fiscais o que é demonstrado com a documentação juntada aos autos.

Afirma que mesmo mantendo a autuação, não pode ser aplicada penalidade, juros de mora e atualização monetária ao tributo, tendo em vista avaliar que sua conduta se baseou na adoção de critério jurídico decorrente das orientações e informações fornecidas pelo próprio Fisco, bem como nas normas que regulam a matéria. Assim, pugna pela desconsideração da multa, juros e atualização monetária.

Aduz que o incentivo fiscal instituído pelo Programa Desenvolve não pode ser desconsiderado por falta de previsão legal para impor tal sanção, visto que apesar do art. 16 do Decreto nº 8.205/02 prever sanções, estas não devem ser aplicadas quando o Fisco apurar a ocorrência de pagamentos a menor do ICMS.

Alerta que os atos administrativos são vinculados à estrita observância da lei, conforme art. 5º da Constituição Federal. Traz lição de Hugo de Brito Machado para reforçar o seu posicionamento de que a ação fiscal deve ser disciplinada por lei para garantir segurança nas relações entre o administrado e o Fisco.

Reproduz o art. 9º da Lei nº 7.980/01, que instituiu o Programa Desenvolve, que trata do cancelamento do incentivo, assim como a ementa do Acórdão CJF nº 0334-12/08 da qual destaca o trecho: “*a legislação não prevê a perda do benefício em razão do recolhimento efetuado a menor, e sim pela falta de recolhimento da parcela do ICMS não sujeita à dilatação do prazo*”, portanto, entende que reforça seu entendimento de que não procede a sanção de desconsiderar o benefício em vista do recolhimento a menos do imposto.

Na mesma linha, copia a ementa do Acórdão CJF nº 0351-12/08 e ressalta que a sanção aplicada pela Fiscalização não encontra amparo, uma vez que a decretação de perda do direito aos incentivos do Programa Desenvolve é de competência do Conselho Deliberativo do programa, ficando patente a ilegitimidade do autuante em cancelar o benefício, o que implica em ato nulo.

Conclui, após a análise dos valores imputados, conforme tabela plotada, que no cálculo do montante de R\$ 285.917,09 resultante do débito, acréscimo moratório e multa, proveniente de pagamento a menos do tributo, ocorreu um equívoco pela Fiscalização e apresenta uma outra tabela que demonstra o saldo devedor, parcela fixa, parcela de 20%, valor devido e valor pago, apurando a diferença total do período fiscalizado no montante de R\$ 24.449,20.

Requer a nulidade do Auto de Infração, face à homologação já ocorrida em 2005, caso não acatada, que seja acolhida a preliminar de decadência de parte do débito exigido, e na eventual supressão dessas teses, pede que seja desconstituída a multa aplicada face à sua comprovada boa-fé.

O autuante prestou a informação fiscal, fl. 83, nos seguintes termos:

1. Não há fundamentação legal para considerar o período autuado como homologado, prescrito ou decaído;
2. O Auto de Infração decorreu da determinação advinda de revisão de procedimentos de Fiscalização feita pela Corregedoria e registrado no SIPRO sob o nº 084798/2008-3;
3. O fato da empresa já ter sido fiscalizada no período de 2003, não impede o Fisco de conferir os procedimentos;
4. Não concorda com os argumentos utilizados para sustentar que o exercício de 2003 já teria caducado;
5. O contribuinte não cumpre o que estabelece o Decreto nº 8.205/2002, fato que ensejou a Corregedoria em determinar a autuação;
6. Os julgados do CONSEF transcritos são referentes a matérias diferentes da autuação.

Por fim, afirma que ao Auto de Infração deve ser julgado procedente na sua totalidade.

Em 12/05/2009, os membros da 4ª JJF decidiram converter o processo em diligencia a ser realizada pela ASTEC/CONSEF, para que: (I) a Inspetoria Fazendária intimasse o contribuinte a apresentar a Resolução de Habilitação ao Desenvolve; e (II) o autuante refizesse o demonstrativo, fl. 09, contemplando o ajuste, conforme a Resolução, deduzindo os valores do ICMS já recolhidos.

Os trabalhos com o fito de atender a diligencia resultaram no Parecer ASTEC nº 001/2010, fls. 87 e 88, onde foi refeito o demonstrativo de apuração dos benefícios do Desenvolve, que segundo o i. diligente observou os parâmetros da Resolução nº 22, cópia anexada, através do qual apurou a diferença de ICMS a recolher de R\$ 24.449,19.

A autuada foi intimada, através dos Correios, a conhecer o resultado da diligência, fls. 95 e 96, não tendo se manifestado no prazo concedido.

Por sua vez, o autuante prestou nova informação à fl. 98, onde repisou que o Auto de Infração foi lavrado em decorrência de recomendação da Corregedoria da Fazenda para apurar o valor do imposto não recolhido, com base no disposto do art. 18 do Decreto nº 8.205/02, que prevê a perda

do benefício em relação à parcela incentivada no mês, quando não houver recolhimento da parcela de ICMS não sujeita à dilação.

Se disse surpreso com a revisão procedida pela ASTEC, propondo redução dos valores cobrados por haver manifesto entendimento contraditório ao da Corregedoria.

Sugere que seja discutido o assunto pelos órgãos competentes até que se estabeleça uma posição uniforme com o adiamento do julgamento do processo para que não haja prejuízo ao Erário.

Consta às fls. 104 e 105 informações extraídas do Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária – SIGAT, referentes ao parcelamento e pagamento do débito, em valor histórico de R\$ 24.449,18 adicionado os acréscimos moratórios e multa correspondentes, conforme requerimento, fl. 107.

Em 25/03/2011 o processo foi pautado e julgado pela 4ª Junta de Julgamento Fiscal como PROCEDENTE, conforme Acórdão JJF nº 0069-04/11, fls. 125 a 129, decisão confirmada pela 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, que apreciou em 24/10/2012 o Recurso Voluntário interposto pela autuada, mantendo o Auto de Infração como PROCEDENTE – Acórdão CJF nº 0329-12/12, fls. 173 a 187.

Em 18/11/2020, a Procuradoria Fiscal e da Dívida Ativa da PGE, informou ao Secretário da Fazenda o teor da decisão judicial que anulou a sessão de julgamento do CONSEF que apreciou o recurso voluntário interposto pela autuada além de todos os atos processuais subsequentes, fls. 571 e 572.

Assim, o Auto de Infração foi submetido a novo julgamento na mesma 2ª CJF em 07/12/2021, que acolheu a representação da PGE e julgou nula a anterior decisão de segunda instância, determinando o retorno do processo para a primeira instância com o propósito de realização de novo julgamento – Acórdão CJF nº 0383-12/21-VD.

É o relatório.

Participou da sessão de julgamento o representante da autuada Dr. Marcus Vinícius Guimarães Emilliavacca OAB/BA 33381, que em sustentação oral, afirmou nada ter a reparar quanto ao relatório.

Chamou a atenção para a questão da decadência do crédito tributário, conforme já requerido na defesa, deixando de adentrar no mérito da autuação.

VOTO

O Auto de Infração em análise imputa ao sujeito passivo a acusação de uma infração, tempestivamente impugnada, sendo que este julgamento decorre da anulação do julgamento realizado na primeira instância, pela 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, determinando o retorno do processo para novo julgamento nessa instância.

A autuada é contribuinte do ICMS, inscrito no Cadastro Estadual na condição de Empresa de Pequeno Porte, não optante do Simples Nacional e atua na atividade econômica principal de CNAE-Fiscal 2851-8/00 - Fabricação de máquinas e equipamentos para a prospecção e extração de petróleo, peças e acessórios.

É beneficiário do Programa Desenvolve, desde 16/05/2003, data de publicação da Resolução nº 22/2003 do Conselho Deliberativo do Desenvolve que habilitou ao Programa o projeto de expansão da capacidade produtiva da autuada, para produzir peças e equipamentos à base de aço, sendo-lhe concedidos os seguintes benefícios:

I - diferimento do lançamento e do pagamento do ICMS, nas importações e nas aquisições neste Estado e em outra unidade da Federação, relativamente ao diferencial de alíquotas, de bens destinados ao ativo fixo, para o momento em que ocorrer sua desincorporação;

II - dilação de prazo de 72 (setenta e dois) meses para pagamento do saldo devedor do ICMS, relativos às operações próprias, gerado em razão dos investimentos previstos no projeto incentivado, conforme estabelecido na Classe II, da Tabela I, anexa ao Regulamento do DESENVOLVE.

Art. 2º Conceder dilação de prazo de 72 (setenta e dois) meses para pagamento do saldo devedor do ICMS, relativos às operações próprias, gerado em razão dos investimentos previstos no projeto incentivado, conforme estabelecido na Classe II, da Tabela I, anexa ao Regulamento do DESENVOLVE.

Art. 3º Fixar a parcela do saldo devedor mensal do ICMS passível do incentivo, o que exceder a R\$ 6.884,45 (seis mil, oitocentos e oitenta e quatro reais e quarenta e cinco centavos), corrigidos este valor a cada 12 (doze) meses pela variação do IGP-M.

Art. 4º Conceder prazo de 12 (doze) anos para fruição dos benefícios, contado a partir da publicação desta Resolução no Diário Oficial do Estado.

A defesa arguiu nulidade do lançamento alegando a expressa homologação dos exercícios fiscais de 2000 a 2003 realizada pelo Fisco em meados de 2005 e, assim, entendeu que o exercício de 2003, ora fiscalizado, “já foi analisado e devidamente homologado”.

O fundamento, portanto, evolve a temática dos limites do poder de fiscalização, tratado no Código Tributário Nacional nos artigos 195 e 196:

Art. 195. Para os efeitos da legislação tributária, não têm aplicação quaisquer disposições legais excludentes ou limitativas do direito de examinar mercadorias, livros, arquivos, documentos, papéis e efeitos comerciais ou fiscais, dos comerciantes industriais ou produtores, ou da obrigação destes de exibi-los.

Parágrafo único. Os livros obrigatórios de escrituração comercial e fiscal e os comprovantes dos lançamentos neles efetuados serão conservados até que ocorra a prescrição dos créditos tributários decorrentes das operações a que se refiram.

Art. 196. A autoridade administrativa que proceder ou presidir a quaisquer diligências de fiscalização lavrará os termos necessários para que se documente o início do procedimento, na forma da legislação aplicável, que fixará prazo máximo para a conclusão daquelas.

Da leitura dos dispositivos transcritos, se infere que o CTN atribui à autoridade fiscal o poder de fiscalizar os contribuintes através de sus livros documentos e registros, sem limitações ainda que contidas em disposições legais, até que ocorra a prescrição do crédito tributário.

A despeito da redação do art. 196, o art. 198 do CTN, determinar que “*Sem prejuízo do disposto na legislação criminal, é vedada a divulgação, por parte da Fazenda Pública ou de seus servidores, de informação obtida em razão do ofício sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades.*”, os quais tratam do dever de comunicação do início da fiscalização e do prazo para sua conclusão, bem como da proibição de divulgação das informações econômicas ou financeiras dos contribuintes, não há expressa determinação de uma delimitação objetiva e precisa de quais seriam os limites da Fiscalização no que se refere ao pedido de colaboração dos contribuintes aos trabalhos fiscalizatórios.

Na mesma seara, trago trecho do artigo publicado no sitio do IBDT - Instituto Brasileiro de Direito Tributário, de autoria do advogado e Mestre em Direito Tributário pela Escola de Direito de São Paulo – FGV, sob o título “LIMITES DO PODER DE FISCALIZAÇÃO: IDENTIFICAÇÃO E CONTROLE”, a seguir transcrito:

“A pesquisa realizada aos acórdãos proferidos pelo CARF também apontou o reconhecimento do amplo poder de fiscalização aos livros e documentos diante do teor do art. 195 do CTN, não se limitando apenas aos livros fiscais, mas a todos os documentos que suportem a incidência tributária. Também constatamos o reconhecimento do dever de colaboração do contribuinte com a apresentação da documentação exigida. Corolário do dever de fiscalização é o dever de guarda dos livros até o término do prazo prescricional e não o decadencial, sendo, inclusive, autorizado o reexame de período já fiscalizado. Por outro lado, após o prazo prescricional, não há o dever de exibição dos livros e documentos, ainda que a fiscalização possa ter acesso àqueles ainda existentes. Desta forma, reconhecida a desoneração do dever de exhibir livros e documentos, é indevida a aplicação de multa por descumprimento de obrigação acessória (dever instrumental) em relação à não apresentação de livros e documentos após o prazo prescricional. Contudo, a

não apresentação dos livros e dos documentos dentro do prazo decadencial ou prescricional é pressuposto para a aplicação de multa agravada por embaraço à fiscalização. Ainda em relação à exibição de livros e de documentos, o CARF entende como legítima a retirada de livros fiscais do estabelecimento do contribuinte, inclusive a apreensão quando evidenciado risco ao bom andamento da fiscalização”.

Portanto, resta claro que mesmo tendo a Fiscalização já examinado as atividades do contribuinte, em período anterior, relativas ao exercício fiscal de 2003 nada impede a realização de revisão pela Administração Tributária com nova ação fiscalizatória, desde que observadas as regras relativa à prescrição e decadência.

Ademais, registro que o lançamento foi realizado em observância às determinações legais e regulamentares. A descrição do fato infracional se apresenta de forma clara, é possível se determinar com certeza a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário, assim como a multa sugerida e os dispositivos legais e regulamentares tidos como infringidos.

Observo que o direito de ampla defesa e do contraditório do contribuinte foi plenamente preservado, inexistindo qualquer vício ou falha que macule de nulidade o Auto de Infração.

Assim, rejeito a arguição de nulidade.

Ainda abordando razões preliminares, mas prejudicial ao mérito, a autuada arguiu a decadência de parte do crédito tributário reclamado, visto que o Auto de Infração foi lavrado em 29/12/2008, apontando que transcorreu mais de cinco anos da ocorrência dos fatos geradores de 31/05/2003 a 30/11/2003, admitindo apenas a exceção para os fatos geradores ocorridos em 31/12/2003, nos termos do art. 150, § 4º do Código Tributário Nacional.

Antes de analisar a arguição de decadência, observo que entre a data do primeiro julgamento deste contencioso, ocorrido em 25/03/2011 pela 4ª Junta de Julgamento Fiscal e a presente data, se passaram mais de 12 anos e 8 meses, período no qual ocorreram fatos afeitos a matéria, que merecem considerações, que passo a tece-las.

Um desses fatos é a mudança de entendimento deste CONSEF frente à questão da decadência do crédito tributário, a ser tratada a seguir, e outra, a ocorrência dos recolhimentos do ICMS referente a parcela incentivada do período autuado, que ocorreram antes do primeiro julgamento.

Ao analisar a decadência, lembro que a autuação ocorreu sob o argumento de recolhimento “*a menor do ICMS em razão da falta de recolhimento, na data regulamentar da parcela não sujeita a dilação de prazo*”, no período de maio a dezembro de 2003, tendo a ciência do lançamento ocorrido em 29/12/2008, fl. 02.

O Código Tributário Nacional 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.*”, dispositivo que se aplica ao ICMS, por ser este um imposto sujeito ao lançamento por homologação

Como ocorreu no primeiro julgamento, por muito tempo, subsistiu discussão acerca de qual seria o entendimento frente a tais questões, para reconhecimento ou não da decadência do crédito tributário, ou seja: se deveria ser aplicada regra prescrita no art. 173, inc. I, ou a regra do art. 150 § 4º do CTN.

O entendimento predominante neste CONSEF era de que prevalecia em tais hipóteses, como a do caso em análise, a redação contida na Lei nº 3.956/81 - COTEB, até mesmo após a edição pelo Supremo Tribunal Federal da Súmula Vinculante nº 08, aplicável aos créditos tributários, assim

enunciada: “*São inconstitucionais o parágrafo único do artigo 5º do Decreto-Lei 1.569/1977 e os artigos 45 e 46 da Lei 8.212/1991, que tratam da prescrição e decadência do crédito tributário.*”.

O principal argumento utilizado para manutenção das decisões do CONSEF, em consonância com o entendimento da Procuradoria Fiscal da PGE, se fundamentou no fato de que a princípio, a manifestação do STF unicamente expurgaria do ordenamento jurídico, por vício de inconstitucionalidade, os citados artigos de matéria previdenciária.

Após anos de debates, observação de julgamentos em tribunais superiores que foram consolidando entendimentos em separado dos dois artigos do CTN que trata de decadência, houve a revogação dos artigos 107-A e 107-B, § 5º, do COTEB, pela edição da Lei nº 13.199/2014, adotando-se alinhamento da legislação estadual com o CTN a partir da interpretação construída na elaboração da Súmula Vinculante nº 8 do STF.

Partindo desta realidade, a PGE/PROFIS revisou o entendimento anterior, culminando com a adoção dos Incidentes de Uniformização, dentre eles o nº PGE 2016.194710-0, através do Ofício Gab/PROFIS/PGE nº 42/2016, de 22 de novembro de 2016, nos seguintes termos: “*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.*” Ficando ressalvado o caso de ocorrência de dolo, fraude ou simulação, quando se aplicaria a regra do art. 173, inc. I do CTN.

De outra forma, a contagem do prazo decadencial ocorreria do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que lançamento poderia ter sido efetuado, com fundamento no art. 173, inc. I, do CTN, segundo o citado Incidente de Uniformização 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 valor efetivamente devido em virtude da configuração de dolo, fraude ou simulação*”.

O entendimento da PGE, encontra respaldo na Súmula 555 do STJ, resultado do julgamento em sede de Recurso Especial Repetitivo, na apreciação do REsp 973.753/SC, assim enunciada: “*Quando não houver declaração do débito, o prazo decadencial quinquenal para o Fisco constituir o crédito tributário conta-se exclusivamente na forma do art. 173, I, do CTN, nos casos em que a legislação atribui ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa*”. (Súmula 555, Primeira Seção, julgado em 09/12/2015, DJe de 15/12/2015).

Assim, de acordo com o enunciado e justificativa da Súmula, se houver algum pagamento antecipado, a regra de contagem do prazo é a do § 4º do art. 150 do CTN, portanto, o prazo decadencial conta-se a partir do fato gerador, e acaso não haja, a regra é aquela do art. 173, inc. I, do CTN, que assim dispõe:

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.

Ressalto não haver nos atos comprovação, sequer menção de que nos procedimentos do contribuinte no período analisado, ocorreu dolo, fraude ou simulação, que pudesse justificar a aplicação da regra prevista no art. 173, inc. I do CTN.

Ainda considerando a Súmula nº 12 do CONSEF: “*Para efeito da contagem do prazo decadencial, o lançamento só se aperfeiçoa com a ciência do contribuinte acerca do auto de infração.*”, e

que no caso, a data de ciência do lançamento, efetuado na forma do art. 108 do RPAF/99, se realizou em 29/12/2008, conforme recibo, fl. 02, esta é a data a ser considerada como referência para contagem do lapso temporal de 5 anos a partir da ocorrência dos fatos geradores.

A infração 01 exige o imposto decorrente do recolhimento a menos do ICMS referente a parcela não incentivada do Programa Desenvolve, tendo o contribuinte recolhido apenas o valor do ICMS correspondente ao valor mínimo a ser pago, estipulado na resolução.

Desse modo o lançamento em análise se conforma com os casos das infrações em que o sujeito passivo declarou as operações, apurou o imposto relativo a tais operações, mas efetuou o pagamento de imposto a menos. Portanto, aplica-se a regra do art. 150, § 4º, do CTN, ou seja, conta-se o prazo decadencial a partir da data de ocorrência do fato gerador.

Destarte, tendo sido revogado o § 5º do art. 107-B, do COTEB, vigente à época da ocorrência dos fatos geradores, acato o pedido da defesa e afastado a exigência fiscal, por ter se processado a decadência do crédito tributário referente aos fatos geradores ocorridos no período de maio a novembro de 2003.

Outros fatos que merecem registros são os pagamentos realizados pela autuada do ICMS referente as parcelas dilatadas do ICMS - Desenvolve referente aos períodos de maio a outubro de 2003, conforme constam registrados no SIGAT – Arrecadação:

Nosso Número	Pagamento	Referência	Receita	Valor Principal	Valor Total
901579743	22/06/2009	Mai/03	2.167 - ICMS PROGRAMA DESENVOLVE	1.520,15	1.575,18
901625655	30/06/2009	Mai/03	2.167 - ICMS PROGRAMA DESENVOLVE	6.080,59	6.370,01
901829213	20/07/2009	Jun/03	2.167 - ICMS PROGRAMA DESENVOLVE	11.135,09	11.529,27
902168728	20/08/2009	Jul/03	2.167 - ICMS PROGRAMA DESENVOLVE	19.393,00	20.072,70
902352859	21/09/2009	Ago/03	2.167 - ICMS PROGRAMA DESENVOLVE	17.443,49	18.048,51
902592145	20/10/2009	Set/03	2.167 - ICMS PROGRAMA DESENVOLVE	5.790,90	5.989,65

A Fiscalização exigiu integralmente o ICMS apurado nos meses de maio a dezembro de 2003, tendo em vista que restou apurado o não recolhimento integral da parcela não dilatada do imposto.

A exação tem como suporte o disposto no art. 18 do Regulamento do Programa Desenvolve, aprovado pelo Decreto nº 8.205/2002, cuja redação vigente, com efeitos até 10/08/2005, segue transcrita:

Art. 18. A empresa habilitada que atrasar ou deixar de recolher o ICMS ao Tesouro do Estado, por 03 (três) meses consecutivos, ou 06 (seis) meses alternados, terá automaticamente suspenso o incentivo.

Segundo apurou o autuante, o contribuinte não tendo recolhido a parcela do ICMS não sujeita a dilação de prazo, se exigiu o integralmente imposto apurado em cada período, sem considerar o direito que o contribuinte teria de dilatar em 72 meses o pagamento do saldo devedor do ICMS, relativo às operações próprias, gerado em razão dos investimentos previstos no projeto incentivado, conforme estabelecido na Classe II, da Tabela I, anexa ao Regulamento do Desenvolve (80% do imposto apurado, pelo disposto no art. 18 do citado regulamento).

A defesa argumentou que a legislação do Programa Desenvolve suscitou dúvidas e reconheceu que do valor de ICMS resultante do aumento de produtividade devia ser recolhido o percentual de 20% e dilatado 80% do valor devido. Admitiu que o valor do recolhimento a menor “foi fruto de um equívoco e não de suposta má-fé”.

Conforme planilha elaborada pelo autuante, fl. 09, no período fiscalizado foi apurado saldo devedor de R\$ 177.456,28 tendo o contribuinte recolhido valores mensais de maio a dezembro de 2003 de R\$ 6.884,45 (valor do piso) totalizando R\$ 55.075,60, portanto, foi exigido o total remanescente de R\$ 122.380,74.

Convertido em diligência à Assessoria Técnica do CONSEF, após o exame, foi elaborada e juntada planilha indicando que a empresa autuada deixou de recolher no período fiscalizado o montante

de R\$ 24.449,19 do ICMS relativo à parcela não incentivada, restando assim comprovado que o mesmo deixou de recolher o ICMS referente a parcela não sujeita à dilação de prazo no período de maio a dezembro de 2003, conforme planilha acostada pelo diligente da ASTEC, à fl. 88.

Confirmado o não recolhimento do ICMS referente a parcela mensal não sujeita à dilação de prazo no período fiscalizado, com a aplicação da regra prevista no dispositivo acima transrito, o contribuinte perdeu o direito ao benefício da parcela incentivada de cada mês, totalizando R\$ 97.931,55.

Registro, por oportuno, que não se trata de decretação pelo Fiscal de perda de direito aos incentivos do Programa Desenvolve que, efetivamente é de competência do Conselho Deliberativo do Desenvolve, tampouco de recolhimento do ICMS - parcela não dilatada a menos, como alegou a autuada ao citar o Acórdão CJF nº 0334-12/08, tendo em vista que os valores recolhidos a cada mês de R\$ 6.884,45, correspondem aos valores mínimos a serem recolhidos, que serve de parâmetro para fixar a parcela do saldo devedor mensal do ICMS passível do incentivo (art. 3º da Resolução nº 22/2003).

Portanto, não resta dúvida que no presente caso ocorreu falta de recolhimento da parcela do ICMS não sujeita à dilatação do prazo de 72 meses, e não o recolhimento a menos, o que culminou na perda do direito ao benefício de postergar o pagamento do ICMS referente a parcela incentivada.

Diante dos fatos relatados e com suporte na legislação do Programa Desenvolve, a infração está caracterizada nos meses de maio a dezembro de 2003. Contudo, conforme já reconhecido, os créditos tributários referentes aos fatos geradores ocorridos entre maio e novembro de 2003, foram alcançados pela decadência, não podendo, portanto, a Fazenda Pública manter a exação nestes períodos.

A infração é parcialmente subsistente no montante de R\$ 14.153,75, conforme demonstrativo:

Data Ocorrência	Data Vencimento	Báse de Cálculo	Alíquota	Multa	Valor Histórico
31/12/2003	09/01/2004	83.257,35	17,00	60,00	14.153,75

Importante ainda registrar que o i. diligente da ASTEC ao elaborar o Parecer nº 001/2010, fls. 87 e 88, apontou no demonstrativo anexado, os valores do ICMS referentes as parcelas não dilatadas, excluindo os valores mínimos fixados na resolução a serem recolhidos mensalmente pelo contribuinte, conforme tabela a seguir reproduzida:

Mês	ICMS - Parcela não Dilatada
Mai/03	1.900,19
Jun/03	2.783,77
Jul/03	4.848,25
Ago/03	4.360,87
Set/03	1.447,73
Out/03	5.101,84
Nov/03	1.193,08
Dez/03	2.813,46
Total	24.449,19

Como bem consta no parecer da ASTEC, “...obedecendo aos parâmetros de Resolução nº 22, apurou-se uma diferença a recolher de ICMS não incentivado para autuada no montante de R\$ 24.449,19...”, que reflete a verdade dos fatos, observo que o diligente não fez juízo de valor quanto a perda do direito do contribuinte aos benefícios do programa, por contrariar o art. 18 do Regulamento do Programa Desenvolve.

Ao tomar conhecimento do resultado da diligência, a autuada providenciou a quitação do saldo devedor levantado pela ASTEC, através do Parcelamento nº 134310-6, inscrito no SIGAT em 08/02/2010, já quitado em 12 parcelas, conforme demonstrativos do SIGAT, fls. 104 e 105, já finalizado.

Acrescente-se o fato, já registrado linhas acima, dos pagamentos efetuados pelo contribuinte entre junho e outubro de 2009 referente a parcela incentivada dos períodos de maio a setembro de 2003.

A seguir, a tabela demonstra aos valores do ICMS - parcela não incentivada e do ICMS - parcela incentivada, com base nos dados da planilha de cálculo do autuante, fl. 09.

Mês	Créditos LRAICMS A	Outros Créditos B	Crédito Fiscal Indevedor C	Débitos D	Saldo Devedor E = (C+D) - (A+B)	Valor - Piso - Resolução F	Saldo Devedor s/ o Piso G = E - F	20% do Saldo Devedor H = G x 20%	Parcela com Benefício Fiscal I = G - H
Mai/03	3.634,21	1.028,98	0,00	21.048,57	16.385,38	6.884,45	9.500,93	1.900,19	7.600,74
Jun/03	7.601,99	1.179,32	0,00	29.584,62	20.803,31	6.884,45	13.918,86	2.783,77	11.135,09
Jul/03	7.777,55	1.161,61	0,00	40.064,86	31.125,70	6.884,45	24.241,25	4.848,25	19.393,00
Ago/03	4.714,19	1.115,03	0,00	34.518,03	28.688,81	6.884,45	21.804,36	4.360,87	17.443,49
Set/03	7.619,56	1.192,59	0,00	22.935,23	14.123,08	6.884,45	7.238,63	1.447,73	5.790,90
Out/03	7.482,04	1.315,08	48,27	41.190,78	32.441,93	6.884,45	25.557,48	5.111,50	20.445,98
Nov/03	3.709,78	1.163,92	0,00	17.723,57	12.849,87	6.884,45	5.965,42	1.193,08	4.772,34
Dez/03	3.727,86	1.176,02	86,43	25.855,65	21.038,20	6.884,45	14.153,75	2.830,75	11.323,00
Totais	46.267,18	9.332,55	134,70	232.921,31	177.456,28	-	122.380,68	24.476,14	97.904,54

Constata-se que os valores recolhidos em 2009, sob o código de receita 2.167 - ICMS PROGRAMA DESENVOLVE, correspondem exatamente aos valores das parcelas incentivadas referente aos fatos geradores de maio, junho, julho, agosto e setembro de 2003.

Relevante registrar que o contribuinte recolheu:

- i) Tempestivamente os valores mínimos fixados na Resolução 22/2003, referente aos períodos de maio a dezembro de 2003, nos montantes mensais de R\$ 6.884,45;
- ii) Após a lavratura do Auto de Infração e depois de ter sido notificado do resultado da diligência realizada pela ASTEC, os valores das parcelas do ICMS não incentivadas, integralmente quitadas mediante parcelamento de débito, já finalizado;
- iii) Em 2009, 72 meses após a ocorrência dos fatos geradores, os valores do ICMS parcela incentivada referente aos meses de junho a setembro de 2003.

Estes últimos pagamentos das parcelas incentivadas do ICMS demonstram que o contribuinte considerou ser detentor do direito de postergar em 72 meses o recolhimento de 80% do ICMS apurado nos meses de junho a setembro de 2003 (parcela incentivada).

Pelo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, e recomendo que o setor responsável da SEFAZ, homologue os valores recolhidos através do Parcelamento de Débito nº 134310-6, inscrito no SIGAT em 08/02/2010, já finalizado.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 299326.0401/08-9, lavrado contra **ETEP INDÚSTRIA METALÚRGICA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 14.153,75**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inc. II, alínea “f” da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do artigo 169, inc. I, alínea “a” do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 18.558/18, com efeitos a partir de 18 de agosto de 2018.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 12 de dezembro de 2023.

JORGE INÁCIO DE AQUINO - PRESIDENTE

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS - RELATOR

JOSÉ CARLOS COUTINHO RICCIO - JULGADOR