

A. I. Nº - 298858.0025/11-0
AUTUADO - AVIPAL NORDSTE S/A
AUTUANTE - JOSMAN FERREIRA CASAES
ORIGEM - IFEP NORTE
INTERNET - 11.04.2012

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0046-02/12

EMENTA: ICMS. BENEFÍCIOS FISCAIS. DESENVOLVE. **a)** SUSPENSÃO DO BENEFÍCIO. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. Recolhimento de ICMS efetuado a menos em virtude da falta de pagamento, na data regulamentar, das parcelas não sujeitas à dilação de prazo, acarretando a perda do direito ao benefício em relação às parcelas incentivadas pelo Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia (DESENVOLVE). Falta de atendimento de requisito regulamentar para fruição do benefício. Comprovado recolhimento de parte do imposto exigido. Mantido parcialmente o lançamento. **b)** USO INDEVIDO DE INCENTIVO FISCAL. Restou comprovado que o sujeito passivo na apuração do benefício fiscal de dilação do prazo para recolhimento do imposto decorrente de operações próprias incluiu valores não contemplados no benefício concedido. Ficou comprovada a improcedência de parte da exigência, tendo em vista a incompatibilidade com a exigência constante na infração 01. Infração parcialmente caracterizada. **02.** DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. **a)** FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 10% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Infração caracterizada; **b)** OPERAÇÃO TRIBUTÁVEL CARACTERIZADA COMO NÃO TRIBUTÁVEL. LANÇAMENTO DO TRIBUTO. Restou demonstrado que as mercadorias, alvo da exigência, não eram contempladas pelo benefício fiscal, que se restringia aos produtos produzidos pelo sujeito passivo no estabelecimento para o qual foi concedido o benefício neste Estado. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração, ora impugnado, lavrado em 20/10/2011, para reclamar o descumprimento de obrigações principais e acessórias, relativas ao ICMS, totalizando o valor de R\$7.857.782,30, imputando-se ao contribuinte as seguintes infrações:

Infração 01- deixou de recolher o ICMS no prazo regulamentar referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, no valor do ICMS de R\$5.082.851,14, multa de 50%, sobre R\$4.796.507,53 e 60% sobre R\$286.343,61;

Infração 02- deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal. Multa de 10%, no total de R\$ 61.683,64;

Infração 03 – deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. ICMS no valor de R\$ 129.847,35, multa de 60%;

Infração 04 – recolheu a menos o ICMS em razão de erro na determinação do valor da parcela sujeita a dilação de prazo prevista pelo Programa Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – Desenvolve. ICMS no valor de R\$2.583.445,17. Multa de 60%.

O autuando, às fls. 461 a 475 dos autos, afirma que a presente autuação revela-se nula em virtude de a mesma encontrar-se totalmente desprovida de elementos descritivos pertinentes à infração imaginada pela Autoridade Fiscal, além de não estar acompanhada de capitulação legal condizente com os respectivos fatos, o que resulta em sério prejuízo ao direito de defesa da Impugnante, nos termos do artigo 18, incisos II e IV, alínea “a”, do Decreto nº 7.629/99, limita-se a Autoridade Fiscal a reproduzir e repetir trechos lacônicos sem qualquer dado fático.

Aduz que a capitulação legal mencionada pelo Fiscal Autuante, visando conferir suporte jurídico a este ato, está adstrita à reprodução de comandos genéricos, do tipo: “*O recolhimento do ICMS será feito até o dia 9 do mês subsequente ao da ocorrência dos fatos geradores*” (artigo 124, I, RICMS/BA – citado na infração 1)

Assegura que o Auto de Infração em comento é confuso e, ao mesmo tempo, simplista em seus fundamentos, o que, sem sombra de dúvidas, resulta no reconhecimento de sua nulidade formal e no cerceamento ao direito de defesa da Impugnante, conforme assegurado pelo artigo 18, incisos II e IV, alínea “a”, do Decreto nº 7.629/99:

“Art. 18. São nulos:

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

IV - o lançamento de ofício:

a) que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator;” (g.p.)

Cita Celso Ribeiro Bastos e José Torres Pereira Júnior, decisão do Eg. Superior Tribunal de Justiça (Agrg. Resp nº 1048353/SP. 2ª Turma. Min. Humberto Martins. In DJ de 27/10/2010) e (Resp. nº 798283/ES. 5ª turma. Min. Laurita Vaz. In DJ de 17/12/2010.) (g.p.)

Conclui que o presente lançamento de ofício foi confeccionado em total dissonância aos preceitos legais estabelecidos no artigo 39 do Decreto nº 7.629/99, na medida em que apresenta descrição circunstanciada das infrações apuradas de maneira limitada e genérica, tolhendo significativamente o direito de defesa da Impugnante, razão pela qual deve ser o mesmo declarado nulo.

Ataca o mérito alinhado, quanto à infração 01, ter notado que os valores exigidos em decorrência desta premissa levantada pela Fiscalização são idênticos àqueles lançados em seu livro Registro de Apuração do ICMS - RAICMS, a título de parcela incentivada do programa DESENVOLVE, instituído pela Lei Baiana nº 7.890/2001 e regulamentado pelo Decreto nº 8.205/02.

Esclarece que a Impugnante é beneficiária deste programa em razão dos investimentos realizados no Estado da Bahia, o qual lhe concede diferimento do ICMS para o momento da desincorporação de bens destinados ao ativo fixo e dilação do prazo de pagamento do ICMS em operações próprias, conforme se verifica do artigo 1º, incisos I e II, da Resolução nº 75/2006. Estende estar certo que a glosa dos valores lançados na escrita fiscal da ora Impugnante como montante objeto do incentivo fiscal concedido pela aludida Resolução nº 75/2006, constitui medida ilegal por parte da Autoridade Fiscal, a qual caberia, ao menos, motivar este equivocado procedimento.

Aduz que o ICMS cobrado no presente lançamento foi efetivamente recolhido aos cofres estaduais, como se comprova das cópias das guias de recolhimento do ICMS e dos demonstrativos de apuração destes débitos, ora anexados. (doc. 02)

Alinha que a exigência fiscal apurada para o mês de maio de 2009, relativa à “infração 1”, coincide com a exigência fiscal referente à “infração 4”, lançada neste mesmo período, na medida em que ambas decorrem do suposto não recolhimento do ICMS.

Entende mostrar-se absolutamente contraditório que o Fiscal Autuante exija integralmente o montante apurado pela ora Impugnante em seu RAICMS e lançado na conta do programa DESENVOLVE (infração 1), quando, ao mesmo tempo, cobra o ICMS em decorrência de suposto erro na apuração desta mesma quantia (infração 4). Se na “infração 1” a Autoridade Fiscal exige a integralidade do imposto, como na “infração 4” poderia cobrar pretensão diferença do tributo?

Consigna ainda que ambas as premissas sejam ilegais, por certo que o Fiscal Autuante teria que optar pela adoção de uma ou de outra, sob pena de enriquecimento ilícito do Estado da Bahia, pois tais exigências decorrem do mesmo fato jurídico.

Portanto, afirma o autuado, sem prejuízo à ilegal duplicidade de exações acima demonstrada, mostra-se fato inequívoco que os valores lançados pela Fiscalização, relativamente à “infração 1” aqui comentada, foram apurados pela ora Impugnante e inseridos no regime jurídico do programa DESENVOLVE, o qual a mesma é beneficiária.

Assim, conclui o autuado, qualquer outra justificativa que venha a ser eventualmente aduzida pela Autoridade Fiscal, que não seja no sentido de reconhecer seu erro na identificação da condição da Impugnante como beneficiária do programa DESENVOLVE, importará, também, no reconhecimento de que a autuação não se encontra devidamente motivada e, assim, nula.

Quanto à infração 02, aduz que, independentemente de ter ou não efetivamente ocorrida a ausência de escrituração nas operações, por certo que tal procedimento foi realizado pela empresa Avipal Nordeste S/A, que foi sucedida pela Impugnante.

Afirma que o ato infracional de natureza formal, se é que aqui existe, fora praticado exclusivamente por outra pessoa jurídica que não a Impugnante. Ademais, há que se notar o fato de tal penalidade, à época da sucessão, ainda não ter sido constituída pelo Fisco Baiano, logo, não integrava o passivo da empresa sucedida.

Traz em socorro o artigo 132 do Código Tributário Nacional, com o entendimento de SACHA CALMON NAVARRO COÊLHO, em consonância com o seu entendimento.

Aduz que, em recentíssimo julgado, cujo resultado foi atribuído efeito de recurso repetitivo, nos termos do artigo 543-C do Código de Processo Civil, a 1ª Seção do E. Superior Tribunal de Justiça definiu que o sucessor empresarial somente responde pelas multas ocasionadas por atos do sucedido se as mesmas tiverem sido constituídas antes da sucessão, integrando o passivo da empresa adquirida, nos exatos moldes da explicação aduzida pelo acima referido Autor.

Apresenta comentário dos fundamentos utilizados no referido precedente pelo Ministro Relator Luiz Fux, então membro do Tribunal Superior, Luiz Paulo Romanno e Vinicius Jucá Alves acentuam que:

“O Relator não deixou dúvidas sobre o entendimento da Primeira Seção ao grifar o trecho da citação (Sacha Calmon) que afasta a sucessão para as multas lavradas após a sucessão. Trata-se de importante definição de marco temporal que não pode passar despercebida. (...) O STJ deixa claro o seu entendimento no sentido de que o artigo 129 do CTN permite, em tese, a responsabilidade do sucessor quanto a multas. Mas tal responsabilização somente terá lugar em relação àquelas multas lavradas antes do negócio jurídico que deu origem à sucessão e que, portanto, eram passíveis de conhecimento da empresa sucessora e faziam parte do patrimônio presente da sucedida.”

Conclui afirmando que, desta forma, seja pelo fato de a Impugnante não poder ser responsabilizada por eventuais infrações de ordem formal cometidas por Avipal Nordeste S/A, e não constituídas na data da sucessão, conforme interpretação do artigo 132 do Código Tributário Nacional, ou pelo fato de diversas operações indicadas no Auto de Infração terem sido

efetivamente escrituradas nos registros fiscais do estabelecimento autuado, impõe-se o cancelamento da exigência fiscal abordada neste tópico.

No que é pertinente a infração 03, aduz que, lamentavelmente a Impugnante não poderá tecer qualquer comentário acerca deste ponto, pois se encontra completamente tolhida de informações a respeito desta suposta infração, as quais deveriam constar de forma clara, concisa e precisa do Auto de Infração, lembrando o disposto no artigo 41, inciso II, do Decreto nº 7.629/99:

“Art. 41. O Auto de Infração far-se-á acompanhar:

II - dos demonstrativos e dos levantamentos elaborados pelo fiscal autuante, se houver, e das provas necessárias à demonstração do fato argüido.”

Aduz que não houve por parte da Autoridade Fiscal qualquer especificação sobre quais teriam sido as operações objeto da “infração 3”, os critérios legais por ela adotados para o lançamento do tributo, muito menos a indicação do dispositivo legal pertinente. Não há informação alguma a respeito da premissa sustentada pelo Fiscal Autuante.

Desta forma, complementa o autuado, sem ter como exercer seu amplo direito de defesa, garantido constitucionalmente, a Impugnante reforça aqui o pedido para que seja declarado nulo o Auto de Infração ora questionado pelas razões já manifestadas no capítulo anterior.

Quanto à infração 04, afirma que os artigos 2º e 3º do aludido Decreto nº 8.205/02, o programa DESENVOLVE garante à empresa, nele habilitada, em linhas gerais, a possibilidade de diferimento do ICMS em relação ao imposto oriundo da aquisição de bens destinados ao ativo fixo, assim como a dilação do prazo de pagamento do ICMS, para até 72 (setenta e dois) meses, em decorrência da saída de mercadorias em operações próprias do estabelecimento beneficiado. Exatamente nestas bases a ora Impugnante foi habilitada no programa DESENVOLVE, por meio da já citada Resolução nº 75/2006.

Aduz que o pretense erro na apuração da parcela dilatada do ICMS não chegou a ser explicado pela Autoridade Fiscal, limitando-se a mesma a confeccionar duas planilhas (fls. 347 e 366) contendo o mapa da apuração do imposto do estabelecimento autuado, incluindo a quantia da parcela abrangida pelo DESENVOLVE que a Fiscalização entende ser a correta.

Afirma que, debruçando-se sobre as informações contidas nas referidas planilhas, a Impugnante acredita ter decifrado a metodologia utilizada pelo Fiscal Autuante na apuração das quantias para ele corretas referentes às parcelas do ICMS que deveriam ter sido creditadas no programa DESENVOLVE.

Entende que o Fiscal Autuante, com base em equação matemática, segrega créditos e débitos do ICMS, segundo ele, não abrangidos pelo incentivo fiscal do programa DESENVOLVE, confrontando-os com o saldo devedor apurado pela ora Impugnante em seu RAICMS.

A equação pode ser ilustrada da seguinte forma:

$$K = N - C - E + G - H$$

Onde:

K = base de cálculo do DESENVOLVE

N = parcela incentivada lançada pela empresa

C = diferencial de alíquota de material de uso e consumo

D = estorno de crédito não vinculado

G = operações não incentivadas na entrada

H = créditos não incentivados

Alinha que a metodologia empregada pela Fiscalização na apuração da parcela devida ao programa DESENVOLVE está amparada nas disposições estabelecidas pela Instrução Normativa nº 27/2009, especificamente nos itens 2, 2.1 e 2.2, que descrevem a respectiva equação e informam quais as operações cujos créditos e débitos não são passíveis do incentivo em questão.

Entretanto, convém mencionar que até a edição da referida Instrução Normativa, a legislação baiana não havia determinado com tamanha especificidade quais as operações cujos débitos/créditos de ICMS poderiam compor o cálculo da parcela inserida no programa DESENVOLVE. Aliás, como se nota do teor da Resolução nº 75/06, que aprovou a habilitação da ora Impugnante neste programa de incentivo fiscal, consta expresso no respectivo inciso II que a mesma poderia dilatar o ICMS apurado em decorrência de suas operações próprias, e só. Todavia, a Autoridade Fiscal, sem respaldo legal, incluiu nas variáveis “E” e “G”, por exemplo, débitos e créditos de ICMS decorrentes de operações próprias da Impugnante, mas que, segundo ele, Fiscal, não poderiam compor a parcela dilatada do ICMS.

A Impugnante afirma que a apuração dos valores relativos à pretensa infração, aqui comentada, não se ateu à legislação, uma vez que os correspondentes critérios legais adotados no presente lançamento somente foram estabelecidos com a edição da aludida Instrução Normativa nº 27/09, cuja vigência data do mês de junho de 2009, ou seja, período posterior aos fatos geradores descritos na autuação. Logo, invoca a aplicação do comando estabelecido no artigo 144 do Código Tributário Nacional, segundo o qual *“o lançamento tributário reporta-se à data da ocorrência do fato gerador da obrigação e rege-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada”*.

Assegura que não havia nos períodos lançados pelo Fiscal Autuante qualquer disposição no artigo 2º ou artigo 3º do Decreto nº 8.205/02, que vedasse a inclusão, por exemplo, do ICMS apurado em decorrência da operação própria de saída de bens recebidos de terceiros (CFOPs 5.102 ou 6.102) na conta do programa DESENVOLVE, como equivocadamente alegado na autuação.

Ressalta, novamente, que tal vedação somente foi incluída na legislação baiana por intermédio do item 2.1.1 da Instrução Normativa nº 27/09.

Complementa que o autuante, no presente caso concreto, toma emprestada norma legal cuja vigência ainda não se operava na data dos fatos geradores por ela levantados na autuação, no intuito de proceder à apuração de suposta parcela incluída a maior no programa DESENVOLVE, o que, como visto, mostra-se medida ilegal, contrária ao preceito estabelecido no artigo 144 do Código Tributário Nacional.

Entende que a metodologia descrita no item 2 da Instrução Normativa nº 27/09, foi incorretamente aplicada pela Autoridade Fiscal, o que acabou por reduzir o montante autorizado no programa DESENVOLVE.

Assegura que, conforme definido no acima citado item 2 da Instrução Normativa nº 27/09, o saldo devedor mensal passível de incentivo pelo programa DESENVOLVE será apurado da seguinte forma:

$$SDPI = SAM - DNVP + CNVP,$$

onde:

SDPI = saldo devedor passível de incentivo pelo DESENVOLVE;

SAM = saldo apurado no mês (se devedor, entrará na fórmula com sinal positivo; se credor, entrará na fórmula com sinal negativo);

DNVP = débitos fiscais não vinculados ao projeto aprovado;

CNVP = créditos fiscais não vinculados ao projeto aprovado.”

Observa que, seguindo a metodologia empregada pelo Fiscal Autuante, as variáveis “C” e “E”, utilizadas em sua fórmula, correspondem na lógica da Instrução Normativa nº 27/09 aos débitos fiscais não vinculados ao projeto aprovado. Já as variáveis relativas às letras “G” e “H”, concernem aos créditos fiscais não vinculados ao projeto aprovado. Verificando a equação proposta pela Instrução Normativa nº 27/09, é de se notar que as variáveis referentes aos créditos não vinculados ao projeto aprovado são somadas ao saldo devedor do ICMS no período, no caso em questão, à variável “N”.

Complementa que, na fórmula utilizada pelo Fiscal Autuante, a variável “H” é subtraída no saldo devedor do ICMS, o que, inevitavelmente, resulta na redução da parcela do imposto incentivada no programa DESENVOLVE.

Adota o exemplo relativo ao mês de janeiro de 2008, o Fiscal Autuante efetuou a seguinte conta:

$$K = 322.006,75 - 38.806,14 - 34.872,17 + 0,00 - 150.494,48$$

$$K = 97.833,98 \text{ (parcela sujeita ao incentivo DESENVOLVE)}$$

Afirma que, caso a Autoridade Fiscal tivesse utilizado a fórmula nos exatos moldes do que dispõe a Instrução Normativa nº 27/09, ou seja, adicionando o valor constante da variável “H”, a quantia da parcela de ICMS incentivada seria maior, veja-se:

$$K = 322.006,75 - 38.806,14 - 34.872,17 + 0,00 + 150.494,48$$

$$K = 398.822,92 \text{ (parcela sujeita ao incentivo DESENVOLVE)}$$

Conclui que a Impugnante, além de não ter causado qualquer prejuízo ao Erário Baiano, em decorrência de alegado recolhimento a menor do ICMS, também apurou parcela do ICMS incentivado em quantia inferior àquela que teria direito, segundo a metodologia estabelecida pela Instrução Normativa nº 27/09.

Considera restar aqui demonstrado não ter havido qualquer infração à legislação do Estado da Bahia, que, por conseguinte, tenha ocasionado o recolhimento a menor do ICMS.

Pede que, todo o exposto, seja o Auto de Infração nº 298958.0025/11-0, julgado inteiramente nulo, tendo em vista que o mesmo encontra-se em desconformidade com o disposto no artigo 18, incisos II e IV, alínea “a”, do Decreto nº 7.629/99. Caso não entendam V. Sas., o que se admite apenas por argumentar, requer-se seja integralmente cancelada a exigência fiscal consubstanciada no presente lançamento de ofício, pelas razões expostas no capítulo IV.

A Impugnante protesta pela produção de prova documental suplementar, em razão da evidente complexidade da matéria ora em debate, assim como em respeito ao princípio da verdade material que norteia o processo administrativo fiscal.

O autuante, às fls. 579 a 583 dos autos, afirma com relação à infração 01, foi identificado nos anos de 2007, 2009 e de 2010, a autuada deixou de recolher aos cofres Públicos do Estado da Bahia os 10% (dez por cento) do saldo devedor mensal do ICMS, não sujeito à dilação de prazo, uma vez que o DECRETO Nº 8.205/2002 em seu Art. 3º. Concede dilação de prazo de até 72 (setenta e dois) meses para o pagamento de até 90% (noventa por cento) do saldo devedor mensal do ICMS, relativo às operações próprias.

Argumenta que, com base no Art. 18 do referido Decreto, que diz “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”. Com base no fato relatado, conclui que a Autuada não faz jus a dilação a dilação de 90% (noventa por cento) do saldo devedor mensal do ICMS, sedo exigido, pois, todo o montante escriturado, conforme fls. 12 a 303 do PAF. Decorrido 01 (um) ano após a apuração do ICMS devido e com a Inscrição Estadual da sucessora, a Autuada efetua o recolhimento do ICMS não dilatado, referente aos meses de maio, junho, julho, agosto, setembro, outubro, novembro e dezembro do ano de 2009 (conforme fls. 540 a 547), ainda que este colendo conselho resolva acatar o tardio recolhimento da empresa, restam os meses de outubro de 2007, janeiro, fevereiro e março de 2011, que a mesma não comprova o recolhimento.

Quanto à infração 02 aduz que foi identificada, nesta infração, a não escrituração no livro Registro de Entrada de Mercadorias, de diversas Notas Fiscais de Entrada, oriundas de outras unidades da Federação, colhidas junto à Central de Notas da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, através do CFAMT, conforme planilhas e vias das referidas Notas anexadas a este PAF às fls. 367 a 448. Em suas frágeis alegações, a Autuada não consegue explicar por que não fez o registro das Notas Fiscais.

No que se refere à infração 03, alinha que nos exercícios de 2008 e 2009, foi identificado que a Autuada deu saída sem tributação de mercadorias tributáveis, ou seja, a Empresa deu saída de “AVE INT CONG. TEMO CHEF”, oriunda de outra(s) unidade(s) da Federação como se a mesma aqui tivessem sido produzidas e como se gozasse dos mesmos benefícios fiscais das mercadorias aqui produzidas e consumidas. Afirma poder facilmente verificar a origem de tais mercadorias observando a planilha anexa a este PAF às fls. 449 a 453, extraída dos Arquivos Magnéticos entregues pela Autuada à Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, quando a mesma saída destas mercadorias em suas Notas Fiscais de Saída com o CFOP – 5102 – Venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros.

No tocante a infração 04 aduz que identificou o recolhimento à menor de ICMS em razão de erro na determinação da parcela sujeita à dilação. Verifica-se nas planilhas anexadas a este PAF, às fls. 304 a 366 e cópia dos livros Registro de Apuração do ICMS às fls. 23 a 303, a Autuada utiliza-se de diversos créditos fiscais não vinculados aos investimentos constantes do projeto aprovado pelo conselho deliberativo do programa, tais como os que encontrou, e que são facilmente identificáveis através dos CFOP's – 5102; 5403; 6102; 6910; etc. Nos resumos de cálculo às fls. 347 e 366, percebe também uma série de equívocos cometidos, tais como a utilização indevida de crédito referente ao DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA DE MATERIAL DE USO E CONSUMO (letra C) da planilha e também a utilização de saldo credor transferido de outra unidade da mesma Empresa (Fábrica de Rações), como pode verificar nos Livros Registro de Apuração do ICMS da mesma, afirma o autuante, sendo vedada a compensação no pagamento da parcela incentivada. Em sua peça impugnatória, a Autuada menciona exatamente o cálculo referente ao mês de Janeiro/2008, e que ilustra bem o equívoco cometido por esta. O valor é apurado como uma conta corrente normal, sem se levar em consideração os créditos e débitos fiscais não vinculados ao projeto.

Afirma que a autuada não exclui do cálculo o diferencial de alíquota de material destinado a uso e consumo do estabelecimento, os débitos não incentivados na saída e não abate a Transf. Crédito ICMS – Fab. Rações p/Abatedouro (fl. 27) no montante de R\$ 150.494,46, crédito este não incentivado. Conforme demonstrado na planilha referente ao ano de 2008, mês de janeiro, após deduzir os valores aos quais a empresa não tem direito, chegou a Base de Cálculo de R\$ 97.833,98 sendo de 90% a Dilação autorizada pela Resolução 75/2006 – Programa Desenvolve, no montante de R\$88.050,58. Como equivocadamente a Autuada apropriou-se do valor de R\$ 322.006,75, abatendo-se deste montante o valor real ao qual a mesma faz jus que é de R\$ 88.050,58, constatou a utilização a maior de R\$233.956,17.

Conclui que cada alegação em favor da autuada foi devidamente rechaçada. As considerações da Defesa carecem do poder de elidir, sem deixar qualquer dúvida, a presunção do débito apurado. Buscam, muitas vezes, confundir aos Julgadores. Por fim, pede a este colendo Conselho que não aceitem as frágeis alegações da Defesa, julgando este auto de infração totalmente procedente, como afirmação da sempre.

VOTO

O presente lançamento imputa ao sujeito passivo 04 infrações, por descumprimento de obrigação principal e acessória do ICMS, já devidamente relatadas.

Após a análise dos termos constantes na peça defensiva, concluo, de forma preliminar, pela rejeição das nulidades arguidas pelo autuado, uma vez que: não houve falta de motivação, na medida em que foram indicados os fatos que ensejaram o ato e os preceitos jurídicos que autorizaram a sua prática; a descrição dos fatos, além de terem sido feitas de forma ampla nas próprias folhas do Auto de Infração, conforme pode ser vitrificado, indicou e detalhou os dados e cálculos nas planilhas que compõem o lançamento para cada infração, apontando especificamente para cada infração as razões que o autuante chegou para determinar o descumprimento das obrigações acessórias ou principais, bem como a capitulação legal constantes das infrações são condizentes com os fatos reais e com o direito aplicável, conforme consta de cada campo do “Enquadramento”, bem como a alusão ao art. 125, I do RICMS/BA, se faz

necessária na infração respectiva, tendo em vista a necessidade de indicar a data em que deveria ser recolhido o imposto devido, não havendo, portanto, a generalidade arguida. Ademais, diante da análise que o autuado faz do mérito das infrações 01, 02 e 04, trazendo cálculos, contestado a forma de apuração do autuado, não há como chegar a conclusão de que houve dificuldades para o impugnante compreender a imputação que lhe foi feita. Quanto à infração 03, é possível verificar a origem das mercadorias e os detalhes da exigência, observando a planilha anexa a este PAF, às fls. 449 a 453, entregue ao autuado, conforme atesta o documento à fl. 455, extraídas dos Arquivos Magnéticos da Autuada fornecido à Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, quando a mesma efetua a saída destas mercadorias em suas Notas Fiscais de Saída com o CFOP – 5102 – Venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros. Assim, não há como entender que o autuante feriu o disposto no artigo 41, inciso II, do Decreto nº 7.629/99. Verifico que foi obedecido o devido processo legal, através do qual o impugnante exerceu a ampla defesa e o contraditório, haja vista que o autuado obteve as peças necessárias a sua defesa, bem como foram obedecidos os prazos previstos legalmente e demais exigências formais. Cabe observar que as arguições de mérito que o autuado entende serem de nulidade, serão tratadas quando da análise do mesmo em cada infração.

A análise do mérito relativa à infração 01, resulta na conclusão de que efetivamente o sujeito passivo após um ano da apuração do ICMS devido e com a Inscrição Estadual da sucessora, efetua o recolhimento do ICMS não dilatado, referente aos meses de maio, junho, julho, agosto, setembro, outubro, novembro e dezembro do ano de 2009 (conforme fls. 540 a 547), e tal recolhimento não ocorreu em relação aos meses de outubro de 2007, janeiro, fevereiro e março de 2010, que a mesma não comprova o recolhimento.

Reza o art. 18 do decreto número 8.205/2002, 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”.

Verifico, por conseguinte, que o benefício concedido pelo Programa DESENVOLVE, quanto ao prazo dilatado da parcela do ICMS, é condicionado, no presente caso, ao pagamento na data regulamentar do ICMS não dilatado. Assim, ainda que o sujeito passivo tenha efetuado o pagamento da parcela não dilatada um ano após, quando a data era o mês subsequente ao da apuração, não faz jus a dilação a dilação de 90% (noventa por cento) do saldo devedor mensal do ICMS, sendo exigido, pois, todo o montante escriturado, conforme demonstrado às fls. 12 a 303 do PAF.

Os valores recolhidos pelo autuado foram, portanto, abatidos da exigência no valor de R\$372.094,77, uma vez que, apesar de intempestivos, foram comprovadamente recolhidos antes da autuação, parcela do imposto não dilatado, referente aos meses de maio, junho, julho, agosto, setembro, outubro, novembro e dezembro do ano de 2009 (conforme fls. 540 a 547) remanescendo o valor a ser exigido de R\$ 4.710.756,37, resultando no Demonstrativo de Débito que segue:

| | | | Valor deduzido | Total exigido |
|------------|------------|------------------------------|-----------------------|--------------------|
| Ocorrência | Vencimento | Val. Histórico/Julgado (R\$) | Conf. Voto do Relator | Valor Remanescente |
| | | A | B | C=A-B |
| 31/10/2007 | 09/11/2007 | 329.295,65 | 0 | 329.295,65 |
| 31/05/2009 | 09/06/2009 | 475.463,74 | 47.546,37 | 427.917,37 |
| 30/06/2009 | 09/07/2009 | 453.898,19 | 45.389,82 | 408.508,37 |
| 31/07/2009 | 09/08/2009 | 473.152,63 | 47.315,26 | 425.837,37 |
| 31/08/2009 | 09/09/2009 | 537.485,34 | 53.748,53 | 483.736,81 |
| 30/09/2009 | 09/10/2009 | 520.154,32 | 52.015,43 | 468.138,89 |
| 31/10/2009 | 09/11/2009 | 532.104,48 | 53.210,45 | 478.894,03 |
| 30/11/2009 | 09/12/2009 | 395.137,50 | 39.513,45 | 355.624,05 |
| 31/12/2009 | 09/01/2010 | 333.554,61 | 33.355,46 | 300.199,15 |

| | | | | |
|------------------------------------|------------|------------|---|--------------|
| 31/01/2010 | 09/02/2010 | 397.899,34 | 0 | 397.899,34 |
| 28/02/2010 | 09/03/2010 | 348.361,73 | 0 | 348.361,73 |
| 31/03/2010 | 09/04/2010 | 286.343,61 | 0 | 286.343,61 |
| TOTAL A SER EXIGIDO DA INFRAÇÃO 01 | | | | 4.710.756,37 |

Diante do acima alinhado, fica mantida parcialmente a infração 01.

No que diz respeito à infração 02, foi imputado ao sujeito passivo a não escrituração no Livro Registro de Entrada de Mercadorias de diversas Notas Fiscais de Entrada, oriundas de outras unidades da Federação, colhidas junto à Central de Notas da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, através do CFAMT, conforme planilhas e vias das referidas Notas anexadas a este PAF às fls. 367 a 448. O autuado, em sua impugnação, não apresentou qualquer elemento de direito ou de fato que elida a exigência a ele imputada, especialmente não demonstra ter efetuado os lançamentos das aludidas notas a ele destinadas.

Cabe alinhar que, em consonância com STJ, Resp. 923.01/2007, da relatoria do próprio Ministro Luiz Fux, citado pelo impugnante, ficou decidido que a responsabilidade do sucessor abrange, além dos tributos devidos pelo sucedidos, as multas moratórias ou punitivas, acompanhando o passivo do patrimônio adquirido.

“1. A responsabilidade tributária do sucessor abrange, além dos tributos devidos pelo sucedido, as multas moratórias ou punitivas, que, por representarem dívida de valor, acompanham o passivo do patrimônio adquirido pelo sucessor, desde que seu fato gerador tenha ocorrido até a data da sucessão. (Precedentes: REsp 1085071/SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/05/2009, DJe 08/06/2009; REsp 959.389/RS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/05/2009, DJe 21/05/2009; AgRg no REsp 1056302/SC, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/04/2009, DJe 13/05/2009; REsp 3.097/RS, Rel. Ministro GARCIA VIEIRA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 24/10/1990, DJ 19/11/1990)”

Independente do fato de que a aludida decisão do STJ, citadas pelo impugnante, não invalida ou impede a aplicação da Legislação Tributária do Estado da Bahia, verifico que o art. 129 do CTN, quando prescreve que à responsabilidade do sucessor - aplica-se por igual aos créditos tributários definitivamente constituídos ou em curso de constituição à data dos atos nela referidos, e aos constituídos posteriormente aos mesmos atos, desde que relativos a obrigações tributárias surgidas até a referida data -, não está a determinar que a responsabilização somente tenha lugar em relação àquelas multas lavradas antes do negócio jurídico que deu origem à sucessão, pois o aludido dispositivo estabelece que é de responsabilidade do sucessor os créditos exigidos, entre os quais se incluem as multas (conforme determina o §3º do Art. 113 do CTN), mesmo os constituídos posteriormente ao ato sucessório.

Diante do exposto fica mantida a responsabilidade do sucessor, ou seja, do sujeito passivo da presente relação jurídico tributária, e, por conseguinte, a infração 02.

Após analisar os elementos trazidos aos autos em relação à infração 03, em que o sujeito passivo é acusado de dar saída sem tributação de mercadorias tributáveis, ou seja, a Empresa deu saída de “AVE INT CONG. TEMO CHEF”, oriunda de outra(s) unidade(s) da Federação como se a mesma tivessem sido produzidas, neste estado, pelo autuado e como se gozasse dos mesmos benefícios fiscais das mercadorias aqui produzidas e consumidas. Verifico que, ultrapassada a arguição de nulidade, realmente a origem das mercadorias, alvo da presente exigência, conforme planilha anexa a este PAF às fls. 449 a 453, elaborada pelo autuante com base nos Arquivos Magnéticos entregues pela Autuada à Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, trata-se de saída destas mercadorias em suas Notas Fiscais de Saída com o CFOP – 5102 – Venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros. Assim, resta perfeitamente demonstrado que o as mercadorias, alvo da exigência, não eram contempladas pelo benefício fiscal, que se restringia aos produtos produzidos pelo sujeito passivo no estabelecimento para o qual foi concedido o benefício neste Estado.

Fica mantida a infração 03.

Em relação à infração 04, foi imputado ao sujeito passivo o recolhimento a menos do ICMS em razão de erro na determinação da parcela sujeita à dilação. Ficou demonstrado nas planilhas anexadas a este PAF, às fls. 304 a 366 e cópia dos Livros Registro de Apuração do ICMS às fls. 23 a 303 que o sujeito passivo utiliza-se de diversos créditos fiscais não vinculados aos investimentos constantes do projeto aprovado pelo conselho deliberativo do programa, tais como os CFOP's – 5102; 5403; 6102; 6910. Consta, também, nos resumos de cálculo às fls. 347 e 366, vários equívocos cometidos, conforme alinha o autuante: *“tais como a utilização indevida de crédito referente ao DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA DE MATERIAL DE USO E CONSUMO (letra C) da planilha e também a utilização de saldo credor transferido de outra unidade da mesma Empresa (Fabrica de Rações), como podemos verificar nos Livros Registro de Apuração do ICMS da mesma, sendo vedada a compensação no pagamento da parcela incentivada”*.

Quanto ao cálculo referente ao mês de Janeiro/2008, destacado na informação fiscal pelo autuado, fica evidente com o próprio exemplo, que o mesmo faz a apuração do imposto como uma conta corrente normal, sem se levar em consideração os créditos e débitos fiscais não vinculados ao projeto, nas próprias e acertadas palavras do autuante, que em nenhum momento foi permitido pelo aludido programa, diferente do alegado.

Fica evidente nas apurações do imposto que o sujeito passivo não exclui do cálculo o diferencial de alíquota de material destinado a uso e consumo do estabelecimento, os débitos não incentivados na saída e não abate a Transf. Crédito ICMS – Fab. Rações p/Abatedouro (fl. 27) no montante de R\$150.494,46, crédito este não incentivado. Conforme demonstrado na planilha referente ao ano de 2008, mês de janeiro, após deduzir os valores aos quais a empresa não tem direito, chega-se a Base de Cálculo de R\$97.833,98 sendo de 90% a Dilação autorizada pela Resolução 75/2006 – Programa Desenvolve, no montante de R\$88.050,58. Como equivocadamente a Autuada apropriou-se do valor de R\$322.006,75, abatendo-se deste montante o valor real ao qual a mesma faz jus que é de R\$88.050,58, constatou-se a utilização a maior de R\$233.956,17.

Não cabem as arguições do autuado de que na infração 01 houve erro do autuante na aplicação da Instrução Normativa número 27/09, ou mesmo que são intempestivas as exclusões, na medida em que a Resolução nº 75/06 autoriza a dilatar o prazo para pagamento do ICMS apurado em decorrência de suas operações próprias, torna evidente que os itens, acima alinhados, não são débitos resultante de tais operações, vinculadas ao benefício concedido.

Quanto à alegação do autuado de que *“a exigência fiscal apurada para o mês de maio de 2009, relativa à “infração 1”, coincide com a exigência fiscal referente à “infração 4”, lançada neste mesmo período, na medida em que ambas decorrem do suposto não recolhimento do ICMS”*, verifico caber razão ao impugnante, apenas quanto a este mês, na medida em que na infração 01 o autuante exige o ICMS ao sujeito passivo, por intempestividade do recolhimento do imposto normal, sem que o mesmo seja contemplado pelo benefício da dilação do prazo previsto pelo Desenvolve, ou seja, exige o imposto integral na forma normal de apuração, não cabendo, por conseguinte na infração 04, no mesmo período, exigir do autuado o importo devido em razão do incorreto cálculo que o mesmo fez relativo à parcela incentivada, resultando em uma parcela maior do que a devida, pelo simples fato de que na infração 01 o autuado não cumpriu a condição para ter a parcela incentivada e foi autuado e exigido o imposto integral na forma normal de apuração.

Assim, considero improcedente ocorrência de 31.05.2009, no valor exigido de R\$22.933,21, tendo em vista que o autuante já exigiu nesse mesmo período o imposto sem o benefício da dilação do prazo. Considero, assim, parcialmente procedente, a infração 04, com a exclusão da ocorrência de 31.05.2009, que resulta na modificação do valor exigido originalmente de R\$2.583.445,17 para R\$2.560.511,96.

Diante do exposto, voto pela Procedência Parcial do Auto de Infração.

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 298858.0025/11-0, lavrado contra **AVIPAL NORDSTE S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$7.401.115,68**, acrescido das multas de 50% sobre R\$4.424,412,76710.756,37, e de 60% sobre R\$2.976.702,92, previstas no art. 42, I, “a”, II, “a”, “f”, inciso III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais além de multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$61.638,64**, prevista no art. 42, IX da do mesmo diploma legal e dos acréscimos moratórios de acordo com a lei nº 9837/05.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de **20/12/11**.

Sala de Sessões do CONSEF, 22 de março de 2012.

JOSÉ CARLOS BACELAR - PRESIDENTE

ANGELO MARIO DE ARAUJO PITOMBO –RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS OLIVEIRA - JULGADOR