

A. I. Nº - 269197.0013/11-9
AUTUADO - INDÚSTRIA DE LATICÍNIOS PALMEIRA DOS ÍNDIOS S/A – ILPISA
AUTUANTE - MARCELO DE AZEVEDO MOREIRA
ORIGEM - IFEP SUL
INTERNET - 17.04.12

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0089-04/12

EMENTA: ICMS. 1. PROGRAMA DESENVOLVE. FALTA DE RECOLHIMENTO DA PARCELA NÃO ALCANÇADA PELO PRAZO DA DILAÇÃO. PERDA DO BENEFÍCIO EM RELAÇÃO AO MONTANTE INCENTIVADO. Restou comprovado o não recolhimento no prazo regulamentar da parcela não incentivada, fato que culminou na perda do direito relativo à parte sujeita à dilação do prazo. **Infração caracterizada. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. “ANTECIPAÇÃO PARCIAL”. MULTA DE 60% SOBRE O IMPOSTO QUE DEVERIA TER SIDO PAGO.** Fato reconhecido pelo sujeito passivo, que se limitou a pedir a observação da equidade, cancelamento ou redução da multa, o que não foi atendido. **Infração caracterizada.** Não acolhidos os pedidos de diligência e de encaminhamento do processo à Procuradoria do Estado para emissão de Parecer, tendo em vista que a matéria em discussão judicial não tem pertinência com a da exigência fiscal. **Rejeitada a preliminar de nulidade.** Auto de Infração **PROCEDENTE.** Vencido o voto do Relator quanto à fundamentação da penalidade da infração 02. **Decisão não unânime.**

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado no dia 05/12/2011, exige ICMS e multa por descumprimento de obrigação acessória no valor histórico total de R\$ 1.284.119,05, sob a acusação do cometimento das irregularidades abaixo relacionadas.

Infração 01 – Recolhimento a menor, em razão de falta de pagamento na data regulamentar da parcela não sujeita à dilação de prazo, perdendo o benefício no que concerne ao montante incentivado previsto pelo Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – DESENVOLVE (Resoluções 47/2003 e 181/2006). Consta que os valores foram apurados através de DMA (Declarações Mensais de Apuração e informações complementares) e DPD (Declaração do Programa Desenvolve) entregues pelo autuado, relativas aos meses de julho, agosto e setembro de 2011. O autuante esclarece ainda que a sociedade empresária ajuizou ação no Poder Judiciário, tendo obtido liminar, cujo conteúdo é a suspensão dos efeitos da Resolução 181/2006, que fixou piso para o benefício, fazendo valer (a liminar) as normas da Resolução 47/2003, cujo teor, para efeito deste lançamento de ofício, não foi levado em consideração. Valor lançado de R\$ 1.239.481,09 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96.

Infração 02 – Falta de recolhimento do imposto por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, destinadas à comercialização, devidamente registradas na escrita fiscal. Multa de R\$ 44.637,96, prevista no art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96.

O autuado ingressa com impugnação às fls. 54 a 70, onde, após sintetizar as acusações, aduz que a totalidade do lançamento não procede, em função de os fatos não configurarem ilícitos à legislação de regência.

Primeiramente, informa que a matéria relativa à infração 01 encontra-se em discussão judicial, inclusive com antecipação de tutela concedida, fato que já era de conhecimento do autuante, conforme o próprio descreveu no Auto de Infração.

Argumenta que o crédito tributário exigido pode ter restado “*liquidado*” na própria ação judicial, consoante breve resumo exposto, mesmo entendendo ser o mesmo irrelevante para o desfecho da situação em análise, já que está sob discussão em outro foro.

Relata que quando se habilitou no DESENVOLVE, através da Resolução 47/2003, foi fixado um piso de R\$ 192.057,65, o que restringiu o benefício da dilação do prazo de pagamento somente sobre o montante que excedesse esse valor, e não sobre a integralidade do saldo devedor mensal, implicando em significativa redução do incentivo que esperava obter.

Manteve investimentos, produção, arcou com o ônus da modernização da planta industrial e recolheu o ICMS indevidamente exigido, nos seus dizeres, em virtude da restrição a um direito a que fazia jus. Apesar do sacrifício, afirma que foi impossível prosseguir com o pagamento do tributo, fato que gerou a exclusão do benefício em 21/12/2006, após uma série de autuações fiscais.

Inconformado com a sua “*injusta*” retirada do Programa, ingressou com ação judicial em março de 2007, pleiteando o retorno ao mesmo e a eliminação do piso inicialmente estipulado, conforme ação ordinária declaratória nº 1449051-5/2007 que, segundo assevera, foi julgada a seu favor em “*última instância pelo Tribunal de Justiça da Bahia*”.

Retornando ao mérito da infração 01, sublinha novamente que o crédito pode ter restado liquidado na própria ação judicial, tendo em vista que houve perícia, com o objetivo de apurar se efetivamente devia ao Estado e de quanto seria o débito.

O resultado desta perícia (quesitos e respostas às fls. 59 a 61), segundo informa, pode ser confirmado pela Procuradoria do Estado através de conversão do feito em diligência. Aduz que os recolhimentos efetuados não só foram suficientes para cobrir todo o débito apurado até março/2007, mês da petição inicial, mas também para compensar débitos futuros, pois no exame pericial foi constatado crédito a seu favor, que pode ser utilizado para futuros recolhimentos oriundos do DESENVOLVE.

Requer que o PAF seja convertido em diligência à Procuradoria, no sentido de que esse órgão emita Parecer sobre a questão, de forma que sejam compensados os valores ora exigidos, em cotejo com aqueles pagos a mais, apontados na ação ordinária declaratória.

Com relação à infração 02, por se tratar de multa e não imposto, solicita que o processo seja remetido à Câmara Superior do CONSEF, cuja previsão para tal encaminhamento está, a seu ver, prevista no art. 159 do RPAF/99.

Trata, portanto, a defesa deste item do lançamento, de pedido de aplicação de equidade, por ter agido de boa fé, diante de razoável e justificada dúvida de interpretação. A sociedade empresária é detentora da marca VALEDOURADO e, no exercício de suas atividades afins, industrializa produtos em unidades fabris para que depois sejam transferidos com destino a filiais atacadistas. No caso vertente, de Alagoas para a Bahia.

O que ocorre é que, ao analisar a Lei 7.014/96, nos artigos atinentes à antecipação parcial, observou referência apenas às aquisições interestaduais de mercadorias, e não às transferências. O RICMS/97, estranhamente e inconstitucionalmente, na sua concepção, ampliou a incidência do tributo ao incluir a expressão “*entradas interestaduais de mercadorias*” no art. 352-A.

Outra dúvida alegada é o fato de estar incluso no Programa DESENVOLVE. Por isso, não sabe se deve ou não reduzir proporcionalmente a antecipação parcial (art. 352-A, §2º, RICMS/97), em virtude da parcela dilatada. Acrescenta que não há previsão expressa desta cobrança (antecipação parcial) nas operações de transferência entre contribuintes de mesma titularidade.

Conclui repetindo os pedidos acima expostos: conversão do feito em diligência, improcedência da infração 01, encaminhamento do PAF à Câmara Superior, de maneira que a mesma delibere

sobre a “*dispensa*” da infração 02 e, subsidiariamente, a declaração de improcedência desta infração já em primeira instância.

Na informação fiscal, de fls. 82 a 89, o auditor autuante argumenta que a defesa desvia o foco da lide administrativa, que é o descumprimento do art. 18 do Decreto 8.205/2002, transcrito à fl. 84. Observa que o sujeito passivo tem sido contumaz em não recolher no prazo devido a parcela de ICMS não incentivada, o que já ensejou as cobranças dos valores elencados às fls. 85/86.

Em relação à demanda judicial, diz que o defendente tenta confundir os julgadores, pois o que motivou a autuação foi a falta de pagamento na data regulamentar da parte não sujeita à dilação de prazo, enquanto o objeto da querela na Justiça é o retorno ao Programa e a forma de determinação do montante da fração objeto do incentivo, não existindo relação entre ambas.

Em seguida, ressalva que o ICMS lançado no Auto de Infração foi apurado pelo próprio impugnante, conforme provam as declarações econômico-fiscais apensadas (DMA e DPD, fls. 13 a 19).

No que respeita à infração 02, sublinha que não houve defesa de mérito e que já ocorreram pelo menos duas autuações em razão do mesmo motivo (fls. 87/88). Tendo em vista o art. 352-A do RICMS/97 e ressaltando que a sua atividade é vinculada, discorda da redução proporcional do ICMS por antecipação parcial, não entende pertinente a aplicação da equidade e esquiva-se da “*dialética das palavras*”.

Conclui pleiteando a procedência.

VOTO

Os pressupostos de validade do procedimento fiscal foram devidamente observados, pois o autuante expôs com clareza a fundamentação de fato e de direito, descreveu as infrações, fundamentando com a indicação dos documentos e demonstrativos, bem como de seus dados e cálculos, assim como indicou o embasamento jurídico.

Portanto, nada existe que possa macular o ato administrativo de nulidade. Não foi identificada violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer outros de direito constitucional, administrativo ou tributário, em especial os do processo administrativo fiscal, tendo sido observada a garantia à ampla defesa e ao contraditório.

Dessa forma, fica rejeitada a preliminar de nulidade, direta ou indiretamente suscitada.

Os autos encontram-se devidamente instruídos. Inexistem omissões, obscuridades ou contradições que ensejem a necessidade de esclarecimento técnico, pelo que concluo que não há necessidade de diligência ou perícia.

Na defesa apresentada, relativa à primeira infração, o autuado argumenta que a matéria objeto da autuação (infração 01) encontra-se em discussão judicial, solicitando que o PAF seja convertido em diligência à Procuradoria do Estado, com o fim de obter Parecer sobre a questão, e alegando que o crédito tributário exigido pode ter restado “*liquidado*” na ação judicial que moveu em face do Estado.

Verifico que, embora o contribuinte não tenha trazido ao processo cópia da ação ordinária declaratória 1449051-5/2007, para se conhecer o teor da decisão judicial que afirma ter sido em seu favor, inclusive definitivamente (com trânsito em julgado), pelo resumo apresentado na defesa infere-se que o objeto da lide na Justiça se refere ao retorno ao Programa e à determinação do valor da parcela incentivada do DESENVOLVE, conforme restou esclarecido na sua impugnação.

A acusação da primeira infração é de falta de recolhimento no prazo regulamentar do ICMS concernente à parcela não incentivada, conforme disposto no art. 18 do Dec. 8.205/2002. Logo, não tem relação com a exclusão do DESENVOLVE, tendo em vista que a própria descrição do ilícito e enquadramento demonstra a manutenção no citado Programa. Da mesma forma, segundo informações do autuado, embora o Conselho Deliberativo tenha, através da Resolução 181/2006, revogado a Resolução 47/2003, os valores do imposto exigido foram apurados e declarados pelo

próprio estabelecimento fiscalizado, através de suas informações econômico-fiscais (DMA e DPD), conforme o que já foi acima exposto e relatado.

Assim, entendo que a questão em contenda no Poder Judiciário, de iniciativa do autuado em face do Estado da Bahia, não tem pertinência com a infração 01, motivo pelo qual não acolho o pedido de encaminhamento do PAF à Procuradoria do Estado.

Igualmente, cabe o registro de que o STJ já pacificou esta questão, no sentido de que a ação judicial, inclusive com medida liminar, que é hipótese de suspensão de exigibilidade do crédito tributário, impede o Poder Executivo de executá-lo, não de constituí-lo.

Com relação à possibilidade de compensar os valores ora exigidos com supostas quantias pagas a mais, também não pode ser aventada, tampouco admitida, tendo em vista que somente após a decisão judicial final (trânsito em julgado) os montantes supostamente restituíveis poderão ser utilizados para adimplir obrigações.

Tendo sido exigido imposto decorrente de obrigação principal não recolhido tempestivamente, supostos e eventuais créditos fiscais contra o Estado são passíveis de serem utilizados para o pagamento do Auto de Infração, o que poderá ser feito a qualquer momento, caso confirmado o direito à restituição dos valores pagos a mais.

No mérito, a infração 01, além do imposto dito normal, exige aquele relativo à parcela incentivada do Programa DESENVOLVE, em decorrência da falta de recolhimento no prazo regulamentar da parte não sujeita à dilação de prazo.

Conforme anteriormente apreciado e ressaltado pelo impugnante, o Conselho Deliberativo do DESENVOLVE, através da Resolução 47/2003, concedeu benefício de dilação de prazo sobre o saldo devedor que excedesse ao piso fixado de R\$ 192.057,65. Por meio da Resolução 181/2006 do citado Conselho, foi revogada a anterior, tendo o impugnante ajuizado ação em face do Estado da Bahia para reintegrá-lo no benefício e também para a eliminação do piso fixado anteriormente.

Constato que o demonstrativo elaborado pelo autuante reproduz o quadro de declaração e apuração do imposto contido nas DMA e DPD (fls. 13 a 19).

De acordo com o art. 18 do Decreto 8.205/2002, com redação vigente a partir de 11/08/2005, dada pelo Decreto 9.513/2005, “*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*”. Logo, está correta a exigência dos valores da fração incentivada apurada pelo próprio estabelecimento autuado nos meses de julho a setembro de 2011 nas suas informações econômico-fiscais, em razão da falta de recolhimento no prazo regulamentar da quantia não sujeita à dilação do prazo.

A aplicação do quanto disposto no art. 18 do Decreto 8.205/2002, vigente no momento da concessão do incentivo fiscal, não pode ser admitida, pelos seguintes motivos.

1. Conforme dito pelo defendente, a Resolução 47/2003 do Conselho Deliberativo do DESENVOLVE concedeu benefício de dilação de prazo para pagamento do saldo devedor que excedesse ao piso fixado por um prazo de doze anos.
2. Por sua vez, a redação original do art. 18 do Decreto 8.205/2002, que regulamenta o DESENVOLVE, estabelecia que a empresa habilitada que atrasasse ou deixasse de recolher o ICMS por 03 (três) meses consecutivos, ou 06 (seis) alternados, teria automaticamente suspenso o incentivo. Posteriormente, com a edição do Decreto 9.513, de 10/08/2005, a redação do citado artigo foi modificada, estabelecendo que a empresa habilitada que não recolhesse “*a parcela do ICMS não sujeita à dilação de prazo, perderá o direito ao benefício em relação à parcela incentivada naquele mês*”.

Portanto, a nova redação do art. 18 do Decreto 8.205/2002 não suprimiu, alterou ou modificou o incentivo fiscal concedido sob condição onerosa, estatuiu apenas que o não recolhimento no prazo da parcela não sujeita à dilação importa na perda do direito ao benefício da parte incentivada naquele mês.

Além disso, a todas as vistas, a sociedade empresária já foi diversas vezes autuada pelos mesmos fatos, inclusive por ter violado a regra da redação original do art. 18 do Decreto 8.205/2002. Por exemplo, conforme esclarecido pelo autuante na informação fiscal, foi lavrado o Auto de Infração 269358.0050/09-1, que consigna a mesma irregularidade, relativa às datas de ocorrências do período de março/06 a fevereiro/07 (fl. 84), o que conduziu à suspensão do benefício fiscal (atraso de três meses consecutivos ou seis alternados). Por isso, não seria pertinente sequer alegar que foi violada a concessão de benefício fiscal com prazo determinado.

Infração 01 caracterizada.

No que tange à infração 02, o impugnante, com a devida vênia, cometeu uma série de equívocos na sua peça de defesa.

De acordo com o art. 113 do CTN, a obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador, tem por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária e extingue-se juntamente com o crédito dela decorrente. No presente caso, concluo que restou extinta com o pagamento do imposto por antecipação parcial nas saídas. A obrigação acessória é decorrente da legislação tributária e tem por objeto prestações, positivas ou negativas, instituídas no interesse da arrecadação ou fiscalização.

Em primeiro lugar, estamos a tratar de uma multa por descumprimento de obrigação tributária acessória, e o art. 159 do RPAF/99 dispõe que poderá ser requerida à Câmara Superior do CONSEF a dispensa ou redução de multa por infração de obrigação principal ao apelo de equidade. Portanto, errou o sujeito passivo ao dirigir o pedido à Câmara Superior.

Entretanto, o art. 158 do mesmo Regulamento estatui que as multas por descumprimento de obrigações acessórias poderão ser reduzidas ou canceladas pelas Juntas de Julgamento Fiscal ou pelas Câmaras do CONSEF, desde que fique provado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e que não tenham implicado falta de recolhimento de tributo. Verifico que não se mostram presentes, de forma inquestionável, tais requisitos, e por isso afasto a pretensão de diminuição ou até mesmo de supressão da multa.

Quanto às lacunas legislativas apontadas pelo contribuinte, verifico que não existem: o art. 4º, I da Lei nº 7.014/1996 considera ocorrido o fato gerador do imposto no momento da saída da mercadoria do estabelecimento, ainda que para outro do mesmo titular. Portanto, o RICMS/97, no seu art. 352-A, não trouxe ao mundo jurídico nada que já não estivesse contemplado em lei, apenas pormenorizou, o que, aliás, é da essência dos regulamentos.

Ademais, a mencionada Lei só excetua três operações da antecipação parcial (art. 12-A, § 1º): isenção, não incidência ou substituição tributária.

Com relação à suposta inconstitucionalidade, este órgão não possui competência para apreciá-la (art. 167, I, RPAF/99).

O texto do § 2º do precitado artigo estabelece que quando a base de tributação do imposto relativo à operação subsequente for reduzida, aquela do antecipado será igualmente contemplada com a mesma redução, em proporção idêntica. Tal norma não tem eficácia nas operações de estabelecimentos beneficiários do DESENVOLVE, pois o mesmo não trata de redução de base de cálculo nas vendas, mas de postergação de pagamento de ICMS.

Infração 02 caracterizada.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

VOTO DISCORDANTE (quanto à fundamentação da penalidade da infração 2).

Relativamente à infração 02, o autuado solicitou que o processo fosse encaminhado à Câmara Superior do CONSEF (art. 159 do RPAF/BA), para apreciar o pedido de dispensa do pagamento da multa por infração ao apelo de equidade.

Na apreciação do que foi solicitado o Nobre Relator manifestou que a multa aplicada trata-se de descumprimento de obrigação tributária acessória, o que discordo do seu posicionamento.

Verifico que conforme descrito no corpo do Auto de Infração a infração acusa:

Multa percentual sobre o imposto (ICMS) que deveria ter sido pago por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente. A empresa não efetuou o pagamento da antecipação parcial nas aquisições para comercialização de produtos provenientes da matriz de Alagoas.

Conforme descrito na infração e demonstrativos às fls. 29/36 o estabelecimento autuado recebeu produtos oriundos da matriz localizada no Estado de Alagoas destinados à comercialização.

Como o art. 12-A da Lei 7.014/96 estabelece que nas aquisições interestaduais de mercadorias destinadas a comercialização, será exigido o ICMS antecipação parcial, mediante a aplicação da alíquota interna sobre a base de cálculo, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição, e excetua da exigência apenas as operações internas acobertadas por isenção, não-incidência ou antecipação ou substituição tributária, que encerre a fase de tributação, infere-se que há incidência do imposto sobre as operações de transferências interestaduais, pois sendo o ICMS tributo de competência estadual e tendo em vista a partição de sua receita entre os entes federativos, conforme a disposição contida no art. 12, I da Lei Complementar 87/96, é fato gerador de ICMS a transferência de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular.

Conseqüentemente, o estabelecimento autuado deveria apurar o ICMS antecipação parcial, fazer a escrituração e promover o pagamento no prazo regulamentar. Não tendo adotado estes procedimentos concorreu com o descumprimento de obrigações tributárias acessória e principal.

Por sua vez o art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96 estabelece que será aplicada multa de 60% do valor do imposto não recolhido tempestivamente “quando o imposto não for recolhido por antecipação, inclusive por antecipação parcial, nas hipóteses regulamentares”. Portanto, a multa aplicada decorre do descumprimento da obrigação principal.

A legislação do ICMS prevê que o ICMS antecipação parcial apurado no mês deve ser pago no mês subsequente (art. 125, II, “f” c/c §7º do RICMS/97) e uma vez promovido o seu pagamento poderá fazer uso do crédito fiscal correspondente (art. 93, I-A do RICMS/97).

Considerando que a empresa que efetivar o recolhimento do valor do ICMS antecipação parcial tem direito de fazer uso do crédito fiscal, o art. 42, § 1º da Lei 7.014/96 estabelece que no caso em que o contribuinte sujeito ao regime normal de apuração deixe de recolher o imposto por antecipação no prazo regulamentar, mas que recolha o imposto nas operações de saídas posteriores, “é dispensada a exigência do tributo que deveria ter sido pago por antecipação, aplicando-se, contudo, a penalidade prevista na alínea ‘d’ do inciso II”, ou seja, 60% do valor do imposto não recolhido por antecipação no prazo regulamentar, na situação presente - parcial.

Por tudo que foi exposto, entendo que a multa aplicada decorre do descumprimento de obrigação principal e esta Junta de Julgamento não tem competência para apreciar pedido de dispensa do seu pagamento (art. 158 do RPAF/BA).

Por sua vez, o art. 159, § 2º do RPAF/BA prevê que:

O pedido a que se refere este artigo será formulado no prazo de 30 (trinta) dias após a intimação do Auto de Infração, da Notificação Fiscal ou da decisão do órgão julgador, acompanhado da comprovação do pagamento do principal e seus acréscimos.

Como a empresa não juntou ao processo comprovante de pagamento do ICMS antecipação parcial devido e de seus acréscimos apurado na infração 2, fica rejeitado o pedido de encaminhamento do processo para a Câmara Superior do CONSEF nos termos do art. 159, §2º do RPAF/99.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 269197.0013/11-9, lavrado contra

INDÚSTRIA DE LATICÍNIOS PALMEIRA DOS ÍNDIOS S/A – ILPISA, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 1.239.481,09**, acrescido da multa 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei n.º 7.014/96, além da penalidade no valor de **R\$ 44.637,96**, prevista no art. 42, II, “d” da citada Lei, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de abril de 2012.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

PAULO DANILO REIS LOPES – RELATOR

JORGE INÁCIO DE AQUINO - JULGADOR