

A. I. Nº - 269358.0007/12-9
AUTUADO - INDÚSTRIA DE LATICINIOS PALMEIRA DOS INDIOS S/A - ILPISA.
AUTUANTE - JOSÉ LUIS SOUSA SANTOS
ORIGEM - DAT/IFEP SUL
INTERNET - 12. 12. 2012

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0284-01/12

EMENTA: ICMS. 1. BENEFÍCIO FISCAL. PROGRAMA DESENVOLVE. RECOLHIMENTO FORA DO PRAZO DA PARCELA NÃO DILATADA. PERDA DO BENEFICIO EM RELAÇÃO À PARCELA INCENTIVADA. VALOR DECLARADO NA DMA. Correto é o lançamento de ofício que exige a falta de recolhimento, na data regulamentar, de parcela não sujeita a dilação do prazo e que culminou na perda do direito ao benefício da parcela incentivada, nos termos do Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia - DESENVOLVE instituído na Lei 7.980/01. Resolução 47/2003 (revogada p/ Resolução 181/206). Não acolhido o pedido 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. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 12/07/2012, exige do autuado ICMS recolhido a menos, no valor de R\$ 1.085.837,88, acrescido da multa de 60%, em decorrência da falta de recolhimento na data regulamentar da parcela não sujeita à dilação do prazo, perdendo o direito ao benefício em relação à parcela incentivada prevista no Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômico do Estado da Bahia – DESENVOLVE. Consta que os valores apurados conforme EFD - Escrituração Fiscal Digital; DPD – Declaração do Programa Desenvolve e DMA – Declaração Mensal de Apuração transmitidas pelo contribuinte relativas aos meses de 01 a 03/12, cujas cópias estão anexadas juntamente ao demonstrativo (Anexo I), que especifica a infração.

Consta ainda na descrição dos fatos que o contribuinte é detentor por determinação judicial do incentivo DESENVOLVE (Lei nº 7.980/01, Decreto nº 8.205/02), uma vez que a Resolução 47/2003 encontra-se revogada administrativamente pela Resolução 181/06. Em conformidade com o art. 18 do Decreto 8.205/02 a empresa habilitada que não recolher ao Tesouro do Estado, na data regulamentar, a parcela do ICMS não sujeito a dilação de prazo, perderá o direito ao benefício em relação à parcela incentivada, naquele mês.

Descreve ainda o Auditor Fiscal que, no caso específico, o contribuinte promoveu a apuração do valor do imposto a recolher e da parcela dilatável, consoante sistemática própria, informando os respectivos valores na EFD, DPD e DMA, relativas aos meses 01/2012 a 03/2012.

O autuado apresenta peça impugnatória ao lançamento de ofício às fls. 33/40, aduzindo tempestivas suas razões e faz uma síntese da autuação. Esclarece, primeiramente, que a matéria encontra-se em discussão judicial, inclusive com antecipação de tutela concedida pelo poder judiciário em favor da impugnante, fato de conhecimento prévio dos fiscais autuantes.

Diz que, muito embora a ação judicial já fosse de conhecimento do fisco, o lançamento foi efetuado, pois pelo entendimento das autoridades fiscais o que motivou a autuação foi a falta de recolhimento da parcela incentivada relativamente ao período de janeiro a março de 2012, conforme relacionado na Infração 01.

Argumenta que, ao contrário do que pensa a Fiscalização, tal período pode já estar liquidado na própria ação judicial; faz um breve resumo desta pendência, embora julgue irrelevante para o desfecho do caso, já que tal assunto está sendo discutido judicialmente.

Explica que quando da habilitação da impugnante no Programa DESENVOLVE através da Resolução 47, de 11 de setembro de 2003, foi fixado um piso de R\$ 192.057,65, onde o gozo do benefício da dilação do prazo de pagamento somente se daria sobre o saldo devedor de ICMS que excedesse este piso e não mais sobre a integralidade do saldo devedor mensal do imposto estadual. Na prática, este piso implicou em significativa redução do montante do benefício que a Impugnante esperava obter, em face da legislação vigente quando da formulação do seu pedido. Continua afirmando que envidou todos os esforços no sentido de manter os seus investimentos e a sua produção, arcando com o ônus financeiro dos empréstimos obtidos para a modernização da sua planta industrial e recolhendo o ICMS que lhe estava sendo indevidamente exigido em virtude da restrição a um benefício a que fazia jus.

Diz que apesar do sacrifício, foi impossível prosseguir com o pagamento do ICMS exigido, o que gerou a sua exclusão do Programa Desenvolve em 21/12/2006, após uma série de autuações fiscais. Assevera que, inconformada com a sua injusta exclusão do DESENVOLVE, ingressou com uma ação judicial em março/2007 pleiteando não apenas o seu retorno ao referido programa, mas também a eliminação do piso inicialmente estipulado. Essa ação judicial já foi julgada recentemente em última instância pelo TJ-BA, com ganho de causa para a impugnante. Trata-se da Ação Ordinária Declaratória nº 1449051-5/2007.

Justifica a afirmação que “o período autuado, de janeiro a março de 2012, poderia estar liquidado na própria ação judicial”, porque em se tratando de Ação Ordinária Declaratória nº 1449051-5/2007, teve seu início em março/2007, mês da petição inicial, e no seu decorrer, mais precisamente em agosto/2007, a mesma foi objeto de perícia judicial, cujo objetivo era apurar se a impugnante efetivamente devia ao Estado da Bahia e, caso positivo, qual seria este valor, considerando nestes cálculos a exclusão do malfadado piso citado anteriormente e abatendo todos os recolhimentos de ICMS feitos pela impugnante ao Estado da Bahia, desde o início da sua habilitação ao Programa DESENVOLVE.

Descreve que o resultado desta perícia, que pode ser confirmado pela Procuradoria do Estado da Bahia, aponta que os recolhimentos efetuados pela impugnante 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 detectado um crédito a seu favor, que poderá ser utilizado para futuros recolhimentos de ICMS, oriundos do DESENVOLVE.

Transcreve os quatro quesitos formulados e as respectivas respostas do perito judicial.

1º QUESITO: Considerando-se a inclusão da Autora no Programa DESENVOLVE desde a data do protocolo de seu pedido, sem a fixação do piso de R\$ 192.057,65, qual o valor devido a título de ICMS até a presente data?

Resposta: Para responder este quesito deixamos claro que o levantamento foi feito a partir do janeiro de 2002, data do protocolo da solicitação do benefício, até março de 2007, data da petição inicial, conforme solicitado pela Autora. O valor encontrado, conforme livro de Apuração de ICMS e demonstrado na Planilha P-2, é de R\$ 1.392.432,78 a favor da Autora. Este valor foi encontrado considerando a totalidade do ICMS devido em cada mês, partindo de janeiro de 2002 até março de 2007, e também considerando as amortizações antecipadas das parcelas dilatadas a partir de fevereiro de 2002 até março de 2006.

2º. QUESITO: Qual o Valor do ICMS recolhido no período compreendido entre o protocolo do pedido de inclusão no Programa desenvolve e a presente data?

Resposta: O valor total recolhido pela empresa no período de janeiro de 2002, data de início do Protocolo de Intenções, até março de 2007, foi de R\$ 4.771.963,70 (quatro milhões, setecentos e setenta e um mil, novecentos e sessenta e três reais, e setenta centavos) em valores originais, conforme Planilha nº P-1 – anexo 01, e guias de recolhimento anexas.

3º. QUESITO: Queira o senhor Perito calcular o montante devido do crédito/débito do autor junto a Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, computando-se os valores devidos e recolhidos pelo autor, em conformidade com o Programa Desenvolve (Lei 7.980/2001), considerando-se a dilação do saldo devedor mensal do ICMS, os descontos pela antecipação no pagamento, previstos na legislação do referido programa e desconsiderando a fixação do piso de R\$ 192.057,65?

Resposta: Conforme consta da Planilha nº P-2 o valor que restou em favor da empresa, foi de R\$ 1.394.432,78. Ou seja, computando-se todos os pagamentos feitos pela empresa, devidamente corrigidos pelos mesmos critérios de correção que a Fazenda do Estado aplica, e deduzindo-se os valores a pagar referente aos 20% mensais obrigatórios, e deduzindo-se também os valores a pagar antecipados até março/2006 para gozar dos benefícios fiscais, restou um crédito de ICMS em favor da Autora, no valor de R\$ 1.394.432,78 conforme apontado na coluna final da Planilha P-2, sem considerar o limite mensal de R\$ 192.057,65, conforme solicitado neste quesito.

4º. QUESITO: Na hipótese de ser apurado crédito em favor da Autora, queira o senhor Perito informar qual o valor do referido crédito, devidamente atualizado até a presente data, utilizando-se dos mesmos índices que a Fazenda adota para cobrança do seu crédito tributário?

Resposta: O valor do crédito apurado em favor da Autora é de R\$ 1.392.432,78, apontado na coluna final da Planilha P-2, sem considerar o limite mensal de R\$ 192.057,65, conforme informado no quesito anterior.

Defende, de acordo com os cálculos constantes no LAUDO PERICIAL CONTÁBIL, o período de janeiro a março de 2012, que compõe a ação judicial, pode já estar totalmente liquidado na própria ação judicial, não cabendo mais nenhuma cobrança por parte do Estado.

Pede conversão em diligência à Procuradoria do Estado afim de que este órgão possa emitir o seu Parecer sobre a questão e, em seguida, solicita a declaração de improcedência da autuação, haja vista que os tais valores já estariam devidamente liquidados pelos cálculos periciais.

O Auditor Fiscal apresenta Informação Fiscal, fl. 60/70, esclarece os termos da infração, da impugnação, da quesitação formulada pelo autuado que teria sido respondida pela perícia judicial e resume os pedidos formulados pelo autuado.

Diz que não prospera a pretensão do impugnante; que insubstancial é o pedido de diligência à PGE para informar se o montante cobrado, correspondente à parcela dilatada, encontra-se devidamente compensado com o seu suposto crédito. Entende que isso é despropositado, uma vez que pretende aclarar uma questão que poderia ser resolvida com a simples juntada da certidão de trânsito em julgado da sentença prolatada na ação ordinária alegada, que, pretendamente, lhe asseguraria um crédito de R\$1.394.432,78, em março de 2006.

Aduz que o impugnante vem utilizando tal argumento desde 2006 em sucessivos lançamentos realizados para constituir crédito tributário pela falta de recolhimento do ICMS parcela não incentivada e, por conseguinte, a parcela incentivada. A perícia realizada nesta alegada ação judicial seria uma fonte secreta e inesgotável de créditos fiscais e que redução de recolhimentos do ICMS devidos por suas operações de circulação de mercadorias no código regime normal indústria, o que propiciou diversas intervenções fiscais no período, inclusive a presente.

Em havendo um caráter definitivo na Ação Ordinária Declaratória intentada, por mais teratológica que seja a tese albergada, teria que promover a retificação dos registros fiscais e contábeis, lançando o suposto crédito e absorvendo, assim, os débitos apurados e exigidos por lançamentos de ofício levados a efeito no período, além de compensação com débitos normais apurados doravante. Deveria retificar as informações econômico-fiscais prestadas mensalmente através das DMA e DPD, pleitear a extinção dos créditos tributários porventura constituídos relacionados ao fato. Diz que assim agindo, o contribuinte, não só sanaria o passado como se precaveria de futuros lançamentos fiscais e daria plena evidência e transparência ao fato. Enfatiza que o autuado preferiu a inexistente compensação automática do suposto crédito conforme referido na sua peça defensiva. Se o contribuinte foi vitorioso em sua ação, como afirma, deveria colaborar para o exato cumprimento da decisão judicial que supostamente lhe favoreceria.

A explicação do autuado é que ainda não dispõe de uma decisão com trânsito em julgado, mas sim de uma sentença ainda não definitiva com antecipação dos efeitos da tutela, o que não empresta à tese a liquidez pretendida, nos termos preconizados no artigo 273, CPC em vigor (Lei nº 5.869/73).

Defende que tal sentença e respectiva antecipação de efeitos da tutela, se ainda eficaz, clama por revogação, uma vez que fere de morte a economia pública, impondo-lhe grave lesão, a rigor do disposto no artigo 4º da Lei Federal nº 8.437/92 C/C artigo 1º da Lei Federal nº 9.437/97. Diz que tal conclusão seria teratológica porque ao eliminar a utilização de um piso a partir do qual operaria o incentivo, não se estaria levando na devida conta que o incentivo foi concedido para expansão de atividades e não para sua implantação. Por óbvio, se a hipótese é de expansão de atividades, é lógico que o empreendimento é preexistente e, como tal, o incentivo deveria favorecer apenas o saldo devedor relacionado com as atividades incrementadas (daí o piso referido na Resolução nº 47/2003 no valor de R\$192.057,65).

Afirma, no entanto, que o exigido, no presente caso, é coisa diversa. A Resolução DESENVOLVE nº 47/2003, ainda que revogada pela Resolução nº 181/2006, foi plenamente observada sem o piso referido por homenagem à eficácia da Antecipação de Tutela a que se refere à defesa, nas informações que se dispõe. Completa que os valores foram quantificados pela própria impugnante e informados na sua Escrituração Fiscal Digital - EFD, Demonstrativo Mensal de Apuração - DMA e Declaração do Programa Desenvolve - DPD, conforme apensos. Em matéria similar, o Acórdão nº 0080-04/11 foi pelo não acolhimento “tendo em vista que a matéria em discussão judicial não tem pertinência com a exigência fiscal”.

Aduz que, no mérito, o crédito tributário que se exige não se relaciona com observância ou não do piso para cálculo do incentivo desenvolve. O crédito aqui reclamado relaciona-se única e exclusivamente com o inadimplemento da condição prevista no artigo 18 do Decreto nº 8.205/2002, que determina: “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”. Diz que tal fato, objetivamente, não foi elidido pelos argumentos da defesa. Encerra sugerindo a manutenção integral do crédito tributário lançado.

VOTO

A presente autuação versa sobre o recolhimento a menos do ICMS relativo à parcela não sujeita à dilação de prazo, na data regulamentar, perdendo o direito ao benefício em relação à parcela incentivada do Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia - DESENVOLVE, conforme determinado pela Lei 7.980/01, regulamentado pelo Decreto 8.205/02 e, especificamente, pela Resolução 47/2003 (revogada pela Resolução nº 181/06), no período descrito na inicial dos autos, totalizando a importância de R\$ 1.085.837,88.

Preliminarmente, o autuado alega que a matéria encontra-se em discussão judicial, com antecipação de tutela concedida pelo poder judiciário e que o período da presente exigência tributária pode estar liquidado na própria Ação Ordinária Declaratória nº 1449051-5/2007.

Argumenta que no processo de investimentos, produção e modernização da sua planta industrial foi impossível prosseguir com o pagamento do ICMS exigido, o que gerou a sua exclusão do Programa Desenvolve em 21/12/2006, após uma série de autuações fiscais. A ação judicial, em março de 2007, objetivou o retorno ao referido programa, além da eliminação do piso inicialmente estipulado de R\$ 192.057,65. Argui que a ação foi julgada recentemente em última instância pelo TJ-BA, com ganho de causa para a sua tese.

É a demanda que será apreciada, nas linhas procedentes. Cumpre antes, examinar as questões de cunho subjetivos suscitadas pelo contribuinte autuado, sobretudo, o pedido de diligência.

O Processo Administrativo Fiscal (PAF) foi lavrado em obediência às formalidades para a sua validade, conforme requisitos constantes no art. 39, RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99) e para exigência de crédito tributário, mediante ação fiscal, após a constatação de infração à legislação tributária; o sujeito passivo foi devidamente intimado acerca da sua lavratura, sendo-lhe fornecidas cópias dos termos, demonstrativos e levantamentos elaborados pelo fiscal autuante, indispensáveis para o esclarecimento dos fatos narrados nos autos. O devido processo legal restou integralizado com o oferecimento do contraditório por parte do autuado, que impugnou a autuação fiscal da forma e com elementos de prova de que dispunha em favor de sua tese, não sobrando espaço para arguição de desabono aos direitos do contribuinte.

A conversão do presente PAF em diligência à Procuradoria do Estado fica indeferida, nos termos do art. 147, I, “a”, RPAF/BA, tendo em vista que considero suficientes para a formação do juízo, no caso concreto, os elementos contidos nos autos. Por outro lado, apesar de o autuado não ter trazido ao processo cópia da Ação Ordinária Declaratória 1449051-5/2007 para se conhecer o teor da efetiva decisão, pelo resumo apresentado pelo próprio autuado na sua defesa, infere-se que o objeto da discussão judicial é o retorno do programa e a determinação do outro piso da parcela incentivada do Desenvolve:

“Não conformada com a injusta exclusão do DESENVOLVE, ingressou com uma ação judicial em março/2007 pleiteando retorno ao referido programa, e também a eliminação do piso inicialmente estipulado. Essa ação judicial já foi julgada recentemente em última instância pelo Tribunal de Justiça da Bahia, com ganho de causa para a Impugnante. Trata-se da Ação Ordinária Declaratória nº 1449051-5/2007”.

Do exposto, conclui-se que a matéria em discussão na ação judicial impetrada pelo recorrente contra o Estado da Bahia não tem pertinência com a infração objeto da autuação, motivo pelo qual não acolho o pedido de encaminhamento do PAF à Procuradoria do Estado.

Ademais, não há qualquer razão no sentido de obstaculizar à lavratura do presente Auto de Infração, tendo em vista que, de acordo com o entendimento já pacificado nos tribunais superiores do País, os procedimentos necessários a regular constituição do crédito do Estado não são obstados por medidas judiciais. O art. 151, V, CTN (LC 104/01) determina que a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, decorrente da concessão de medida liminar ou de tutela antecipada, em outras espécies de ação judicial, apenas tem o efeito de suspender o ajuizamento de execução fiscal, mas não impede a constituição do crédito tributário pelo lançamento do imposto. Observa-se ainda que sequer o autuado apresentou qualquer prova, nesse sentido.

No mérito, a infração recai, efetivamente, na exigência da parcela incentivada pelo benefício da dilação de prazo, perdida, tendo em vista o atraso no recolhimento da parcela não incentivada, nos prazos determinados, conforme disposto no art. 18 do Dec. 8.205/02, com redação vigente a partir de 11/08/05 dada pelo Dec. 9.513/10, abaixo reproduzido:

“Art. 18. 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”.

Conforme anteriormente apreciado e ressaltado pelo impugnante, o Programa DESENVOLVE através da Resolução 47/03 concedeu benefício de dilação de prazo sobre o saldo devedor que excedesse ao

piso fixado de R\$192.057,65. Através da Resolução 181/06, o Conselho Deliberativo do DESENVOLVE revoga a Resolução anterior (fl. 25), pela reincidência na falta de pagamento da parcela do ICMS não sujeita à dilação de prazo, nos termos do art. 19, I, do Decreto nº 8.205/02, tendo o apelante impetrado ação contra o Estado da Bahia para reintegrá-lo ao DESENVOLVE e também pela eliminação do piso fixado anteriormente.

Constatou que o demonstrativo elaborado pelo autuante à fl. 4 reproduz o quadro de apuração do imposto lançado às fls. 08 e 19, através do Registro de Apuração de ICMS, da Declaração do Programa DESENVOLVE – DPD, da Declaração Mensal de Apuração – DMA, valores declarados pelo próprio impugnante, com referência expressa à Resolução 47/03 e ao piso mensal nela fixado. Os valores apurados de R\$ 85.546,48, R\$ 85.401,46 e R\$ 89.668,81 relativos à parcela não incentivada dos meses de janeiro, fevereiro e março/12, vencíveis nos dias 09/02/12, 09/03/12 e 09/04/10, e que não foram recolhidos no prazo regulamentar, encontram-se descritos no relatório DÉBITO DECLARADO, anexo aos autos à fl. 07.

Assim, de acordo com o art. 18 do Decreto 8.205/02, antes mencionado, perderá o direito ao benefício em relação à parcela incentivada naquele mês, a empresa habilitada no programa que não recolher ao Tesouro do Estado, na data regulamentar, a parcela do ICMS não sujeita à dilação de prazo. Logo, correta é a exigência dos valores da parcela incentivada apurada pelo próprio estabelecimento autuado nos meses de janeiro / março 12, em razão da falta de recolhimento no prazo regulamentar da outra parcela da apuração mensal do sujeito passivo, esta, não sujeita à dilação do prazo.

Quanto ao argumento de que o período da exigência pode já estar liquidado na própria ação judicial, não pode ser acolhido, antes, pelo simples motivo de que tal ação (Ação Ordinária Declaratória nº 1449051-5/2007) não consta dos autos, até para o exame do seu teor. Ao optar por não carrear ao processo dispositivo probatório de sua tese, o autuado atraiu o brocado latino “*quod non est in actis non est in mundo*”, a informar o que não está nos autos não está no mundo, com a intenção de estabelecer os limites da prova utilizável pelo julgador para proferir sua decisão, àquela constante dos autos. Tal pensamento não está em choque com a verdade material, própria do direito tributário, posto que não é dado ao sujeito passivo o direito de escusar na apresentação de provas (art. 123, RPAF/BA).

Em seguida, a possibilidade de compensar os valores ora exigidos com suposto valores pagos a mais em razão da Ação Judicial, também não acolho, tendo em vista que somente após decisão final (em havendo), os valores supostamente a favor do contribuinte autuado poderiam ser utilizados para quitar débitos tributários, a qualquer momento, confirmada a restituição dos valores indevidamente pagos, da forma como alegado.

Enfim, a compensação arguida pelo autuado não pode ser feita por medida judicial, senão após o trânsito em julgado da decisão que reconheça a compensação, com estribo na Súmula 212, STJ, além do artigo 170-A do CTN, incluído pela Lei Complementar nº 104/2001, não podendo, portanto, o contribuinte deixar de pagar o tributo devido.

Posto isso, concluímos que a legislação do Estado da Bahia, que concedeu o benefício da dilação do prazo para pagamento do ICMS incentivado não suprimiu, alterou ou modificou o incentivo fiscal concedido sob a condição onerosa, limitou-se apenas a estabelecer que o não recolhimento no prazo da parcela não sujeita a dilação, importa na perda do direito ao benefício da parcela incentivada naquele mês.

Restou devidamente provado nos autos que o autuado deixou de atender a condição para a manutenção do benefício fiscal, motivo que demandou a lavratura do presente Auto de Infração. A suposta medida judicial intentado pelo contribuinte autuado não tem o condão de obstaculizar a constituição do crédito tributário decorrente, tendo em vista o atraso no recolhimento da parcela devida. Violado o acordo para a concessão do benefício fiscal, procedente é a exigência contida no Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **269358.0007/12-9**, 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\$1.085.837,88**, acrescido da multa 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei n.^o 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de novembro de 2012.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR