

PROCESSO - A. I. Nº 269197.0013/11-9
RECORRENTE - INDÚSTRIA DE LATICÍNIOS PALMEIRA DOS ÍNDIOS S/A - ILPISA
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 4ª JJF nº 0089-04/12
ORIGEM - IFEP – DAT/SUL
INTERNET - 25/02/2013

3ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0037-13/13

EMENTA: ICMS. 1. PROGRAMA DESENVOLVE. FALTA DE RECOLHIMENTO DA PARCELA NÃO SUJEITA À DILAÇÃO DE PRAZO. PERDA DO BENEFÍCIO, NO MÊS, EM RELAÇÃO AO MONTANTE INCENTIVADO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A falta do recolhimento de ICMS, na data regulamentar, das parcelas não sujeitas à dilação de prazo, acarreta a perda do direito ao benefício, no respectivo mês, em relação às parcelas incentivadas, em razão do não atendimento de requisito regulamentar para fruição do benefício. **2.** ANTECIPAÇÃO PARCIAL. MULTA DE 60% SOBRE O IMPOSTO QUE DEVERIA TER SIDO PAGO. Razões recursais insuficientes para modificar o Acórdão recorrido. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente de Recurso Voluntário, previsto no art. 169, I, “b” Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, impetrado pelo sujeito passivo contra a Decisão exarada pela 4ª JJF, através do Acórdão nº 0089-04/12, que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe.

O Auto de Infração foi lavrado imputando-se ao recorrente o cometimento das seguintes infrações:

INFRAÇÃO 1 - Recolheu a menor o ICMS nos meses de julho a setembro de 2011, no valor de R\$ 1.239.481,09, em razão da falta de recolhimento, na data regulamentar da parcela não sujeita à dilação de prazo, perdendo o direito ao benefício em relação à parcela incentivada prevista pelo Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – DESENVOLVE. Foi consignado que o contribuinte é detentor do DESENVOLVE, através da Resolução 47/2003 e posteriormente substituída pela Resolução 181/2006, nos termos do art. 18 do Decreto nº 8.205/02, o qual prevê que “*A empresa habilitada que não recolher ao Tesouro do Estado, na data regulamentar, a parcela do ICMS não sujeita à dilação do prazo, perderá o direito ao benefício em relação à parcela incentivada naquele mês.*” Foi utilizado como prova as Declarações de Apuração Mensal do ICMS (DMA) e a Declaração do Programa DESENVOLVE (DPD) informados pelo contribuinte, sendo esclarecido que a empresa possui processo judicial com liminar suspendendo o efeito da Resolução 181/2006, que fixa piso para o programa DESENVOLVE, retornando a Resolução 47/2003, que para efeito do lançamento deste Auto de Infração não tem nenhuma influência quanto ao questionamento judicial, já que se considera as próprias informações do contribuinte.

INFRAÇÃO 2: Multa percentual sobre o imposto (ICMS) que deveria ter sido pago por antecipação parcial, no valor de R\$ 44.637,96, referente às aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação, com fins de comercialização, registradas na escrita fiscal e com saída posterior tributada normalmente, uma vez que a empresa não efetuou o pagamento da antecipação parcial nas aquisições para comercialização de produtos provenientes da matriz em Alagoas.

A Decisão recorrida foi pela procedência do Auto de Infração, após salientar que os pressupostos de validade do procedimento fiscal foram devidamente observados e que nada existe que possa macular o ato administrativo de nulidade.

Quanto à infração 1, foi consignado que, embora o contribuinte não tenha trazido ao processo cópia da Ação Ordinária Declaratória nº 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.

Ressalta a JJF que a acusação é de falta de recolhimento no prazo regulamentar do ICMS concernente à parcela não incentivada, conforme disposto no art. 18 do Decreto nº 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. Destaca, ainda, que, 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). Assim, entende a JJF que a questão em contenda no Poder Judiciário não tem pertinência com a infração 1, motivo pelo qual não acolhe o pedido de encaminhamento do PAF à Procuradoria do Estado. Ademais, registra 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, entende a JJF que 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.

No mérito, a JJF destaca que, 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.

Salienta o órgão julgador que esta infração, 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, do que constata que o demonstrativo elaborado pelo autuante reproduz o quadro de declaração e apuração do imposto contido nas DMA e DPD (fls. 13 a 19).

Registra que, de acordo com o art. 18 do Decreto 8.205/2002, com redação vigente a partir de 11/08/2005, dada pelo Decreto nº 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. Assim, a Decisão recorrida é de manter a primeira exação fiscal.

Em relação à infração 2, a JJF concluiu que a obrigação principal restou extinta com o pagamento do imposto por antecipação parcial nas saídas. Assim, por Decisão não unânime, entende que se trata de uma multa por descumprimento de obrigação tributária acessória. Contudo, verifica que o autuado não preenche os requisitos para pretender diminuição ou até mesmo supressão da multa.

Quanto à alegação defensiva de que a Lei nº 7.014/96, em relação à antecipação parcial, reporta-se apenas às aquisições interestaduais de mercadorias e não às transferências, a JJF salienta que 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, uma vez que, 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, aduz que este órgão não possui competência para apreciá-la (art. 167, I, RPAF/99).

Por fim, quanto ao fato de o texto do § 2º do citado artigo estabelecer 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, aduz a JJF que 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. Assim, mantém a segunda infração.

Não se conformando com a Decisão de 1ª Instância, o autuado apresentou, tempestivamente, às fls. 110 a 123, Recurso Voluntário onde, inicialmente, requer que os argumentos defensivos sejam considerados como razões recursais, aos quais acrescenta, em relação à infração 1, que a ação judicial, da qual faz parte e cujo resultado já se encontra consolidado a seu favor, não foi devidamente analisada pela JJF, pois, se tivesse sido, restaria demonstrado que a perícia judicial realizada demonstra claramente a existência de créditos remanescentes a favor do recorrente e que possivelmente tais valores serão suficientes para liquidar os valores cobrados neste Auto de Infração, que, segundo o apelante, trata da mesma matéria, qual seja, o Programa DESENVOLVE, do que apresenta breve resumo da demanda judicial, por não concordar com a injusta exclusão. Portanto, segundo o recorrente, de acordo com os cálculos constantes no laudo pericial que compõe a ação judicial, o período autuado nesta infração (julho a setembro/2011), pode estar totalmente liquidado na própria ação judicial, não cabendo mais nenhuma cobrança por parte do Estado, razão do seu pedido de diligência à Procuradoria do Estado, afim de que emita Parecer sobre a questão e, caso positivo, que seja declarada a improcedência da infração.

No tocante à infração 2, inicialmente destaca que a Decisão não obteve unanimidade. Assim, reitera o pedido de aplicação de equidade à Câmara Superior, previsto no art. 159, § 1º, II, do RPAF.

A seguir, ressalta que a exigência decorre das transferências de produtos acabados da fábrica de Alagoas para a da Bahia, do que sustenta que a Lei nº 7.014/96, ao criar esta obrigação (fruto da Lei nº 8.967/03), se referiu apenas às operações de aquisições interestaduais de mercadorias, não se referindo, em nenhum momento às operações de transferências de mercadorias de contribuinte de mesma titularidade. Defende que o termo “aquisições” prevalece o caráter mercantilista, do que concluiu que o legislador se refere às operações de compra e venda, cuja natureza é estritamente econômica, e nunca às operações de transferências, em que não ocorre a mudança de titularidade, apenas deslocamento da mercadoria. Entende que o Decreto nº 6.284/97, ao regular a matéria, alterou o texto da Lei a quem deve obediência, ampliando a sua abrangência ao incluir a expressão “entradas interestaduais de mercadorias”, no art. 352-A do RICMS/BA, do que conclui ser tal situação flagrantemente inconstitucional.

Aduz que a outra justificativa para não recolhimento da antecipação parcial do imposto tem relação com o fato do recorrente estar devidamente habilitada aos benefícios oriundos do Programa DESENVOLVE, no qual o cálculo do imposto, no exercício de 2010, era feito com a dilatação de até 80% do seu saldo devedor e, posteriormente, liquidado com até 80% de desconto. Assim, diz não ter cabimento pagar antecipadamente o ICMS e sobre tal parcela “perder” tanto a dilatação quanto o desconto. Assim, o recorrente entende que poderia aplicar a analogia no seu

caso e considerar como sua alíquota definitiva aquela calculada de 6,12%, afastando, assim, a antecipação parcial do ICMS nas entradas das mercadorias.

A PGE/PROFIS, no Parecer de fls. 134 e 135 dos autos, opinou pelo Não Provimento do Recurso Voluntário, por entender que, da análise dos autos, verifica que o objeto da ação judicial (ordinária nº 1449051-5/2007) não é o mesmo da primeira exigência fiscal, pois aqui se exige a parcela do ICMS incentivado por perda do benefício, já que a parcela não incentivada não foi paga tempestivamente.

Quanto ao suposto “crédito” a que faz jus o recorrente em razão da indicada ação judicial, aduz o opinativo que não pode ser compensado nesses autos, sendo matéria, eventualmente, de Decisão administrativa posterior. Assim, concluiu que, em relação à infração 1, a exigência do ICMS está perfeitamente caracterizada e deve prosseguir no âmbito administrativo.

Inerente ao pedido de dispensa de multa ao apelo da equidade, vislumbra que a matéria é de competência da Câmara Superior do CONSEF.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte, conforme previsto no art. 169, I, “b”, do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, no sentido de modificar a Decisão da 1ª Instância inerente às duas infrações, as quais foram julgadas subsistentes pela Decisão recorrida.

Quanto às razões recursais, observo que não trazem qualquer fato novo capaz de modificar a Decisão recorrida, a qual se encontra devidamente fundamentada, sendo naquela oportunidade apreciadas todas as alegações de defesa, ressaltando inclusive o devido processo legal do lançamento de ofício, o que confirmo.

Inerente à infração 1, decorre da perda automática do direito do benefício do DESENVOLVE, em relação à parcela incentivada, nos meses em que a empresa habilitada não recolheu, no prazo regulamentar, a parcela do ICMS não sujeita à dilação, conforme previsto no caput do art. 18 do Regulamento do DESENVOLVE, aprovado pelo Decreto nº 8.205/02. Assim, ao contrário do que afirma o recorrente, não se trata de exclusão, objeto da demanda judicial, como faz crer o patrono do autuado (fl. 58), tendo o autuante competência para aplicação da norma prevista, a título de suspensão do benefício no mês em que o beneficiário se encontra inadimplido do recolhimento da parcela do ICMS não incentivada. Em consequência, corroboro com o entendimento, inclusive da PGE/PROFIS, de que o objeto da ação judicial não é o mesmo da exigência fiscal, pois aqui se exige a parcela do ICMS não incentivado, quando não recolhido, no caso do mês de setembro e agosto, acrescido da parcela do ICMS incentivado, por perda do benefício no mês em que a parcela não incentivada não foi paga tempestivamente, cujos valores exigidos foram apurados pelo próprio contribuinte, através da DMA – Apuração e Informações Complementares e DPD - Declaração do Programa DESENVOLVE, conforme demonstrado às fls. 12 a 20 dos autos.

Quanto ao pleito do recorrente, à fl. 59 dos autos, para que o período autuado, de julho a setembro de 2011, “*poderia estar liquidado na própria ação judicial*” (fl. 59), corroboro com o entendimento da PGE/PROFIS de que não pode ser compensado nesses autos, sendo matéria, eventualmente, de Decisão administrativa posterior, com rito processual próprio, uma vez que - apesar de o sujeito passivo atestar que o resultado da perícia 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 favor da impugnante no valor de R\$ 1.392.432,78 (R\$ 1.394.432,78) [existem alternância dos valores informados, às fls. 60/61] - há de se relevar que no lapso de março de 2007 a julho de 2011 (mais de quatro anos), quando ocorreu o início do fato gerador exigido nesta infração, cujo valor histórico é de R\$ 1.239.481,09, o contribuinte realizou milhares de operações sujeitas ao ICMS, não sendo pertinente sua pretensão de que “o período

atuado na Infração 01 (julho a setembro de 2011), pode estar totalmente liquidado na própria ação judicial, não cabendo mais nenhuma cobrança por parte do Estado.” (fl. 61).

O art. 40 do Código Tributário do Estado da Bahia (Lei nº 3.956/81), assim determina:

Art. 40. Serão restituídas, no todo ou em parte, as quantias relativas ao imposto indevidamente recolhido, consoante a forma estabelecida em regulamento, observados os prazos de prescrição ou decadência.

§ 1º Além do indébito recolhido, caberá ao requerente comprovar que arcou com o ônus financeiro do recolhimento indevido, ou que está devidamente autorizado por quem sofreu a repercussão tributária.

§ 2º A restituição total ou parcial do imposto deverá ser acompanhada da devolução da multa e demais acréscimos legais recolhidos proporcionalmente ao imposto indevido.

§ 3º A repetição do indébito poderá ser efetivada mediante autorização de crédito fiscal, obedecidas as disposições regulamentares.

Por sua vez, os artigos 74 e 75, inciso I, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, prevê que a restituição do indébito dependerá de petição dirigida à autoridade competente e será feita mediante autorização do uso de crédito fiscal, tratando-se de devolução de ICMS a contribuinte do imposto. Assim, descabe a pretensão da compensação requerida pelo recorrente, até porque não se sabe da existência real de crédito fiscal à época dos fatos geradores, ora exigidos, cuja análise, homologação e autorização ocorre através de rito processual próprio. Mantida a Decisão.

No tocante à infração 2, o artigo 12-A da Lei nº 7.014/96 prevê que será exigida antecipação parcial do imposto, a ser efetuada pelo próprio *adquirente*, independentemente do regime de apuração adotado, mediante a aplicação da alíquota interna sobre a base de cálculo da operação interestadual, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de *aquisição*, excetuando apenas da antecipação parcial as operações de isenção, não incidência ou substituição tributária.

Alega o recorrente que a norma se referiu apenas às operações de aquisições interestaduais de mercadorias, não se referindo, em nenhum momento às operações de transferências de mercadorias de contribuinte de mesma titularidade, do que sustenta que o termo “aquisições” requer o caráter mercantilista, o que implica em operações de compra e venda, com natureza estritamente econômica, e nunca às operações de transferências, em que não ocorre a mudança de titularidade, apenas deslocamento da mercadoria.

Em que pese o brilhantismo da tese recursal, o vocábulo “aquisição” significa ato de adquirir, cujo termo “adquirir” significa alcançar posse de; obter; conseguir; alcançar; vir a ter. Portanto, no caso concreto, trata-se de um termo abrangente das entradas de mercadorias no estabelecimento, independentemente do status econômico da operação, cuja transferência se enquadra, uma vez não se encontrar dentre as exceções textualizadas na norma específica, inexistindo acréscimo do Regulamento do ICMS à Lei.

Em relação ao argumento recursal para se aplicar à antecipação parcial, por analogia, a mesma redução proporcional à operação subsequente, por se tratar de contribuinte beneficiário do DESENVOLVE, comungo com o entendimento da Decisão recorrida de que tal benefício não se trata de redução de base de cálculo nas vendas, mas de postergação de pagamento de ICMS, sendo descabida tal pretensão.

Por fim, inerente ao pedido de dispensa de multa ao apelo da equidade, concordo com o opinativo da PGE/PROFIS de que é matéria de competência da Câmara Superior do CONSEF, cabendo ao recorrente, nos termos do § 2º do art. 159 do RPAF, formulá-lo no prazo de 30 (trinta) dias após a intimação do Auto de Infração, da Notificação ou da Decisão do órgão julgador, acompanhado da comprovação do pagamento do principal e seus acréscimos. Mantida a Decisão.

Diante do exposto, comungo com a PGE/PROFIS e voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **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 recorrente 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 nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da penalidade por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$44.637,96**, prevista no art. 42, II, “d”, da citada Lei, com os moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de janeiro de 2013.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - - PRESIDENTE/RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA - REPR. DA PGE/PROFIS