

PROCESSO - A. I. Nº 279127.0009/13-1
RECORRENTE - INDÚSTRIA DE LATICÍNIOS PALMEIRA DOS ÍNDIOS S/A. - ILPISA
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0048-03/14
ORIGEM - IFEP - DAT/SUL
INTERNET - 20/08/2014

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0235-12/14

EMENTA: ICMS. BENEFÍCIO FISCAL. PROGRAMA DESENVOLVE. RECOLHIMENTO FORA DO PRAZO DA PARCELA NÃO DILATADA. PERDA DO BENEFÍCIO 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 181/2006). 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. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto em face da Decisão primária que julgou Procedente o Auto de Infração, mantendo a integralidade da exigência fiscal no valor total de R\$887.481,47, previstas no art. 42, II, “f” da Lei n.º 7.014/96, e dos acréscimos legais.

O Auto lavrado em 24/10/2013 decorre da acusação fiscal que imputa ao Sujeito Passivo a 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 Econômica do Estado da Bahia - Desenvolve.

Da análise dos elementos trazidos aos autos, a 3ª JJF, decidiu, por unanimidade, que é procedente a acusação fiscal, com fulcro no voto condutor, abaixo transcrito.

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\$887.481,47.

O autuado alegou 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.

Aduziu 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. Mencionou que a citada ação judicial, objetivou o seu retorno ao referido programa, além da eliminação do piso inicialmente estipulado de R\$ 192.057,65. Informou que a

referida ação judicial foi julgada recentemente em última instância pelo TJ-BA, com ganho de causa para a sua tese.

Cabe ressaltar, de plano, que a lavratura do presente Auto de Infração obedeceu às formalidades para a sua validade, consoante previsão expressa no art. 39, RPAF-BA/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. Também restou evidenciado nos autos a plena fruição do devido processo legal com o estabelecimento 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.

No tocante à diligência solicitada pelo impugnante para que a PGE/PROFIS emitisse Parecer sobre a questão, por considerar que os elementos já contidos nos autos suficientes para aquilatar todos os aspectos que envolvem o mérito da acusação fiscal e propiciar a formação do juízo acerca da lide, indefiro o pedido, nos termos do art. 147, inciso I, alínea “a”, RPAF-BA/99.

Constato que mesmo não tendo o defendente carreado aos autos cópia da Ação Ordinária Declaratória 1449051-5/2007 para se explicitar o efetivo teor da Decisão, infere-se pelo resumo apresentado na defesa, que o objeto da discussão judicial é o retorno do programa e a exclusão do piso da parcela incentivada do Desenvolve. Portanto, resta patente que a matéria em discussão na ação judicial impetrada pelo recorrente contra o Estado da Bahia não tem qualquer vinculação com a infração objeto da autuação, motivo pelo qual não tem pertinência o pedido de encaminhamento do PAF à PGE/PROFIS.

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.

Convém frisar que a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, decorrente da concessão de medida liminar ou de tutela antecipada, em outras espécies de ação judicial, expressa no art. 151, inciso V, CTN, tem apenas o efeito de suspender o ajuizamento de execução fiscal, mas não impede o lançamento do imposto na constituição do crédito tributário.

Ademais, o autuado não comprovou nos autos de forma inequívoca a efetiva concessão de tutela antecipada.

A autuação, no mérito, cuida da 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, in verbis:

“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, 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 defendente alegado ter impetrado ação contra o Estado da Bahia para reintegrá-lo ao DESENVOLVE e também pela eliminação do piso fixado anteriormente.

O demonstrativo elaborado pelo autuante à fl. 06 reproduz o quadro de apuração do imposto lançado às fls. 07 e 18, 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\$ 213.458,34, R\$136.731,18, R\$275.603,64 e R\$261.688,31 relativos à parcela não incentivada dos meses de maio, junho, julho e agosto/13, vencíveis nos dias 09/06/13, 09/07/13, 09/08/12 e 09/09/13, e que não foram recolhidos no prazo regulamentar, encontram-se descritos no relatório DÉBITO DECLARADO, anexo aos autos às fls. 09, 12, 15 e 18.

Logo, 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.

Nesses termos, afigura-se correta a exigência dos valores da parcela incentivada apurada pelo próprio estabelecimento autuado nos meses de maio a agosto de 2013, 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.

Não deve prosperar o argumento aduzido pelo defendente de que o período da exigência pode já estar liquidado na própria ação judicial, eis que nem sequer pode ser apreciado, pelo simples motivo de que acerrar da referida ação (Ação Ordinária Declaratória nº 1449051-5/2007) não constam dos autos, senão uma mera indicação de

sua existência, qualquer comprovação inequívoca de seu conteúdo, tolhendo, assim a imprescindível apreciação do seu teor. Além disso, acorde previsão do art. 123, RPAF-BA/99, não é dado ao sujeito passivo o direito de escusar na apresentação de provas que dispõe.

Quanto à pretensão 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. Nessa perspectiva, e em consonância com fundamento estribado na Súmula 212, STJ, e no artigo 170-A do CTN, incluído pela Lei Complementar nº 104/2001, não podendo o contribuinte deixar de pagar o tributo devido, senão após o trânsito em julgado da Decisão que reconheça a compensação.

Em suma, resta evidenciado nos autos que no período em que ocorreram os fatos geradores objeto da autuação não foi suprimido, alterado ou modificado o incentivo fiscal concedido ao sujeito passivo sob condição onerosa, eis que o lançamento de ofício, ora em lide, limitou-se apenas a exigir o cumprimento do dispositivo normativo que impõe a perda do direito ao benefício da parcela incentivada naquele mês em que não for recolhido no prazo legal a parcela não sujeita a dilação.

Assim, não tendo, a citada medida judicial impetrada pelo autuado, o atributo de obstruir a constituição do crédito tributário e provado nos autos o inadimplemento da condição para a manutenção do benefício fiscal, motivo que demandou a lavratura do presente Auto de Infração, resta integralmente subsistente a autuação.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Devidamente intimado, o recorrente interpõe Recurso Voluntário, tempestivo, colacionadas às fls. 71/76.

Em sua peça recursal, após breve relato dos fatos e inconformada com o desfecho dado pelo julgamento de 1ª instância, inicia seu arrazoado dizendo que reitera as razões de defesa, também dizendo que não foi devidamente analisada a ação judicial na qual é autora, e cujo resultado lhe é favorável. Aduz que analisada a referida ação, o julgamento teria outro desfecho, eis que resta incontestado que a perícia judicial demonstra claramente a existência de créditos remanescentes em seu favor, e que tais créditos, por certo, seriam suficientes para liquidar os valores cobrados no presente Auto de Infração, que trata da mesma matéria, qual seja, o Programa DESENVOLVE.

Quanto à Ação Judicial, resumidamente, diz que quando da sua habilitação no Programa DESENVOLVE (Resolução 47, de 11/09/2003), foi fixado piso de R\$192.057,65, no qual o gozo do benefício da dilação do prazo de pagamento somente se daria sobre o saldo devedor de ICMS que excedesse tal valor, o que implicou em significativa redução do montante do benefício que a Impugnante esperava obter, em face da legislação vigente quando da formulação do seu pedido.

Diz que envidou esforços no sentido de manter seus investimentos e produção, mesmo arcando com o ônus dos empréstimos obtidos com fins de modernização da sua planta industrial. Além desse fato, assevera que também recolheu o ICMS que lhe estava sendo indevidamente exigido em virtude da restrição a um benefício a que fazia jus, o que se mostrou impossível ao longo do tempo, redundando na sua exclusão do Programa Desenvolve em 21/12/2006.

Frente aos fatos, viu-se compelida ingressar em juízo em março/2007 - Ação Ordinária Declaratória nº 1449051-5/2007 - pleiteando não apenas o seu retorno ao referido programa, mas também a eliminação do piso inicialmente estipulado. Garante que a dita Ação já foi julgada em última instância pelo Tribunal de Justiça da Bahia, que decidiu por lhe conferir ganho de causa.

Lembra que durante o processo foi determinada perícia judicial, cujo objetivo era o de apurar se o recorrente efetivamente devia ao Estado da Bahia, e na hipótese positiva, qual seria este valor, considerados nos cálculos a exclusão do “piso” acima citado anteriormente e os recolhimentos de ICMS já feitos ao Estado da Bahia, desde o início da sua habilitação no Programa DESENVOLVE.

Como resultado da citada perícia, restou apontado que “...os recolhimentos efetuados pelo recorrente 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 do recorrente, que poderá ser utilizado para futuros recolhimentos de ICMS, oriundos do DESENVOLVE”.

Feita a exposição, entende o recorrente que o total cobrado no presente Auto de Infração pode estar totalmente liquidado na ação judicial citada acima, pelo que não caberia qualquer cobrança por parte do Estado da Bahia.

Por fim, requer que o Auto de Infração seja convertido em diligência à PGE/PROFIS para que seja apurado se o montante ora cobrado já se encontra devidamente compensado com o crédito que o recorrente possui na ação judicial acima referida. Para a hipótese de que seja detectado que os valores cobrados pela Fiscalização estejam compensados em função do crédito apontado

na Ação Judicial, que seja julgado improcedente o Auto de Infração.

A Dra. Maria José Coelho Lins de A. Sento-Sé, Helena Mendonça Cruz, Procuradora da PGE/PROFIS, exara Parecer à fls. 86/89.

De plano, aduz que as razões recursais repisam as de defesa, ao tempo que o recorrente pugna pela conversão do feito em diligência à PGE/PROFIS.

Diz a preclara procuradora que os pressupostos de validade do lançamento tributário foram devidamente observados, inexistindo ofensa aos princípios constitucionais da ampla defesa e do devido processo legal. Afirmar que a tese recursal não logra descaracterizar a exigência fiscal, não tendo sido trazido aos autos provas materiais capazes de alterar ou modificar o lançamento tributário. Quanto à existência de demanda judicial, diz que está desacompanhada de elementos materiais capazes de identificar o objeto da ação e o conteúdo da suposta Decisão judicial.

Referindo-se à narrativa do Sujeito Passivo que discorre sobre o objeto da ação judicial, e com atenção voltada para a acusação fiscal - falta de recolhimento no prazo regulamentar do ICMS concernente à parcela não incentivada -, assevera que em consonância com os termos do art. 18, do Decreto na 8.205/2002, com redação vigente a partir de 11/08/2005, dada pelo Decreto nº 9.513/2010, *“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”*. Nessa esteira, entende correta a exigência dos valores da parcela incentivada apurada pelo próprio estabelecimento autuado nos meses de maio, junho, julho e agosto de 2013, vencíveis em 09/06/13, 09/07/13, 09/08/12 e 09/09/13, e que não foram recolhidos no prazo regulamentar, conforme relatório DÉBITO DECLARADO, anexo aos autos às fls. 09, 12, 15 e 18.

Registra que a descrição do fato impositivo e o enquadramento legal citado na peça acusatória demonstram que o autuado estava submetido às regras do Programa DESENVOLVE, concluindo que não há identidade entre as questões aventadas no presente lançamento e as referidas pelo recorrente na suposta ação judicial. Lembra que o lançamento de ofício em apreço tem como objeto o cumprimento do dispositivo normativo que impõe a perda do direito ao benefício da parcela incentivada naquele mês em que não for recolhido no prazo legal a parcela não sujeita a dilação.

Quanto ao pedido de conversão do processo em diligência fiscal à PGE/PROFIS para fins de comprovação do suposto crédito do recorrente em ação judicial promovida contra o Estado da Bahia, entende a n. Procuradora deverá ser indeferido com fulcro nos artigos 147, I, “a”, do RPAFBa e 333, II, do CPC, também lembrando que não é atribuição da PGE/PROFIS elaborar provas dos supostos valores pagos a mais em razão da ação judicial, eis que cabe à Recorrente comprovar a existência de ação ordinária com Decisão final determinando a restituição dos valores indevidamente pagos.

Para o pedido de compensação dos valores exigidos no lançamento de ofício, com supostas quantias pagas a mais, assevera que não poderá ser acolhido, vez que o Sujeito Passivo não apresentou provas materiais da existência de Decisão judicial legitimando os supostos créditos,

além do fato de que o art.170-A do CTN, incluído pela LC nº 104/2001, veda a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva Decisão judicial.

Opina pelo Improvimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Trata o presente de Recurso Voluntário, tempestivo, interposto pelo contribuinte, a rigor do art. 169, inciso I, alínea “b”, do Decreto nº 7.629/99 – RPAF, no sentido de modificar a Decisão da 3ª Junta de Julgamento Fiscal deste CONSEF, com o propósito de desobrigá-lo do pagamento do imposto exigido no presente Auto de Infração.

Cinge-se o presente Recurso à apreciação da infração que acusa o Sujeito Passivo de haver deixado de proceder ao recolhimento, na data regulamentar, da parcela não sujeita a 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.

Registre-se de logo, que não há insurgência quanto ao mérito, sendo a tese recursal atinente suposta falta de análise de ação judicial na qual é autora, e cujo resultado lhe é favorável, aí entendido que haveria créditos remanescentes em seu favor, supostamente suficientes para liquidar os valores cobrados no presente Auto de Infração. Derivado desse argumento há pedido de conversão do feito em diligência à PGE/PROFIS.

Entendo que não merece guarida a tese recursal. Em verdade, a afirmativa de que a JJF não apreciou detidamente todos os argumentos de defesa, dando especial atenção ao argumento da existência de ação judicial na qual a ora recorrente é autora.

Nessas circunstâncias, a considerar que a tese recursal repisa os argumentos de defesa, importante frisar que o recorrente, mesmo após julgamento de primo grau, não cuidou de trazer aos autos cópia da Ação Ordinária Declaratória que menciona, de modo a que se pudesse conhecer o teor da Decisão judicial que afirma ter sido decidida em seu favor.

Avançando, entendo que tal fato não impede o prosseguimento da presente lide, pois, da tese defendida pelo recorrente, denota-se que o objeto da discussão judicial se refere ao retorno do programa e a determinação do valor da parcela incentivada do DESENVOLVE.

Ora, se a base do Recurso apresentado é de que como possui créditos fiscais apurados através de perícia judicial, tais créditos além de servirem para pagamento do imposto anteriormente exigido, poderia quitar o presente, vê-se que o objeto da ação ajuizada pelo ora recorrente não tem vínculo direto com a autuação em discussão, pois, não se pode entender que o direito declarado judicialmente, conforme expressamente exposto pelo Sujeito Passivo, poderia determinar a compensação do imposto não recolhido nos meses autuados.

Há que se resaltar que havendo, efetivamente, créditos fiscais, a compensação pode ser utilizada para quitar débitos na data do seu vencimento ou tributo constituído através de Auto de Infração, por exemplo, o que não coincide com o caso dos autos, cuja autuação decorreu da falta de recolhimento tempestivo do imposto, o qual foi exigido mediante lançamento de ofício.

Especificamente quanto à acusação fiscal, que cuida da falta de recolhimento do ICMS - parcela não incentivada - no prazo regulamentar conforme disposto no art. 18 do Decreto nº 8.205/02, resta claro que os valores do imposto exigido foram apurados pelo próprio estabelecimento autuado através de sua escrituração digital, donde se conclui que a matéria em discussão na Ação Judicial não tem pertinência com a acusação fiscal.

Quanto à parcela incentivada do Programa DESENVOLVE, em decorrência falta de recolhimento no prazo regulamentar da parcela não sujeita a dilação de prazo, a rigor do art. 18 do Decreto nº 8.205/02, com redação vigente a partir de 11/08/05 dada pelo Decreto nº 9.513/10, “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”.

Do trecho da norma acima transcrito, deflui-se que na medida em que o recorrente não recolheu o imposto não sujeito à dilação do prazo, por certo poderia ser exigido através de Débitos Declarados. Nessa esteira, correta a exigência dos valores da parcela incentivada apurada pelo próprio estabelecimento autuado nos meses objeto da autuação.

Quanto ao pedido de conversão do feito em diligência, registre-se que há nos autos Parecer detalhado da PGE/PROFIS abordando a matéria, o que acolho pelo indeferimento.

Pelo exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso interposto para manter inalterada a Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª 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 279127.0009/13-1, 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\$887.481,47**, acrescido da multa 60%, prevista no art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de agosto de 2014.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

JOSÉ ANTONIO MARQUES RIBEIRO – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS