

A. I. N° - 279127.0009/13-1
AUTUADO - INDÚSTRIA DE LATICÍNIOS PALMEIRA DOS INDÍOS S/A - ILPISA.
AUTUANTES - LUIZ CARVALHO DA SILVA e KÁTIA MARIA DACACH MACHADO FRAGUAS
ORIGEM - DAT/IFEP SUL
INTERNET - 18/03/2014

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0048-03/14

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. Auto de Infração **PROCEDENTE. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 24/10/2013, exige do autuado ICMS recolhido a menos, nos meses de maio, junho, julho e agosto de 2013, no valor de R\$ 887.481,47, 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 como suplemento que “O contribuinte foi habilitado para usufruir dos benefícios do Desenvolve através da Resolução 47/2003, revogada pela Resolução 181/2006, nos termos do art. 18 do Dec.8205/2002, que determina a perda do direito ao benefício quando não for recolhida ao Tesouro do Estado na data regulamentar, a parcela do ICMS não sujeita à dilação de prazo, como se constata a vista dos documentos anexos – Débito Declarado e cópia dos Registros Fiscais de Apuração do ICMS - Operações Próprias - parte integrante de sua EFD, relativamente aos períodos de apuração de maio a agosto/2013.” Consta ainda que “Para que não se levante dúvidas quanto ao real motivo desta autuação, fica esclarecido que, não obstante a revogação da Resolução n° 47/2003 pela Resolução n° 181/2006, ambas do Conselho Deliberativo do Desenvolve, e a despeito da pendência judicial existente entre a autuada e o Estado da Bahia, esta infração relaciona-se a outro fato, já que desconsidera o incentivo fiscal pelo inadimplemento de outra condição, qual seja, a falta de recolhimento tempestivo da parcela não incentivada. Portanto, o presente lançamento, em razão da citada pendência judicial, considera vigente a primeira resolução.”

O autuado apresenta peça impugnatória, fls. 24 a 30, esclarecendo, 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.

Destaca 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 essa autuação foi a falta de recolhimento da parcela incentivada relativamente ao período de maio a agosto de 2013.

Diz que, ao contrário do que pensa a Fiscalização, o período autuado pode estar liquidado na própria ação judicial.

Observa que apesar de ser irrelevante para o desfecho do caso, já que tal assunto está sendo discutido judicialmente, apresenta um breve resumo desta pendência judicial,

Destaca que, quando de sua habilitação 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. Menciona que na prática, este piso implicou significativa redução do montante do benefício que esperava obter, em face da legislação vigente quando da formulação do seu pedido.

Afirma 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. Acrescenta assinalando 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.

Frisa que inconformado 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.

Informa que essa ação judicial já foi julgada recentemente em última instância pelo Tribunal de Justiça da Bahia, com ganho de causa. Trata-se da Ação Ordinária Declaratória nº 1449051-5/2007.

Esclarece que a ação judicial em referência, cuja classe é Ação Ordinária Declaratória, de nº 1449051-5/2007, teve seu início em março/2007, mês da petição inicial, e no seu decorrer, mais precisamente em agosto/2007, foi objeto de perícia judicial, para apurar a existência de débito junto ao Estado da Bahia, e caso positivo, qual seria este valor, considerando nestes cálculos a exclusão do 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.

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

Reproduz a quesitação e as respectivas respostas do perito judicial.

Afirma que de acordo com os cálculos constantes no Laudo Pericial Contábil, que compõe a ação judicial, o período autuado na Infração 01 (maio a agosto de 2013), pode estar totalmente liquidado na própria ação judicial, não cabendo mais nenhuma cobrança por parte do Estado.

Conclui requerendo inicialmente a este egrégio órgão julgador que este PAF seja convertido em diligência à Procuradoria do Estado, afim de que este órgão possa emitir o seu Parecer sobre a questão. E que após o retorno do PAF para o CONSEF, caso seja detectado que, de fato, os valores cobrados pela Fiscalização estejam compensados em função do crédito apontado na Ação Judicial, requer também que seja declarada a improcedência desta autuação, haja vista que os tais valores já estariam devidamente liquidados pelos cálculos periciais.

Os autuantes prestam informação fiscal, fls. 42 a 52, resumem as razões de defesa e em seguida opinam pela manutenção da autuação articulando as ponderações a seguir enunciadas.

Observam que a empresa contribuinte é detentora, por determinação judicial, do incentivo fiscal Desenvolve instituído pela Lei Estadual nº 7.980, de 12/12/2001 e regulamentado pelo Decreto nº 8.205, de 03/04/2002, uma vez que a Resolução nº 47/2003 encontra-se revogada administrativamente pela Resolução nº 181/2006. Asseveram que nos termos do art. 18 do Decreto nº 8.205/2002, 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. Acrescentam que no presente caso o autuado promoveu a apuração do valor do imposto a recolher e da parcela dilatável, consoante sistemática própria, informando os respectivos valores na sua Escrituração Fiscal Digital - EFD e Demonstrativo Mensal de Apuração - DMA, relativas aos meses 05/2013 a 08/2013.

Esclarecem que existe pendência judicial entre a empresa contribuinte e o Estado da Bahia no que se refere à aplicabilidade ou não do piso a partir do que opera o incentivo fiscal, uma vez que quando da concessão o empreendimento era preexistente, referindo-se o respectivo projeto a uma ampliação de atividades. Prossegue assegurando que o presente lançamento não tem relação com a demanda judicial, uma vez que considera vigente judicialmente o benefício fiscal não se entrando no mérito da apuração do seu respectivo valor, sendo a causa determinante da perda do benefício nos meses indicados apenas o inadimplemento da condição prevista no art.18 do Dec. nº 8.205/2002.

Sustentam que a pretensão do impugnante não deve prosperar, por ser insubsistente o pedido de diligência à PGE para informar se o montante cobrado, correspondente à parcela dilatada, se encontra devidamente compensado com o seu suposto crédito. Assinalam ser inteiramente despropositada, 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, pretensamente, lhe asseguraria um crédito de R\$1.392.432,78, em março de 2006.

Frisam que o impugnante vem usando de forma reiterada este 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. Afirma que perícia realizada nesta alegada ação judicial seria assim uma fonte inesgotável de créditos fiscais. Ressaltam que por conta disso o defendente reduziu bastante, a partir dessa data, todos os 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 autuação.

Assecuram que é completamente equivocado o procedimento do impugnante, tendo em vista que uma vez vencedora em caráter definitivo na Ação Ordinária Declaratória intentada, teria que promover a retificação dos registros fiscais e contábeis, lançando o suposto crédito, absorvendo, assim, os débitos apurados por ela mesma e exigidos por lançamentos de ofício levados a efeito no período, além de compensar-se com débitos normais apurados doravante. Prosseguem destacando que em seguida o autuado deveria retificar as informações econômico-fiscais prestadas mensalmente através das DMAs e DPD e pleitear a extinção dos créditos tributários porventura constituídos relacionados ao fato. Fazendo isso a contribuinte não só sanaria o passado como se precaveria de futuros lançamentos fiscais e daria plena evidência e transparência ao fato.

Afirmam que, distintamente, o defendente prefere agarrar-se a uma inexistente compensação automática do suposto crédito conforme referido na sua peça defensiva. Frisam que tal compensação automática inexistente, mesmo em decisões judiciais definitivas, uma vez que é preciso ação específica para cumprir decisões judiciais, uma vez que estas não saem por ai, por moto próprio, a cumprir-se como por milagre. Destacam que após vitoriosa na ação judicial, como afirma o autuado, deveria, transparentemente, adotar tais ações até para colaborar para o exato cumprimento da decisão judicial que supostamente lhe favoreceria.

Mencionam que com sua inação inexplicável o contribuinte estaria contribuindo para o descumprimento da decisão judicial em seu próprio desfavor, o que é inteiramente inusitado, além de induzir intencionalmente o fisco a erro. Acrescentam destacando que a explicação para o fato é dada pelo próprio impugnante: a autuada 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 art. 273 do CPC em vigor - Lei nº 5.869/73. Arrematam frisando que tal sentença e respectiva antecipação dos efeitos da tutela, se ainda eficaz, e por ser antijurídica, clama por revogação, uma vez que fere de morte a economia pública, impondo-lhe grave lesão, a rigor do disposto no art. 4º da Lei Federal nº 8.437/92 C/C art. 1º da Lei Federal nº 9.437/97.

Sustentam que, mesmo se vitorioso o autuado na citada ação judicial, a conclusão seria inadmissível, haja vista que 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. Esclarecem que, 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 047/2003 no valor de R\$192.057,65).

Observam que não é nem o caso de referir-se a isso, uma vez que o que se exige aqui é coisa diversa. Asseveram que a Resolução Desenvolve nº 47/2003, ainda que revogada pela Resolução nº 181/2006, foi plenamente observada sem o piso lá referido por homenagem à eficácia da Antecipação de Tutela a que se refere a defesa, pelo menos por informações que se dispõe. Informam que os valores foram quantificados pela própria impugnante e informados na sua Escrituração Fiscal Digital - EFD e Demonstrativo Mensal de Apuração, conforme apensado aos autos.

Ilustram mencionando que ao analisar igual pedido de diligência a JJF, através do Acórdão nº 0080-04/11, foi pelo não acolhimento “tendo em vista que a matéria em discussão judicial não tem pertinência com a da exigência fiscal”.

Ao tratarem do mérito, afirmam que o crédito tributário exigido no presente Auto de Infração não se relaciona com observância ou não observância do piso para cálculo do incentivo Desenvolve. Sustentam que a exigência, ora em lide, diz respeito, única e exclusivamente, ao inadimplemento da condição prevista no art. 18 do Dec. nº 8.205/2002, que reproduz. Arrematam asseverando que tal fato, objetivamente descrito e comprovado, não foi elidido pelos argumentos de defesa.

Assinalam que CONSEF já se posicionou anteriormente quanto ao cometimento desta mesma infração pelo autuado, conforme Acórdão JJF nº 0080-04/11 da 4ª Junta de Julgamento Fiscal, relativo ao Auto de Infração nº 279.877.0004/10-5, cuja ementa transcrevem. Acrescentam enfatizando que esse mesmo entendimento expressou a 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do CONSEF, no julgamento de Recurso Voluntário contra decisão da 1ª JJF pela Procedência do Auto de Infração 269358.0007/12-9, consoante Acórdão JJF nº 0284/01/12.

Concluem, pugnano pela manutenção integral do crédito tributário lançado no presente processo administrativo fiscal.

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 referencia 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 acerca 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.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **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 autuado 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 n.º 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de março de 2014.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA