

A. I. Nº - 206828.0007/13-2
AUTUADO - INDÚSTRIA DE LATICÍNIOS PALMEIRA DOS ÍNDIOS S/A ILPISA
AUTUANTES - PEDRO GOMES CARNEIRO, LUIZ CARVALHO DA SILVA, ALEXANDRE
ALCÂNTARA DA SILVA e KÁTIA MARIA DACACH MACHADO FRAGUAS
ORIGEM - IFEP SUL
INTERNET - 10/07/2014

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0138-03/14

EMENTA: ICMS. 1. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA DETERMINAÇÃO. RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. Parte do débito encontra-se em discussão judicial por meio de Mandado de Segurança, ficando prejudicada a defesa. Em relação aos demais valores apurados pela fiscalização, ficou comprovado que o autuado deixou de efetuar o recolhimento devido. Infração mantida. 2. DOCUMENTOS DE INFORMAÇÕES ECONÔMICO-FISCAIS. DMA. DECLARAÇÃO INCORRETA DE DADOS. MULTA. Ficou comprovado o descumprimento da obrigação acessória, sendo devida a multa exigida. Infração caracterizada. Rejeitada a preliminar de nulidade e indeferido o pedido de diligência fiscal. Defesa prejudicada quanto a parte do item 01 objeto de discussão judicial. Exigência fiscal. **PROCEDENTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 28/06/2013, refere-se à exigência do crédito tributário no valor total de R\$563.366,49, em decorrência das seguintes infrações:

Infração 01: Recolhimento do ICMS efetuado a menos em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de janeiro de 2009 a dezembro de 2010. Valor do débito: R\$563.226,49. Multa de 60%.

Consta na descrição dos fatos que o autuado promoveu saídas internas de mercadorias como, leite condensado, creme de leite, bebida mista, leite achocolatado e outras com redução da base de cálculo em 41,175%, reduzindo a carga tributária para 10%, sem amparo legal. Também reduziu a carga tributária do produto composto lácteo para 7%, dando-lhe tratamento tributário de leite em pó, indevidamente, tendo em vista tratar-se de produto diverso do leite, nos termos da Instrução Normativa 28/07, do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, tudo conforme demonstrativos elaborados, denominados Erro na Determinação da Alíquota – 2009 e 2010. O conteúdo dos referidos demonstrativos consta no CD também anexado ao PAF, do qual foi entregue uma via ao preposto do contribuinte.

Infração 02: Declaração incorreta de dados nas informações econômico-fiscais apresentadas através de DMA, sendo exigida multa de R\$140,00.

De acordo com a descrição dos fatos, na DMA de janeiro e fevereiro de 2010 foram informados valores divergentes dos escriturados no livro Registro de Entradas, conforme cópias reprográficas acostadas ao PAF.

O autuado apresentou impugnação às fls. 54 a 66 do PAF. Após fazer uma síntese dos fatos, alega nas considerações iniciais que ao efetuar uma análise da infração 01 constatou que grande parte das irregularidades apontadas pelo autuante se refere às saídas praticadas pelo defendente a título de bonificações, assunto que atualmente se encontra em discussão judicial, cujo autor é o impugnante. Informa que nesta ação, é discutida a ilegalidade da cobrança do ICMS nas suas

saídas praticadas a título de bonificações, porque tais saídas estão equiparadas a descontos incondicionais e, como tal, não deveria ocorrer a incidência do ICMS. Também informa que no presente momento a referida ação judicial possui sentença de mérito que acolhe a tese do impugnante, tendo sido determinado pela 4ª Vara de Fazenda Pública que o Estado da Bahia, através da Secretaria da Fazenda, deveria abster-se de autuar o defendente em relação aos procedimentos já adotados naquela época, de não reconhecer na base de cálculo do ICMS os valores relativos às suas saídas em bonificações. Diz que se trata do Mandado de Segurança nº 692527-9/2005, que se encontra no Tribunal de Justiça da Bahia desde 18/02/2010, e cuja sentença de mérito foi publicada no Diário Oficial do Poder Judiciário no dia 07/02/2008. Salienta que o autuante não cumpriu a determinação judicial contida na sentença de mérito, e em diversas infrações que fazem parte deste Auto, cobrou o ICMS nas saídas praticadas a título de bonificações.

Informa, ainda, que na análise do mérito, irá mencionar a ocorrência da cobrança do ICMS nas saídas em bonificações, para demonstrar alguns exemplos, para que esta JJF possa determinar a suspensão da exigibilidade do crédito tributário até decisão final da lide pelo Poder Judiciário, conforme previsto no art. 117 do RPAF/99.

Em relação ao mérito, o defendente informa que identificou nos anexos relacionados à infração 01, diversas notas fiscais de bonificações, CFOP 5910, e solicita a esta JJF que considere esta infração suspensa até o julgamento final da ação judicial de que se trata esta matéria. A título de exemplo seleciona algumas notas fiscais, conforme planilha que elaborou às fls. 58/59. Salienta que nesta seleção aleatória identificou apenas notas fiscais com valores superiores a R\$500,00, em função da grande quantidade de bonificações utilizadas no levantamento fiscal. Diz que constatou que o Fisco incluiu no ano de 2009 um total de 181 notas fiscais de bonificações e no ano de 2010, um total de 269 documentos fiscais.

Alega que além dessa questão das bonificações, submete à apreciação deste órgão julgador mais um argumento capaz de reduzir substancialmente o valor cobrado na infração 01. Informa que foi habilitado ao Programa Desenvolve, conforme Resolução nº 47/2003 e, posteriormente, através da Resolução 181/2006, foi excluído do referido programa. Não conformado, impetrou ação judicial (Ação Ordinária nº 1449051-8/2007), solicitando sua reintegração, onde logrou êxito, retornando ao status de habilitado desde o seu início em 2003. Diz que a matéria já é de conhecimento tanto do autuante quanto da Procuradoria Geral do Estado da Bahia, e o fato relevante é que o impugnante, durante os exercícios de 2009 e 2010, estava habilitado ao Programa Desenvolve, não importando se administrativamente ou através de decisão judicial.

Apresenta o entendimento de que, por estar habilitado ao Desenvolve durante o período fiscalizado, o cálculo mensal do imposto era feito de acordo com o benefício que lhe permite dilatar até 80% do seu saldo devedor, e posteriormente liquidá-lo com até 80% de desconto, não tendo cabimento cobrar no Auto de Infração 100% do valor do ICMS supostamente devido, desprezando os percentuais de redução relativos tanto em relação a parcela não dilatada do imposto quanto a dilatada. Diz que o ICMS supostamente pago a menos passa a fazer parte do saldo devedor do impugnante, o que significa que o benefício do Desenvolve alcançaria essa parcela, fato não considerado pela fiscalização no momento da apuração do débito na infração 01.

Analisando sob a ótica estritamente financeira, o defendente afirma que o benefício do Desenvolve permitiria, por exemplo, que a diferença de ICMS apontada pelo fisco no seu levantamento, basicamente, 7% pudesse ser desmembrada. Que o fisco, no momento da quantificação deveria ter aplicado a alíquota de forma proporcional em função do desconto da parcela dilatada e da não dilatada, o que daria uma alíquota próxima de 2,52% e não 7%. Pede que esta JJF decida que em relação à infração 01, não seja aplicada uma alíquota cheia de 7%, desprezando os efeitos do Desenvolve.

O defendente informa que outro argumento que poderá acarretar uma redução de no mínimo 75% do valor da infração diz respeito à natureza de suas atividades, qual seja, a de fabricação de produtos derivados do leite. Diz que efetua 75% de suas vendas para microempresas e/ou empresas de pequeno porte e, como tal, teria sua alíquota interna reduzida para 7%, conforme art. 51, inciso I, alínea “c” do RICMS/BA, vigente à época do período autuado. Informa que tendo em vista a grande quantidade de notas fiscais utilizadas no levantamento do fisco (6.910 documentos em 2009 e 6.102 documentos em 2010), não foi possível para o impugnante verificar, uma a uma, quais dessas notas fiscais se referiam a microempresas ou empresas de pequeno porte. Para justificar um pedido de diligência que possa refazer o trabalho do fisco, o defendente apresenta algumas notas fiscais utilizadas como exemplo: NFs 044726, 044736, 044748, 044800. Diz que numa amostragem de seis notas fiscais ficou comprovado que quatro delas foram tratadas de maneira equivocada pelo fisco em seu levantamento, percebendo-se claramente o grande prejuízo que poderá sofrer o defendente, caso o levantamento fiscal não seja refeito. Requer a conversão do PAF em diligência à ASTEC para refazer o levantamento, eliminando a totalidade dos documentos fiscais que se referem a microempresa e empresa de pequeno porte, reduzindo consideravelmente o total cobrado na infração 01.

Quanto ao item 02 da autuação, por se tratar de uma infração relativa à cobrança de multa, o defendente requer seja avaliada diretamente pela Câmara Superior do CONSEF, alegando que a previsão para tal encaminhamento encontra-se inserida no art. 159 do RPAF/BA. Trata-se de pedido de aplicação de equidade, que justifica não apenas a apreciação pelo CONSEF, mas também a própria anulação desta infração pela Câmara Superior deste órgão.

O defendente alega que o erro de escrituração apontado pelo fisco foi meramente acessório, sem causar quaisquer prejuízos ao erário, e relativo a apenas dois meses (janeiro e fevereiro de 2010), dos vinte e quatro analisados, o que representa uma margem mínima de erro.

Entende que, por ficar configurado que não ocorreu má-fé, deve ser dispensada integralmente a multa relativa à infração 02.

Por fim, o defendente reafirma o pedido para que seja suspensa a exigência da infração 01, nos termos do art. 117 do RPAF. Caso o pedido não seja acatado, requer a realização de diligência à ASTEC para ser refeito o levantamento fiscal e que seja considerada a redução proporcionada pelo Desenvolve. Reitera o pedido para ser apreciada a multa constante na infração 02 pela Câmara Superior do CONSEF.

Os autuantes prestaram informação fiscal às fls. 93 a 103 dos autos. Quanto à infração 01, ressaltam que o autuado, de um modo geral, não nega a existência de redução da carga tributária em suas saídas internas, apontadas no levantamento fiscal.

Quanto ao primeiro assunto alegado pelo defendente, os autuantes dizem que, sem querer entrar no mérito da sentença mencionada pelo autuado, consideram a equiparação uma impropriedade contábil. Entendem que não parece razoável a proibição de o Estado constituir o crédito tributário, sob pena de esse crédito ser alcançado pela decadência. Dizem que tentaram obter informações acerca do estágio em que se encontra o MS 692527-9/2005, mas devido a alterações no sistema de numeração de processo não obtiveram êxito. Acreditam que, se necessário, a PGE/PROFIS poderá oferecer uma solução para o assunto.

Sobre o segundo argumento defensivo, relativamente à condição do autuado de habilitado ao Desenvolve, dizem que o autuado esquece que para a fluência do benefício fiscal existem regras a serem observadas, como pressupõe o art. 3º do Regulamento do Desenvolve. Informam que o saldo devedor mensal pressupõe uma escrituração fiscal regular, e o defendente não escriturou os valores apurados pela fiscalização e não recolheu os 20% devidos à época, o que por si só já provocaria a perda do direito ao benefício, conforme art. 18 do citado Regulamento do Desenvolve.

Sobre o terceiro argumento defensivo, referente à exclusão das notas fiscais destinadas a microempresas e empresas de pequeno porte, informam que o correto seria o autuado requerer a exclusão dos itens de mercadorias constantes nas notas fiscais destinadas a ME e EPP, tendo em vista que naquelas notas fiscais há expressiva quantidade de mercadorias produzidas por terceiros, faturadas com o CFOP 5102, que em hipótese alguma se enquadrariam na situação alegada.

Também argumentam que, mesmo que as mercadorias produzidas pelo autuado e aquelas adquiridas de terceiros sejam objeto de benefício fiscal, o imprescindível não foi observado pelo defendente, haja vista que se trata do repasse obrigatório do valor aproximado do desconto que deveria constar expressamente nas notas fiscais. Dizem que em nenhuma das notas fiscais observou-se o cumprimento da obrigação taxativa no § 1º, inciso II do art. 51 do RICMS/97.

Citam exemplos e dizem que, antes de o defendente alegar que foram oferecidos os mencionados descontos, salientam que em todas as notas fiscais contém descontos comerciais destinados a quaisquer tipos de contribuintes, conforme fls. 36 a 41 do PAF. Dizem que este foi o motivo pelo qual os autuantes não se preocuparam em segregar as operações destinadas a microempresas e empresas de pequeno porte das demais. Afirmam que esse trabalho é dispensável, bem como a conversão do PAF em diligência à ASTEC.

Quanto à infração 02, dizem que não há o que contestar, tendo em vista que o defendente confessa literalmente o cometimento da irregularidade. O seu requerimento para a questão ser avaliada pela Câmara Superior do CONSEF, acreditam tratar de uma “queima de etapas” não prevista na legislação pertinente. Para recorrer-se à Câmara Superior é necessário o julgamento pela subsistência da autuação, o que o autuado já reconheceu. Finalizam pedindo a procedência do presente Auto de Infração.

Às fls. 108/109 esta Junta de Julgamento Fiscal encaminhou o presente processo em diligência à Infaz de origem solicitando que o autuante adotasse as seguintes providências:

1. Intimasse o autuado a apresentar cópia da sentença que decidiu pelo retorno à condição de habilitado ao Desenvolve desde o exercício de 2003, conforme alegado nas razões de defesa.
2. Se comprovada a condição de habilitado no Desenvolve, que os cálculos fossem ser refeitos considerando os parâmetros estabelecidos no mencionado Programa, na apuração do ICMS devido.
3. Quanto às saídas a título de bonificação, o defendente informou que a ação judicial possui sentença de mérito que acolhe a sua tese. Neste caso foi solicitado que fosse elaborado demonstrativo em separado, relativamente às operações com bonificação e outro demonstrativo referente às demais operações objeto da autuação fiscal.

Após as providências, que a Inspetoria Fiscal entregasse ao autuado de cópia de todos os elementos que fossem anexados aos autos pelo autuante; do encaminhamento de diligência e da informação fiscal às fls. 93/103, com a indicação do prazo de dez dias para o mesmo se manifestar, querendo, sobre os elementos a ele fornecidos.

O autuante Luiz Carvalho da Silva prestou nova informação fiscal às fls. 112 a 115, dizendo que em 14/01/2014 foi expedida intimação para que o autuado apresentasse cópia da sentença que decidiu pelo seu retorno à condição de habilitado ao Desenvolve. Diz que em resposta, o defendente enviou por *e-mail* a sentença da Ação Declaratória 1449051-5/2007, com decisão que lhe é favorável, acompanhada de cópia da inicial do processo. Consultando o *site* do TJBA, constatou que o antigo processo, nº 1449051-5/2007, recebeu novo número 0013922-55.2007.8.05.000, na classe Agravo de Instrumento, tendo sido julgado e baixado em 11/04/2008. Informa que a decisão foi pelo provimento parcial, o que diverge da decisão de primeira instância, mas não foram obtidas outras informações sobre o teor da decisão final.

Se a justiça decidiu pela permanência da habilitação e eliminação do piso regulamentar de R\$192.057,65, o autuante considera uma impropriedade conceder benefício fiscal sobre parcela do imposto apurada pela fiscalização e não escriturada pelo autuado, entendendo que o Contribuinte perdeu a tempestividade exigida pela legislação para fruição do benefício fiscal e, consequentemente, o direito a ele. Transcreve o art. 18 do Decreto 8.208/02 e diz que não há como ignorar que, em relação aos valores apurados pela fiscalização e constantes no presente lançamento, o autuado deixou de recolher ao Tesouro Estadual, na data regulamentar, a parcela do ICMS não sujeita à dilação de prazo, o que resulta na perda do benefício correspondente a esses valores. Também informa que o defendente deixou de cumprir o determinado no art. 5º e seus § 1º e 2º, que transcreveu.

Quanto ao Mandado de Segurança nº 0044787-29.2005.8.05.0001, diz que a decisão judicial favorece ao defendente, e o recurso de Apelação Cível interposto pelo Estado da Bahia foi considerado não provido, mas houve Recurso Especial que se encontra em tramitação.

Em cumprimento ao solicitado na diligência, o autuante informa que foram elaborados novos demonstrativos relativos a operações com bonificações e outro relativo às demais operações para cada exercício (2009 e 2010), gravados em mídia CD, em duas vias, sendo uma anexada ao PAF e outra fornecida ao preposto do autuado.

O autuante discorda da decisão judicial e afirma que os conceitos de desconto incondicional e de bonificação são absolutamente inconciliáveis, e existem incontáveis decisões do CONSEF favoráveis ao lançamento do imposto em saídas a título de bonificações. Como o defendente requer à fl. 57, concorda o autuante que, diante da determinação judicial, cuja discussão não cabe na esfera administrativa, a exigibilidade do crédito tributário deve ser suspensa até o deslinde da questão, motivo pelo qual, o autuante entende que neste aspecto, seja considerada procedente a autuação, com suspensão da exigibilidade, por estar em harmonia com os princípios contábeis e as disposições regulamentares.

O defendente se manifestou às fls. 160 a 168, contestando o procedimento adotado pelo autuante, de não acatar a determinação de refazer os cálculos da autuação, considerando os parâmetros estabelecidos no Programa Desenvolve. Diz que o autuante preferiu agir como julgador, apresentando argumento defensivo ao seu posicionamento e não efetuou os cálculos solicitados.

Afirma que, se a empresa possui um benefício fiscal que lhe permite dilatar até 80% do saldo devedor e, posteriormente liquidá-lo com até 80% de desconto, não tem cabimento cobrar no Auto de Infração 100% do valor do ICMS supostamente devido, desprezando-se, nesta cobrança, os percentuais de redução relativos tanto em relação à parcela não dilatada do imposto quanto a dilatada. Ressalta que a alegação do Fisco na infração 01, de que o impugnante utilizou uma base de cálculo menor que a devida, irá repercutir no saldo devedor apurado em cada mês, e sobre este ocorre a incidência dos cálculos relativos ao Programa Desenvolve. Diz que o benefício fiscal do Desenvolve permite, por exemplo, que a diferença de ICMS apontada pelo Fisco no seu levantamento, basicamente de 7%, pudesse ser desmembrada da seguinte forma: 1,4% à vista e 5,6% dilatado para 6 anos, sendo que a parcela dilatada poderá ser liquidada por 20% do seu valor, ou seja 1,12%. Entende que o Fisco deveria, no momento da quantificação da suposta infração, ter aplicado a alíquota de forma proporcional. Diz que além desse erro, questiona a aplicação da alíquota de 17% na quantificação dos valores, porque, pela própria natureza de sua atividade, qual seja, a fabricação de produtos derivados do leite, efetua 75% de suas vendas para microempresas e/ou empresas de pequeno porte e, como tal, teria sua alíquota interna reduzida para 7%, conforme art. 51, inciso I, alínea “c” do RICMS-BA/97, vigente à época dos períodos autuados.

Considerando a grande quantidade de notas fiscais utilizadas no levantamento fiscal, informa que não foi possível verificar, uma por uma, quais dessas notas fiscais se referiam a microempresas ou empresas de pequeno porte, o que seria impossível pela estrutura enxuta que possui a empresa. Também entende que cabe ao Fisco, no seu levantamento, apurar a informação e, sendo constatado se tratar de microempresa, sequer incluir os documentos no seu levantamento.

Informa que apresentou na sua defesa, como exemplo do desacerto da autuação, as notas fiscais de números 044726, 044736, 044748, 044800, para comprovar que se trata de documentos emitidos para microempresas ou empresas de pequeno porte.

Salienta que na informação fiscal, o autuante reconhece que, pela política da empresa, em todas as notas fiscais emitidas são concedidos descontos a seus clientes, o que atenderia o disposto na legislação relativa às operações praticadas com microempresas e empresas de pequeno porte. Transcreve o § 1º e incisos I e II do art. 51 do RICMS-BA/97 e afirma que em todas as notas fiscais emitidas consta nos campos próprios para desconto nos documentos fiscais, pouco importando para o deslinde da questão, se são oferecidos descontos para outras empresas que não sejam microempresas ou empresas de pequeno porte.

Requer a conversão do PAF em diligência para que a ASTEC desta SEFAZ possa refazer o levantamento fiscal, eliminando a totalidade dos documentos fiscais que se referem a microempresas e empresas de pequeno porte, o que irá diminuir consideravelmente o total cobrado na infração 01. Também requer que a infração 01 seja suspensa, nos termos do art. 117 do RPAF, até julgamento final da ação judicial relativa às saídas em bonificações, por terem relação com o objeto da demanda judicial. Finalmente, considerando os efeitos oriundos do Programa Desenvolve sobre o saldo devedor mensal do ICMS, requer que os cálculos relativos à infração 01 sejam refeitos, considerando a redução proporcional pelo mencionado Programa.

Nova informação fiscal foi prestada pelo autuante às fls. 176 a 178, dizendo que em relação ao posicionamento de não refazer os cálculos para manter os benefícios do Desenvolve sobre os valores apurados pela fiscalização, nada tem a ver com “uma postura de julgadores”. Os autuantes dizem que querem crer que as disposições legais citadas às fls. 113/114, na forma como foram colocadas, possam convencer os julgadores quanto à desnecessidade do procedimento. Se não for esse o entendimento conclusivo da 3ª JF e o recálculo tiver mesmo que ser realizado pela ASTEC ou pelos autuantes, desde já, lembram que não se trata de simples aplicação de alíquotas diferenciadas sobre os valores autuados, como sugere o impugnante, tendo em vista que nesses valores estão incluídas operações de produtos recebidos em transferência de outros estabelecimentos da empresa, ou adquiridos de terceiros, o que não se vê claramente pelo CFOP de expressiva parte das operações, as quais, em hipótese alguma, gozam do benefício do Desenvolve.

Quanto às operações destinadas a microempresas e empresas de pequeno porte, com alíquota reduzida de 7%, dizem que se trata de assunto que sequer faz parte da diligência. Esclarecem que as condições para fruição do benefício estabelecido no § 1º do art. 51 do RICMS/97 existem para serem observadas na íntegra. Citam a Instrução Normativa 38/94, e dizem que embora tenha sido editada em contexto regulamentar não mais vigente, ainda guarda o mesmo princípio.

No que se refere às saídas a título de bonificações, os autuantes dizem que cumpriram fielmente os termos da diligência, produzindo os demonstrativos exigidos e uma via foi fornecida ao autuado. Mantêm o seu posicionamento no sentido de considerarem as operações como regularmente tributadas, em que pese a decisão judicial favorável ao impugnante, pendente de julgamento de Recurso do Estado da Bahia. Entendem que essas operações devem ser julgadas procedentes, com suspensão da exigibilidade do imposto correspondente, até o deslinde da questão.

VOTO

De acordo com a descrição dos fatos constante no presente Auto de Infração a acusação fiscal foi efetuada de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada relativamente às irregularidades apuradas, não foi constatada violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos, estando o presente processo revestido das formalidades legais.

O defendente requereu a conversão do PAF em diligência solicitando que a ASTEC desta SEFAZ refizesse o levantamento fiscal. Fica indeferido o mencionado pedido, com base no art. 147, inciso I, do RPAF/99, tendo em vista que os elementos contidos nos autos são suficientes para a análise dos fatos e conclusões acerca da lide. Diante do levantamento fiscal e com base nos documentos acostados aos autos, cujas cópias foram fornecidas ao autuado, mediante recibo, não foi constatada a existência de dúvida que resultasse no refazimento dos cálculos por preposto da ASTEC, por isso, indefiro o pedido de diligência fiscal formulado pelo autuado em sua impugnação.

No mérito, o primeiro item do presente Auto de Infração trata de recolhimento do ICMS efetuado a menos em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de janeiro de 2009 a dezembro de 2010.

Nas informações prestadas em complemento, os autuantes dizem que o defendente promoveu saídas internas de mercadorias como, leite condensado, creme de leite, bebida mista, leite achocolatado e outras com redução da base de cálculo em 41,175%, reduzindo a carga tributária para 10%, sem amparo legal. Também reduziu a carga tributária do produto composto lácteo para 7%, dando-lhe tratamento tributário de leite em pó, indevidamente, tendo em vista tratar-se de produto diverso do leite, nos termos da Instrução Normativa 28/07, do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, tudo conforme demonstrativos elaborados, denominados Erro na Determinação da Alíquota – 2009 e 2010.

O defendente alegou que possui sentença de mérito que acolhe a sua tese, tendo sido determinado pela 4ª Vara de Fazenda Pública que o Estado da Bahia, através da Secretaria da Fazenda, deveria abster-se de autuar o defendente em relação aos procedimentos já adotados naquela época, de não reconhecer na base de cálculo do ICMS os valores relativos às suas saídas em bonificações. Disse que se trata do Mandado de Segurança nº 692527-9/2005, que se encontra no Tribunal de Justiça da Bahia desde 18/02/2010, e cuja sentença de mérito foi publicada no Diário Oficial do Poder Judiciário no dia 07/02/2008. Também alegou que o autuante não cumpriu a determinação judicial contida na sentença de mérito, e em diversas infrações que fazem parte deste Auto, cobrou o ICMS nas saídas praticadas a título de bonificações.

Conforme cópia do Diário Oficial do Poder Judiciário à fl. 89 deste PAF, consta decisão referente ao Mandado de Segurança nº 692527-9/2005, tendo sido determinado pela 4ª Vara de Fazenda Pública que “a autoridade coatora se abstenha de exigir que a impetrante proceda à inclusão dos descontos não condicionados concedidos na forma de bonificação na base de cálculo do ICMS relativo à operação de circulação de mercadorias por ela praticadas...que se abstenha de autuar a impetrante em relação aos procedimentos eventualmente já dotados...”, de não reconhecer na base de cálculo do ICMS os valores relativos às suas saídas em bonificações.

Observo que sendo a matéria objeto de Mandado de Segurança, com decisão favorável ao autuado, considera-se esgotada a instância administrativa em decorrência da escolha da via judicial pelo sujeito passivo, ficando prejudicada a defesa interposta, conforme art. 117 do RPAF/99.

Foi encaminhada diligência por esta Junta de Julgamento Fiscal solicitando que fosse elaborado demonstrativo em separado, relativamente às operações com bonificação e outro demonstrativo referente às demais operações objeto da autuação fiscal. Os autuantes cumpriram os termos da diligência, produzindo os demonstrativos exigidos, conforme CD à fl. 156, e uma via foi fornecida ao autuado.

No mencionado CD foram elaborados quatro demonstrativos: dois demonstrativos denominados “Erro na Determinação B Cálculo CFOP 5910 e dois demonstrativos denominados “Erro na Determinação B Cálculo exceto CFOP 5910”. Nos demonstrativos referentes ao CFOP 5910 foram apurados valores mensais totalizando R\$4.025,39.

Assim, nos termos do art. 122, incisos II e IV do RPAF/99, considero prejudicada a defesa quanto aos valores relativos às saídas em bonificações (CFOP 5910, totalizando R\$4.025,39 – CD à fl. 156), em decorrência do ingresso do sujeito passivo em juízo relativamente à matéria objeto da lide e o PAF deverá ser remetido à PGE/PROFIS para adoção das providências de sua alçada.

O autuado alegou, ainda, que foi habilitado ao Programa Desenvolve, conforme Resolução nº 47/2003 e, posteriormente, através da Resolução 181/2006, foi excluído do referido programa. Não conformado, impetrou ação judicial (Ação Ordinária nº 1449051-8/2007), solicitando sua reintegração, onde logrou êxito, retornando ao status de habilitado desde o seu início em 2003. Apresentou o entendimento de que, por estar habilitado ao Desenvolve durante o período fiscalizado, o cálculo mensal do imposto era feito de acordo com o benefício que lhe permite dilatar até 80% do seu saldo devedor, e posteriormente liquidá-lo com até 80% de desconto, não tendo cabimento cobrar no Auto de Infração 100% do valor do ICMS supostamente devido, desprezando os percentuais de redução relativos tanto em relação a parcela não dilatada do imposto quanto a dilatada. Disse que o ICMS supostamente pago a menos passa a fazer parte do saldo devedor do impugnante, o que significa que o benefício do Desenvolve alcançaria essa parcela, fato não considerado pela fiscalização no momento da apuração do débito na infração 01.

O Programa Desenvolve tem como objetivos, estimular a instalação de novas indústrias, bem como estimular a expansão, reativação ou modernização de empreendimentos industriais, estando previsto no art. 3º do Regulamento do mencionado Programa, que o Conselho Deliberativo do DESENVOLVE poderá conceder dilação de prazo de até 72 meses para o pagamento de até 90% do saldo devedor mensal do ICMS, relativo às operações próprias, gerado em razão dos investimentos constantes dos projetos aprovados pelo Conselho Deliberativo.

Por outro lado, o art. 18 do mesmo Regulamento, prevê que 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.

No levantamento efetuado pela fiscalização foi apurado que houve recolhimento a menos do imposto em decorrência de erro na determinação da base de cálculo, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de janeiro de 2009 a dezembro de 2010, e tal fato implica perda do benefício com base no art. 18 do Decreto nº 8.205/02 em relação às parcelas não recolhidas tempestivamente.

Não se trata de desenquadramento do Programa Desenvolve, como entendeu o autuado, haja vista que a exigência do imposto no presente Auto de Infração ocorreu em decorrência da constatação de que não houve recolhimento de parte do ICMS, sendo informados na descrição dos fatos os motivos que levaram os autuantes a efetuar o levantamento fiscal e apurar o imposto exigido.

Concordo com o posicionamento dos autuantes de que não há como ignorar que, em relação aos valores apurados pela fiscalização e constantes no presente lançamento, o autuado deixou de recolher ao Tesouro Estadual, na data regulamentar, a parcela do ICMS não sujeita à dilação de prazo, o que resulta na perda do benefício correspondente a esses valores, ou seja, o fato apurado implica perda do benefício com base no art. 18 do Decreto nº 8.205/02, por isso, não se aplica os percentuais de redução alegados nas razões de defesa.

O defendente também alegou que realizou vendas para microempresas e/ou empresas de pequeno porte e, como tal, teria sua alíquota interna reduzida para 7%, conforme art. 51, inciso I, alínea “c” do RICMS-BA/97, vigente à época dos períodos autuados.

Para melhor entendimento da matéria em análise, transcrevo abaixo o dispositivo do RICMS/97, que estabeleceu o benefício e a condição para a sua utilização:

Art. 51. Não se aplicará o disposto no inciso I do artigo anterior, quando se

tratar das mercadorias e dos serviços a seguir designados, cujas alíquotas são as seguintes:

I - 7% nas operações com:

c) mercadorias saídas de quaisquer estabelecimentos industriais situados neste Estado cujo imposto seja calculado pelo regime normal de apuração, destinadas a microempresas, empresas de pequeno porte e ambulantes, quando inscritas como tais no cadastro estadual, exceto em se tratando de mercadorias efetivamente enquadradas no regime de substituição tributária (art. 353, II e IV) e de mercadorias consideradas supérfluas (alíneas "a" a "j" do inciso II do presente artigo);

§ 1º Para efeito e como condição de aplicação da alíquota de 7%, em função do previsto na alínea "c" do inciso I deste artigo:

I - equipara-se a estabelecimento industrial a filial atacadista que exerça o comércio de produtos industrializados por outro estabelecimento da mesma empresa;

II - o estabelecimento industrial ou a este equiparado na forma do inciso anterior obriga-se a repassar para o adquirente, sob a forma de desconto, o valor aproximadamente correspondente ao benefício resultante da adoção da alíquota de 7% em vez da de 17%, devendo a redução constar expressamente no respectivo documento fiscal.

Nas informações fiscais os autuantes esclareceram que nas notas fiscais emitidas pelo defendente há expressiva quantidade de mercadorias produzidas por terceiros, faturadas com o CFOP 5102, que em hipótese alguma se enquadrariam na situação alegada. Citam exemplos e dizem que em todas as notas fiscais contém descontos comerciais destinados a quaisquer tipos de contribuintes, conforme fls. 36 a 41 do PAF. Dizem que este foi o motivo pelo qual não segregaram as operações destinadas a microempresas e empresas de pequeno porte das demais.

Observo que o dispositivo regulamentar reproduzido neste voto prevê que ao aplicar a alíquota de 7%, o estabelecimento vendedor deve repassar ao adquirente, sob a forma de desconto o valor correspondente ao benefício resultante da adoção da redução, estando comprovado pelas cópias das notas fiscais acostadas aos autos que não foi considerado o mencionado desconto na forma prevista na legislação.

Entendo que não basta fazer uma observação de que foi calculado o imposto aplicando uma “Alíquota Especial de 7% e desconto de 10%”, haja vista que conforme estabelece a legislação, o desconto deve ser destacado no documento fiscal, no valor aproximadamente correspondente ao benefício resultante da adoção da alíquota de 7%. O benefício fiscal é condicionado, e quando o reconhecimento de benefício depende de condição que não foi satisfeita, o tributo deve ser considerado devido.

Constato que parte do débito encontra-se em discussão judicial por meio de Mandado de Segurança, ficando prejudicada a defesa, e em relação aos demais valores apurados pela fiscalização, ficou comprovado que o autuado deixou de efetuar o recolhimento devido. Concluo pela procedência parcial deste item do presente lançamento, no valor total de R\$559.198,78 (conforme Demonstrativos constantes no CD à fl. 156, denominados “Erro na Determinação da B. Cálculo exceto CFOP 5910” correspondentes aos exercícios de 2009 e 2010), considerando que em relação aos valores relativos à inclusão dos descontos não condicionados concedidos na forma de bonificação na base de cálculo do ICMS, no valor total de R\$4.025,39, a defesa foi considerada prejudicada em decorrência do ingresso do sujeito passivo em juízo relativamente à matéria objeto da lide.

Infração 02: Declaração incorreta de dados nas informações econômico-fiscais apresentadas através de DMA, sendo exigida multa de R\$140,00.

As informações prestadas na DMA (Declaração e Apuração Mensal do ICMS) são fundamentais para o gerenciamento fiscal da situação do contribuinte, para planejamento fiscal e para o cálculo dos valores a serem destinados a cada município, considerando a previsão constitucional da participação dos municípios na arrecadação estadual do ICMS.

O autuado não apresentou qualquer elemento para contrapor a acusação fiscal, ficando comprovado o descumprimento da obrigação acessória, haja vista que apenas requereu que a apreciação fosse realizada pela Câmara Superior do CONSEF.

Não acato o pedido formulado pelo defendente para que seja reduzida ou cancelada a multa exigida, tendo em vista que não ficou comprovado nos autos que a falta de cumprimento da obrigação acessória não implicou falta de recolhimento de tributo, consoante o disposto no art. 158 do RPAF/99, e nesta fase processual não há previsão regulamentar para requerer apreciação pela Câmara Superior do CONSEF, como entendeu o defendente. Mantida a exigência fiscal.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração e considerar prejudicada a defesa quanto à parte do item 01, objeto de Mandado de Segurança.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PREJUDICADA** a defesa apresentada quanto a parte da infração 01 objeto de discussão judicial, e julgar **PROCEDENTE** o segundo item e parte do item 01 do Auto de Infração nº 206828.0007/13-2, lavrado contra **INDÚSTRIA DE LATICÍNIOS PALMEIRA DOS ÍNDIOS S/A ILPISA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$563.226,49**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$140,00**, prevista no art. 42, inciso XVIII, alínea “c”, da mesma Lei, e dos acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei 9.837/05, ficando suspensa a exigibilidade do Crédito Tributário em relação ao valor de **R\$4.025,39**, até decisão final pelo Poder Judiciário. O PAF deverá ser remetido à PGE/PROFIS para adoção das providências de sua alçada.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de junho de 2014

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA