

A. I. Nº - 278936.0008/14-0
AUTUADO - INDÚSTRIA DE LATICÍNIOS PALMEIRA DOS ÍNDIOS S.A. - ILPISA
AUTUANTE - LUCIANO DE SOUZA VELOSO
ORIGEM - IFEP SUL
INTERNET - 10.04.2015

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0052-04/15

EMENTA: ICMS. 1. IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS. O contribuinte utilizou, para a apuração do ICMS mensal, ajuste de crédito do Programa DESENVOLVE sem possuir em vigor este benefício fiscal. Infração não elidida. 2. IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO. Exigência constatada na escrita fiscal digital – EFD do contribuinte. Cobrada a diferença do imposto que não foi lançado anteriormente em Débitos Declarados. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 04/08/2014, exige ICMS no valor de R\$1.628.187,82, em virtude do cometimento das seguintes irregularidades contra a legislação tributária deste Estado:

Infração 01 – Deixou de recolher o ICMS em decorrência de erro na apuração do imposto. Período: janeiro a junho de 2014. Valor: R\$1.622.098,48 com multa de 60%.

Consta na descrição do fato que “o contribuinte era beneficiário do Programa Desenvolve, conforme resolução nº 47/2003, com prazo de vigência de setembro/2013 a setembro/2015, num total de 12 anos para fruição dos benefícios; todavia em razão de sentença judicial, o benefício teve seus efeitos retroativos a janeiro de 2002, consequentemente o prazo de fruição expirou em janeiro de 2014; apesar do término do direito ao benefício fiscal, o contribuinte continuou apurando o imposto considerando o benefício do Desenvolve, como se ainda beneficiário fosse. Diante do exposto, o valor total lançado como “Outros créditos para ajuste da apuração ICMS Desenvolve” torna-se indevido. Contribuinte utilizou, indevidamente para apuração do imposto, um ajuste de crédito ao Programa Desenvolve sem possuir o benefício do Programa”.

Infração 02 – Deixou de recolher o ICMS, no prazo regulamentar, referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios – período: abril e maio de 2014. Valor: R\$6.089,32 com multa de 60%.

Consta na descrição do fato que “contribuinte não recolheu o ICMS devido lançado na sua Escrituração Fiscal Digital; parte deste imposto já foi objeto de cobrança conforme débito declarado e por este motivo o débito desta infração refere-se apenas a diferença devida, conforme abaixo:

Período 04/2014	
Saldo devedor - Reg. Fiscais da Apur. do ICMS - Operações próprias	128.837,91
Valor lançado Débito Declarado nº 850000.2383/14-0	124.548,57
Diferença	4.289,34
Período 05/2014	
Saldo devedor - Reg. Fiscais da Apur. do ICMS - Operações próprias	69.292,94
Valor lançado Débito Declarado nº 850000.2853/14-6	67.492,94

Diferença	1.800,00
-----------	----------

O contribuinte, por representante legalmente constituído (fls. 47/53), impugna o lançamento fiscal. Após fazer uma síntese da autuação, informa que ingressou perante o Tribunal de Justiça da Bahia, em março de 2007, com ação judicial pleiteando não, e apenas, o seu retorno ao programa DESENVOLVE, mas também, a eliminação do piso inicialmente estipulado.

Apresenta um breve resumo da demanda judicial a qual se refere:

1. Quando da 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. Na prática, este piso implicou em significativa redução do montante do benefício que a empresa esperava obter em face da legislação vigente quando da formulação do seu pedido.
2. 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.
3. Entretanto, como foi impossível prosseguir com o pagamento do ICMS exigido, foi excluído do Programa Desenvolve em 21/12/2006, após uma série de autuações fiscais.
4. Ingressou com uma ação judicial, em março/2007, pleiteando não apenas o seu retorno ao referido programa, mas também, a eliminação do piso inicialmente estipulado. Essa ação judicial já foi julgada em última instância pelo Tribunal de Justiça da Bahia, com ganho de causa para a empresa. Trata-se da Ação Ordinária Declaratória nº 1449051-5/2007.

E no bojo desta demanda judicial, em agosto/2007, houve uma perícia judicial, cujo objetivo foi o de apurar se a empresa, efetivamente, devia ao Estado da Bahia. Caso positivo, qual seria este valor, considerando nestes cálculos a exclusão do piso citado anteriormente e abatendo todos os recolhimentos de ICMS realizados, desde o início da sua habilitação ao Programa DESENVOLVE. E prossegue: *“O resultado desta perícia, que pode ser confirmado pela Procuradoria do Estado da Bahia, aponta que os recolhimentos efetuados pela 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 da Recorrente, que poderá ser utilizado para futuros recolhimentos de ICMS, oriundos do DESENVOLVE**”, o que resultaria no fato de que o presente lançamento fiscal “**pode estar totalmente liquidado na própria ação judicial, não cabendo mais nenhuma cobrança por parte do Estado**”.*

Por tudo exposto, solicita que o PAF seja convertido, inicialmente, em diligência à Procuradoria do Estado, visando provar de que o montante exigido na ação fiscal já se encontra devidamente compensado com os créditos a que tem direito, conforme ação judicial contra o Estado da Bahia, relativa ao Programa Desenvolve. E que o Auto de Infração seja julgado improcedente.

O fiscal autuante (fls. 63/39), após apresentar todas as razões de defesa, presta as seguintes informações:

1. Descabido 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, vez que o contribuinte poderia aclarar a situação 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.
2. Ressalta que a empresa vem, reiteradamente, usando tal argumento desde 2006 em sucessivos

lançamentos realizados para constituir crédito tributário pela falta de recolhimento do ICMS parcela não incentivada e, por conseguinte, a parcela incentivada. Diz que a “*perícia realizada nesta alegada ação judicial seria assim uma fonte secreta e inesgotável de onde jorraria créditos infinitos*”. E, por conta de tal argumento, reduziu, substancialmente e a partir dessa data, todos os recolhimentos do ICMS com o código “regime normal indústria”, o que propiciou diversas intervenções fiscais no período, inclusive a presente.

3. E neste momento acrescenta: “*No entanto, é completamente equivocado o proceder da impugnante. Uma vez vencedora em caráter definitivo na Ação Ordinária Declaratória intentada, por mais teratológica que seja a tese albergada, teria que promover a retificação dos registros fiscais e contábeis, lançando o suposto crédito, absorvendo, assim, os débitos por ela mesma apurados e exigidos por lançamentos de ofício levados a efeito no período, além de compensar-se com débitos normais apurados doravante. Após o que deveria retificar as informações econômico-fiscais prestadas mensalmente através das DMA’s e DPD. Em seguida deveria 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*” e não se agarrar a uma inexistente compensação automática do suposto crédito conforme alega. Observa de que compensação automática não existe, mesmo em decisões judiciais definitivas, pois necessárias ações para seu cumprimento. E que a ação do contribuinte na forma posta em sua impugnação contribuía para o descumprimento da decisão judicial em seu próprio desfavor, além de induzir intencionalmente o fisco a erro. Mas que a explicação deste fato quem dar é a própria empresa “*que não dispõe de uma decisão com trânsito em julgado, mas sim de uma sentença ainda não definitiva com antecipação dos efeitos da tutela, o que não empresta à tese a liquidez pretendida, nos termos preconizados no artigo 273 do CPC em vigor (Lei nº 5.869/73)*”.
4. Opina, ressaltando, que se a empresa sair vitoriosa na ação judicial para eliminar a utilização “*de um piso a partir do qual operaria o incentivo, não se estaria levando na devida conta que o incentivo foi concedido para expansão de atividades e não para sua implantação. Por óbvio, se a hipótese é de expansão de atividades, é lógico que o empreendimento é preexistente e, como tal, o incentivo deveria favorecer apenas o saldo devedor relacionado com as atividades incrementadas (daí o piso referido na Resolução nº 47/2003 no valor de R\$192.057,65)*”.
5. Que a Resolução DESENVOLVE nº 47/2003, ainda que revogada pela Resolução nº 181/2006, foi plenamente observada sem o piso lá referido em homenagem à eficácia da Antecipação de Tutela a que se refere a defesa, pelo menos por informações que se dispõe. Os valores foram quantificados pelo próprio impugnante e informados na sua Escrituração Fiscal Digital - EFD, conforme apensa aos autos. Ou seja, o crédito tributário que se exige não se relaciona com observância ou não observância do piso para cálculo do incentivo Desenvolve. Relaciona-se única e exclusivamente com o inadimplemento da condição prevista no art. 18 do Decreto nº 8.205/2002, fato este não elidido pelos argumentos de defesa. Traz aos autos ementas dos Acórdãos nºs JJF Nº 0080-04/11 e CJF Nº 0223-11/13 para corroborar seu posicionamento.

Mantém a ação fiscal.

VOTO

O autuado requer que seja ouvida a Procuradoria do Estado para o deslinde das questões da presente demanda. Não vejo necessidade de ser ouvida a PGE/Profis, pois o lançamento em questão não tem a ver com a ação judicial da qual o autuado dá notícia, sem juntar cópia de nada que fizesse prova do que alega. Em assim sendo, com base no art. 147, I, do RPAF/BA indefiro tal pedido.

Entretanto, para melhor compreensão da matéria ora em questão, ressalto que o autuante apensou aos autos cópia da sentença proferida pelo Exmo. Sr. Juiz da 3ª Vara de Fazenda Pública na Ação Ordinária Declaratória c/Repetição Indébito nº 1449051-5/2007 (fls. 17/20) e que se encontra, ainda, em sede de recurso, portanto, sem decisão transitada em julgado, conforme informa a PGE/Profis em Despacho de 23/03/2014, anexado às fls. 80/86 dos autos.

Em assim sendo, **até trânsito em julgado**, no período estabelecido na r. sentença (21 de janeiro de 2002) até o término do prazo concedido à empresa para fruição do benefício do DESENVOLVE – 12 anos (Resolução nº 43/2003 – fls. 06/07) o impugnante tem direito, de forma precária, de utilizar as prerrogativas do referido benefício na forma estabelecida em juízo. Porém ele se extinguiu em 20 de janeiro de 2014, como dispõe a Resolução nº 43/2003. Não consta dos autos que o benefício do DESENVOLVE foi, novamente, concedido à empresa autuada.

A ação fiscal obedeceu rigorosamente às determinações emanadas do Exmo. Sr. Juiz de Direito.

Feitas tais considerações, volto-me à auditoria fiscal realizada.

Em relação à infração 01, a fiscalização detectou que o contribuinte, na sua Escrituração Fiscal Digital – EFD, ao apurar o valor do ICMS devido em suas operações próprias incluiu valores (exatamente os autuados – fls. 24, 26, 28, 30, 32 e 34) no Demonstrativo do Valor Total dos Ajustes a Crédito a coluna “BA 02999 - Outros Créditos para Ajuste de Apuração ICMS” como do DESENVOLVE para abatimento do imposto mensal devido. Não apresentou qualquer observação ou mesmo justificativa para se conhecer o real motivo destes abatimentos referentes ao DESENVOLVE.

Com tais inclusões apresentou ICMS a recolher no mês de janeiro de 2014 no valor de R\$95.586,43 (fl. 23); sem ICMS a recolher nos meses de fevereiro e março de 2014 (fls. 25 e 27); abril de 2014 ICMS a recolher no valor de R\$128.837,91 (fl. 29 - não recolhido); maio de 2014 ICMS a recolher no valor de R\$69.292,94 (fl. 31 – não recolhido) e em junho do mesmo ano ICMS a recolher no valor de R\$51.373,97 (fl. 33).

O fisco estadual glosou tais créditos fiscais, ou seja, aqueles calculados pela própria empresa.

E aqui se descortina dois caminhos.

Ora, como a empresa teve extinto o seu benefício do DESENVOLVE, e na forma decidida pelo poder judiciário, em 20/01/2014, não mais poderia fazer qualquer inclusão a título de crédito do DESENVOLVE para apuração do imposto “normal” mensal devido, pois benefício não mais existente. O máximo seria até 20/01/2014.

Em assim sendo, a ação fiscal tem total pertinência e ela, em qualquer momento, vai de encontro à decisão judicial.

O argumento de defesa é que no bojo desta demanda judicial, em agosto/2007, houve uma perícia judicial. O resultado *“desta perícia aponta que os recolhimentos efetuados pela 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 da Recorrente**, que poderá ser utilizado para futuros recolhimentos de ICMS, oriundos do DESENVOLVE”*, o que resultaria no fato de que o presente lançamento fiscal *“**pode estar totalmente liquidado na própria ação judicial**, não cabendo mais nenhuma cobrança por parte do Estado”*. O valor nominal do crédito a favor da empresa desta perícia em agosto de 2007, foi da ordem de R\$1.392.432,78.

Supondo, pois em momento algum provado, que tais créditos fiscais tomados mensalmente no conta corrente fiscal da empresa (EFD) decorreram dos cálculos realizados no curso da ação impetrada pelo impugnante junto à 3ª Vara de Fazenda Pública, conforme se poderia deduz das alegações de defesa (não existe certeza), de igual maneira eles não podem ser aceitos na forma

realizada.

Em primeiro, não existe trânsito em julgado da ação impetrada, não se podendo afirmar que os cálculos realizados pelo Poder Judiciário espelham a verdade dos fatos a serem decididos, pois desconsiderou o piso existente na Resolução nº 47/2003 desde janeiro de 2002. Embora até então aceito diante da sentença proferida, ela não é definitiva.

Em segundo, não se tem notícias de que o valor apresentado nesta perícia, entre agosto de 2007 a 2014, os créditos fiscais já não foram apropriados pela empresa.

Em terceiro, mesmo que não tenham sido apropriados e que seja determinada a sua apropriação na forma calculada pelo Poder Judiciário, eles jamais poderiam ser apropriados na forma realizada. Apropriação de créditos fiscais (direito do contribuinte e não *benesse* do Estado) não pode, e não deve, ser feita de forma aleatória, ao bel prazer do contribuinte. Esta apropriação segue, rigorosamente, procedimentos claros que devem ser obedecidos, sob pena do Estado perder o controle de suas receitas e terceiros se locupletarem, inclusive indefinidamente, do dinheiro público. E pior, sob o argumento de que esta apropriação conforme realizada (e caso tenha sido tais créditos apropriados no conta corrente fiscal decorrentes desta situação) foi determinada pelo Poder Judiciário do Estado da Bahia.

Afora tal situação, há bastante tempo vem o impugnante requerendo que tais créditos sejam compensados com todos os lançamentos efetuados pelo fisco estadual, não havendo, assim, como utilizá-lo mensalmente no seu conta corrente fiscal. Ou seja, o seu pedir é um, mas a sua ação apontaria outro sentido. E aqui volto a dizer: toda esta análise parte do princípio em se considerar que tenha sido este o pedido no bojo da sua argumentação.

Tais créditos fiscais, se determinado pelo Poder Judiciário a sua existência, não são infinitos. Devem, por obrigação pertinente as partes (sujeito ativo e passivo tributário), serem utilizados na forma determinada pela norma legal.

Por tudo ora exposto, seja o caminho a ser seguido, total razão assiste ao fisco estadual em glosar, nos meses de janeiro a junho de 2014, créditos fiscais a título do benefício do DESENVOLVE no valor de R\$1.622.098,48.

A infração 02 diz respeito a falta de recolhimento do ICMS, no prazo regulamentar, referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios.

A empresa autuada, conforme sua escrita fiscal digital apurou o imposto a recolher nos meses de abril e maio de 2014 nos valores de R\$128.837,91 e R\$69.292,94, respectivamente. Embora assim agindo, não recolheu o imposto que lançou como devido. Declarou em suas DMA's que o imposto a ser recolhido nestes referidos meses era da ordem de R\$124.548,57 e R\$67.492,94, respectivamente. Decorrido o prazo legal sem pagamento do tributo foi lavrados os Débitos Declarados nºs 850000.2383/14-0 e 850000.2853/14-6, com base nas informações contidas nas DMA's. Quando da auditoria realizada, o fiscal autuante observou que o valor lançado na escrita fiscal do impugnante não era aquele informado nas DMA's. Exigiu a diferença, que constitui o valor da presente infração.

O impugnante, objetivamente, não impuna o lançamento. Apenas com um único argumento para as duas infrações apuradas na presente ação fiscal diz que tem créditos fiscais que *“pode estar totalmente liquidado na própria ação judicial, não cabendo mais nenhuma cobrança por parte do Estado”*.

Este é argumento que não tem o condão de desconstituir a infração ora em questão. Se, acaso, o contribuinte possua créditos fiscais, pode utilizá-lo para pagamento do ICMS ora exigido através do Auto de Infração. Mas para isto deve seguir todos os trâmites legais.

Por tudo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA da ação fiscal, a mantendo em sua totalidade.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **278936.0008/14-0**, lavrado contra **INDÚSTRIA DE LATICÍNIOS PALMEIRA DOS ÍNDIOS S.A - ILPISA** devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.628.187,82**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” e “f” da Lei 7.014/1996, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 08 de abril de 2015.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS - RELATORA

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – JULGADOR