

A. I. N° - 191828.3001/16-5

AUTUADO - INDÚSTRIA DE LATICÍNIOS PALMEIRAS DOS ÍNDIOS S/A. – ILPISA (Em recuperação judicial)

AUTUANTES - HERMENEGILDO M. FRAGA, CLODOMAR FERNANDES COSTA e ALEXANDRE ALCÂNTARA DA SILVA

ORIGEM - IFEP - DAT/SUL

PUBLICAÇÃO INTERNET 09.11.2016

2^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0179-02/16

EMENTA: ICMS. BENEFÍCIO FISCAL. PROGRAMA DESENVOLVE. FALTA DE RECOLHIMENTO DA PARCELA DILATADA. VALORES INFORMADOS NA DECLARAÇÃO DO PROGAMA DESENVOLVE (DPD). CONTRIBUINTE HABILITADO PELA RESOLUÇÃO N° 17/2006. Comprovado nos autos a falta de recolhimento da parcela do imposto devido cujo pagamento foi dilatado. Fato não negado na defesa. Não acolhido o pedido de encaminhamento do processo à Procuradoria do Estado para emissão de parecer, tendo em vista que a matéria que foi objeto de decisão do Poder Judiciário não possui identidade com exigência fiscal. Indefiro o pedido de compensação dos valores cobrados neste Auto de infração com valores apurados em perícia técnica. Afastada a arguição de decadência. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração lavrado em 23/05/2016, para exigir ICMS no valor de R\$586.959,26, acrescido de multa e demais consectários legais, com a seguinte imputação:

Infração 01 – 02.13.01 - Deixou de recolher ICMS dilatado no prazo regulamentar, devidamente informado em declaração eletrônica estabelecida na legislação tributária, por contribuinte enquadrado no programa DESENVOLVE, referente aos meses de fevereiro e março de 2012, conforme demonstrativos às fls.05 a 13.

Consta na descrição dos fatos: "No período de janeiro/2006 a dezembro/2006, o contribuinte postergou o pagamento da parcela incentivada vinculada ao Programa DESENVOLVE, em 72 (setenta e dois) meses, conforme previsto no Decreto nº 8.205/2002, e Resolução nº 47/2003, e no vencimento do prazo não procedeu ao recolhimento do imposto, cujos saldos devedores apurados foram regularmente informados pela Autuada na Declaração do Programa Desenvolve – DPD, que configura confissão de dívida, nos termos do art. 5º, caput, combinado com § 1º, do Decreto nº 8.205/2002. As cópias das Declarações foram apensadas ao presente processo fiscal.

Conforme previsto no Artigo 4º da citada Resolução, sobre cada parcela do ICMS com prazo de pagamento dilatado incidiu taxa de juros de 80% (oitenta por cento) da Taxa de Juros de Longo Prazo – TLJP, cujos cálculos encontram-se demonstrados nas planilhas que integram este Auto de Infração.

Utilizou-se como fonte para cálculo dos juros capitalizáveis incidentes sobre as importâncias de ICMS ora reclamadas a tabela da TLJP disponibilizada no site do BNDES (WWW.bnDES.gob.br) e da Receita Federal do Brasil (WWW.receita.fazenda.gov.br), seguindo-se a fórmula prevista no parágrafo 3º do Decreto nº 8.205/2002 que aprovou o Regulamento do Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – DESENVOLVE.

A parcela do imposto indicada no demonstrativo de débito corresponde à soma da parcela do ICMS com prazo de pagamento dilatado e dos encargos financeiros correspondentes, calculado

da data da ocorrência do fato gerador até o prazo de vencimento previsto – 72 (setentas e dois) meses, nos termos do parágrafo 2º do Artigo 6º. Combinado com o art.3º do citado diploma legal e Art. 1º, II, da Resolução nº 47/2003.

Registre-se que não fora reclamado o crédito tributado correspondente ao período de março/2006 a dezembro/2006 porque já contemplado no Auto de Infração nº 269358.0050/09-1, de 07/12/2009, nos termos do Artigo 18 do Decreto nº 8.502/2002, haja vista a falta de recolhimento na data regulamentar da parcela não sujeita a dilação de prazo (20% do saldo devedor apurado no mês), perdendo o direito ao benefício em relação à parcela incentivada prevista Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia - Desenvolve.”

O autuado foi cientificado pessoalmente da autuação em 01/06/2016, e em 29/07/2016 através do Processo SIPRO nº 131814/2016-0, fls.32 a 43, ingressou com defesa subscrita por seu representante legal, com base nas razões de fato e de direito a seguir aduzidas.

Faz uma síntese da autuação, e a sua versão dos fatos, para, em preliminar, esclarecer que a matéria relativa a este Auto de Infração foi objeto de ação judicial impetrada pela Impugnante no Tribunal de Justiça da Bahia – TJ/BA em 21/03/2007, recebendo primeiramente o número de Processo 1449051-5/2007, e, posteriormente a nova numeração 0042281-12.2007.8.05.0001.

Informa que em 23/05/2012 a referida ação judicial foi recepcionada pelo Superior Tribunal de Justiça – STJ através de Recurso Especial - REsp nº 1326618 / BA - interpuesto pelo Estado da Bahia, visto que a decisão do TJ/BA havia lhe sido favorável.

Diz que após tramitar no STJ por cerca de três anos, este Recurso Especial foi transitado em julgado em 03/03/2015, conforme consta na CERTIDÃO anexada às fls.80 a 88. Diz, mais, que na decisão proferida pelo ilustre relator Ministro Sérgio Kukina, que se encontra em anexoado às fls.80 a 88 foi negado seguimento ao Recurso Especial, significando que a decisão definitiva foi favorável à Impugnante, não cabendo mais nenhuma espécie de recurso.

Argumenta que irá demonstrar a seguir que os valores cobrados no presente auto, relativos aos períodos de janeiro e fevereiro de 2006, já se encontram liquidados na própria ação judicial, conforme será verificado na perícia judicial que fez parte da referida ação.

Faz um breve resumo do objeto desta ação judicial, qual seja:

Quando da habilitação da Impugnante 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 Impugnante esperava obter, em face da legislação vigente quando da formulação do seu pedido.

A Impugnante evidou 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.

Contudo, apesar do sacrifício da Impugnante, 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.

Não conformada com a sua injusta exclusão do DESENVOLVE, a Impugnante ingressou com ação judicial em 21/03/2007 pleiteando não apenas o seu retorno ao referido programa, mas também a eliminação do piso inicialmente estipulado.

A ação judicial em referência - Ação Ordinária Declaratória nº 1449051-5/2007 – teve, portanto, seu início em março/2007, mês da petição inicial, e no seu decorrer, mais precisamente em agosto/2007, essa ação foi objeto de perícia judicial, cujo objetivo era o de apurar se a Impugnante efetivamente devia ao Estado da Bahia, e caso positivo, qual seria este valor, considerando nestes cálculos a exclusão do malfadado 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.

O resultado desta perícia, que pode ser verificado em anexo (DOC.5), aponta que os recolhimentos efetuados pela Impugnante não só foram suficientes para cobrir todo o débito apurado até março/2007, mês da petição inicial, mas também para compensar débitos futuros, pois no exame pericial foi detectado um crédito a favor da Impugnante, que poderá ser utilizado para futuros recolhimentos de ICMS, oriundos do DESENVOLVE.

Para ilustrar esta informação, reproduziu abaixo, os quatro quesitos que formulou, e as respectivas respostas do perito judicial.

VII - QUESITAÇÃO - RESPONDIDA NA SEQUÊNCIA DO PROCESSO QUESITOS DA AUTORA

1º QUESITO: Considerando-se a inclusão da Autora no Programa DESENVOLVE desde a data do protocolo de seu pedido, sem a fixação do piso de R\$192.057,65, qual o valor devido a título de ICMS até a presente data?

Resposta: Para responder este quesito deixamos claro que o levantamento foi feito a partir do janeiro de 2002, data do protocolo da solicitação do benefício, até março de 2007, data da petição inicial, conforme solicitado pela Autora. O valor encontrado, conforme Livro de Apuração de ICMS e demonstrado na Planilha P-2, é de R\$1.394.432,78 a favor da Autora. Este valor foi encontrado considerando a totalidade do ICMS devido em cada mês, partindo de janeiro de 2002 até março de 2007, e também considerando as amortizações antecipadas das parcelas dilatadas a partir de fevereiro de 2002 até março de 2006.

2º QUESITO: Qual o Valor do ICMS recolhido no período compreendido entre o protocolo do pedido de inclusão no Programa desenvolve e a presente data?

Resposta: O valor total recolhido pela empresa no período de janeiro de 2002, data de início do Protocolo de Intenções, até março de 2007, foi de R\$4.771.963,70 (quatro milhões, setecentos e setenta e um mil, novecentos e sessenta e três reais, e setenta centavos) em valores originais, conforme Planilha nº P-1 – anexo 01, e guias de recolhimento anexas.

3º QUESITO: Queira o Sr. Perito calcular o montante devido do crédito/débito da Autora junto a Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, computando-se os valores recolhidos e os valores devidos pelo Autora, em conformidade com o Programa Desenvolve (Lei nº 7.980/2001), considerando-se a dilação do saldo devedor mensal do ICMS, bem como, descontos pela antecipação no pagamento, previstos na legislação do referido programa, desconsiderando a fixação do piso de R\$192.057,65?

Resposta: Conforme consta da Planilha nº P-2 o valor que restou em favor da empresa, foi de R\$1.394.432,78. Ou seja, computando-se todos os pagamentos feitos pela empresa, devidamente corrigidos pelos mesmos critérios de correção que a Fazenda do Estado aplica, e deduzindo-se os valores a pagar referente aos 20% mensais obrigatórios, e deduzindo-se também os valores a pagar antecipados até março/2006 para gozar dos benefícios fiscais, restou um crédito de ICMS em favor da Autora, no valor de R\$1.394.432,78 conforme apontado na coluna final da Planilha P-2, sem considerar o limite mensal de R\$192.057,65, conforme solicitado neste quesito.

4º QUESITO: Na hipótese de ser apurado crédito em favor da Autora, queira o Sr. Perito informar qual o valor do referido crédito, devidamente atualizado até a presente data, utilizando-se dos mesmos índices que a Fazenda adota para cobrança do seu crédito tributário?

Resposta: O Valor do crédito apurado em favor da Autora é de R\$1.392.432,78 conforme apontado na coluna final da Planilha P-2, sem considerar o limite mensal de R\$192.057,65, conforme informado no quesito anterior.

Observa que, de acordo com os cálculos constantes no LAUDO PERICIAL, que compõem a ação judicial e que se encontram anexados a esta defesa, todo o período autuado neste Auto de Infração (janeiro e fevereiro de 2006), encontra-se totalmente liquidado na ação judicial ajuizada pela Impugnante, não cabendo mais nenhuma cobrança por parte do Estado.

Comenta que a resposta dada para o Quesito 3 é bastante clara no sentido de indicar que os valores dos saldos devedores apurados até março/2006, aí incluso tanto a parcela dilatada quanto a parcela não sujeita à dilação, encontram-se totalmente liquidados em função de pagamentos realizados pela Impugnante, e, além disso, ainda restou um saldo a favor da Impugnante de R\$1.394.432,78, para utilização futura, em débitos relativos ao Programa DESENVOLVE.

Com base nisso, tomando por base a perícia judicial que fez parte de uma ação já transitada em julgado a seu favor – Resp 1326618/BA - aponta que os períodos de janeiro e fevereiro de 2006 já foram extintos nesta própria ação judicial, pelo que, requer seja declarada a total improcedência deste Auto de Infração.

Prosseguindo, aduz que caso não seja deliberado pela improcedência da autuação em função do alegado no item anterior, submete à apreciação deste órgão julgador mais um argumento que demonstra o desacerto da presente autuação.

Salienta que conforme consta na descrição da peça punitiva, a autuação gira em torno da cobrança da parcela dilatada do saldo devedor do ICMS do período de apuração compreendido entre janeiro e fevereiro de 2006, e cujos vencimentos ocorreriam setenta e dois meses após, respectivamente entre janeiro e fevereiro de 2012.

Alega que, diferentemente do entendimento firmado pela Fiscalização, o fato de não ter havido o recolhimento da parcela não dilatada significa que a Impugnante perdeu o direito ao benefício em relação à parcela dilatada, conforme §§ 1º e 2º do Decreto nº Decreto nº 8.205/2002 - vigente na época da ocorrência dos fatos geradores do imposto.

Destaca que de acordo com o § 2º, do artigo 18, acima transcrito, a falta de pagamento das parcelas não incentivadas resulta na suspensão do incentivo, condicionada a sua reabilitação à regularização total das obrigações, fato que nunca ocorreu no caso concreto.

Com base o acima alinhado, sustenta que por não ter recolhido a parcela não dilatada e, assim, ter perdido o direito ao benefício da dilação do prazo, as parcelas dilatadas tiveram seus vencimentos trazidos para a época dos fatos geradores, como se à vista fossem, ou seja, os vencimentos passaram a valer em períodos que variaram entre fevereiro e março de 2006.

Assevera que, se em razão da inadimplência os vencimentos foram integralmente trazidos para os meses de ocorrência dos fatos geradores ocorridos em 2006, conclui que tais lançamentos já estariam alcançados pela prescrição, não podendo jamais a Fiscalização realizar lançamentos de ofício no ano atual, de 2016.

Ou seja, diz que, como este Auto de Infração foi lavrado em 23/05/2016, só poderia o fisco promover lançamentos de ofício retroativos até o ano de 2011, ou seja, já se encontram prescritos os períodos que foram objeto desta autuação, cujos vencimentos se deram até no máximo março de 2006.

Argui que a fiscalização, talvez percebendo o erro de não ter efetuado o lançamento na época devida, a Fiscalização, num procedimento totalmente em descordo com as normas tributárias, não considerou o fato de que a Impugnante, em razão da inadimplência das parcelas à vista, perdeu o direito à dilação do prazo, o que lhe permitiu alargar o vencimento das parcelas não dilatadas e as colocando, assim, dentro do período prescricional.

Frisa que o efeito prático disso foi que os vencimentos do ICMS dos períodos autuados, que variavam entre fevereiro e março de 2006, foram postergados indevidamente para setenta e dois meses, o que os colocou novamente dentro do período prescricional do imposto, permitindo ao fisco lavrar o presente auto.

Pelo exposto, por considerar o autuado que os meses de janeiro e fevereiro de 2006 já se encontravam prescritos no momento da autuação, por não ter havido o pagamento da parcela não dilatada, requer a seja decretada a improcedência deste Auto de Infração.

Ao final, solicita 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, visto que o objeto desta autuação faz parte de uma ação já transitada em julgado – REsp 1326618, para que após o retorno do PAF, seja declarada a improcedência desta autuação.

Em 02/09/2016 através do Processo SIPRO nº 156976/2016-0, fls.99 a 119, os autuantes prestam informação fiscal, na qual, inicialmente, fazem uma síntese da autuação e da defesa. Em seguida, afirmam que as alegações defensivas carecem de fundamentação, conforme relatado a seguir.

Esclarecem que o autuado foi incluído no Programa DESENVOLVE por meio da Resolução 43/2007, sendo que esse referido Programa prevê, dentre outros benefícios, à dilação de prazo de até 72 meses para o pagamento de até 90% do saldo devedor mensal do ICMS, com a incidência de encargos financeiros correspondentes à taxa anual de juros de longo prazo (TJLP), podendo, entretanto, o contribuinte antecipar o pagamento do imposto de acordo com a graduação estabelecida na Tabela I anexa ao Regulamento do DESENVOLVE, aprovado pelo Dec. 8.205/02.

Considerando que o autuado fora enquadrado na Classe II, ele poderia dilatar até 80% do saldo devedor mensal do ICMS e, caso optasse por antecipar o pagamento da parcela dilatada, tinha o direito ao desconto que variava de 80% a 0%, a depender da data da quitação do imposto. Em dezembro de 2006, o autuado foi excluído do Programa DESENVOLVE, tendo em vista a reiterada falta de pagamento do ICMS, sendo que posteriormente foi reincluído nesse referido Programa mediante liminar judicial.

Explicam que o Regulamento do DESENVOLVE estabelece para o usufruto do benefício o cumprimento de algumas exigências, conforme o disposto nos artigos 4º, parágrafo único, 5º, §1º, e 6º, §1º, todos desse citado Regulamento.

Em relação à primeira exigência para o usufruto do benefício do Programa DESENVOLVE, que estabelece que as parcelas do imposto cujo prazo tenha sido dilatado deverão ser recolhidas até o dia 20 do mês de vencimento, destacam que a autuada não o fez. Registraram que a parcela dilatada do ICMS jamais foi quitada pelo autuado no período de vigência do benefício (setembro/03 a setembro/15), bem como no prazo de vencimento da parcela dilatada - 72 meses contado da data de ocorrência do fato gerador -, este ocorrido entre setembro/03 a maio/10, com data limite para pagamento respectivamente no período de 20/10/09 a junho de 2016. Dizem que o lançamento do crédito tributário em tela alcançou a parcela dilatada do ICMS não paga, com vencimento no período de 20/02/12 a 20/03/12 e cujos fatos geradores ocorreram de março/07 a dezembro/07.

Em relação à segunda exigência para o usufruto do benefício do Programa DESENVOLVE, que trata da informação à SEFAZ do valor da parcela dilatada, pontuam que a autuada comunicou por meio de documento específico - Declaração do Programa Desenvolve (DPD) - o valor de cada parcela mensal cujo prazo de pagamento foi dilatado (art. 5º do Regulamento do DESENVOLVE).

Explicam que os valores das parcelas dilatadas foram extraídos da DPD, valendo essa informação como confissão de débito. Frisam que o autuado não questiona os valores apurados na auditoria.

No que tange à terceira exigência para o usufruto do benefício do Programa DESENVOLVE, que trata do pagamento antecipado da parcela dilatada, destacam que a quitação deveria ter ocorrido em moeda corrente, não sendo permitido qualquer tipo de compensação, sobretudo com créditos fiscais que porventura o contribuinte faça jus.

Aduzem que, em razão da determinação judicial pela supressão do piso de R\$ 192.057,65 e pela retroatividade do benefício em voga, de 09/2003 para 02/2002, o saldo a favor do autuado após o cotejo débito/crédito deveria ser objeto de pedido de restituição, nos termos do art. 73 do RPAF/BA, e não ser utilizado para compensação das parcelas dilatadas não pagas, pois, conforme o art. 6º, §1º, do Decreto nº 8.205/02, as quitações das parcelas do DESENVOLVE deverão ser efetuadas em moeda corrente. Para corroborar esse posicionamento, transcrevem a ementa e trecho do voto proferido no Acórdão JJF Nº 0137-04/12, fl.111, no qual consta que mesmo se tratando de ação transitada em julgado não caberia ao contribuinte compensar créditos fiscais para pagamento de parcelas dilatadas do Programa DESENVOLVE, mas sim ser objeto de pedido de restituição para quitar seus débitos na data de vencimento.

Destacam que o autuado jamais efetuou o pagamento do imposto incentivado, mas, se acaso

tivesse optado em proceder ao pagamento antecipado desse imposto e a fiscalização constatasse liquidação a menor, seria reclamado o crédito tributário correspondente ao percentual pago a menor, calculado sobre a parcela dilatada corrigida, conforme exemplo que apresentam às fls.112/3.

No que tange à alegação de procedência parcial do Auto de Infração em virtude de ação judicial transitada em julgado, mencionam que a atividade do auditor fiscal é vinculada, não lhe sendo dada a prerrogativa de deixar de constituir o crédito tributário quando for constatada a falta de pagamento do imposto, sob pena de responder por essa omissão, mediante a instauração de procedimento administrativo disciplinar.

Observam que, se a justiça determinara que o autuado devia efetuar a compensação do imposto pago a maior em razão da supressão do piso de R\$192.057,65 e da determinação da retroatividade do benefício de setembro/03 para janeiro/02, não cabia aos prepostos fazendários efetuar essa compensação quando do lançamento do imposto.

Registraram que, da leitura do laudo pericial e das alegações defensivas, constata-se que há incoerência entre o que o perito diz e o que o que consta na defesa, principalmente no que diz respeito ao período relacionado com o levantamento do débito/crédito apurado, pois, segundo o perito, o levantamento abarcou o período de janeiro/02 a março/07, já em outros momentos teria abrangido o período entre janeiro/02 a março/06. Em seguida, questionam: “*Se a ação ordinária foi impetrada somente em 21/03/2007, como pode a Autuada ter a pretensão de proceder à compensação da parcela dilatada do ICMS não liquidada, com o desconto máximo permitido, de 80%, e sem a atualização pela TJLP, referente a fatos geradores ocorridos antes de março/2007 (ou março/2006)?*”.

Reiteram que o Regulamento do DESENVOLVE deixa claro que a quitação deveria ter ocorrido na data do vencimento e em moeda corrente, cabendo ao contribuinte solicitar restituição ou utilizar o valor reconhecido pelo judiciário para quitação de tributos vincendos. Jamais ser utilizado para quitação de débitos vencidos e com uso de redução que é concedida aos que fazem a quitação nos prazos regulamentares e, dentro destes, com as reduções cabíveis nos termos da Resolução que lhe conferiu o direito ao benefício.

Referindo-se ao relatório pericial trazido na defesa, observam que na planilha intitulada “CÁLCULO DA AMORTIZAÇÃO DA PARCELA INCENTIVADA” (fls. 75) o perito elegera como data de pagamento da parcela incentivada o 1º ano, com o desconto máximo permitido de 80% e incluindo-se a TJLP acumulada de 80% (terceira coluna da planilha: “Mês do Pag. Antecipado”), porém esse pagamento nunca ocorreu.

Destacam que, concomitantemente à lavratura deste Auto de Infração, foram lavrados outros cinco, os de nºs 1918283002/16-1, 1918283001/16-5, 1918283004/16-4, 1918283005/16-0 e 1918283007/16-3, que abrangem o mesmo fato gerador, ou seja, a falta de pagamento da parcela dilatada do ICMS vinculada ao DESENVOLVE, referentes aos exercícios de 2005, 2006, 2008, 2009 e 2010 (até maio), cujos pagamentos deveriam ser realizados respectivamente no período de 20/10/2011 a 20/06/2016, sendo que as mesmas alegações foram oferecidas pelo autuado nas respectivas peças defensivas.

Pontuam que o autuado arguiu o princípio da “decadência”, e não da “prescrição”, alegando que como não tinha recolhido a parcela não incentivada, perdera o benefício nos respectivos períodos de apuração, invocando o disposto no art. 18 do Regulamento do DESENVOLVE.

Explicam que o crédito tributário em comento não foi constituído à época da ocorrência do fato gerador porque a parcela não incentivada foi integralmente recolhida por meio dos DAES respectivos e/ou mediante transferência de créditos de terceiros ou de estabelecimento filial, cujos valores foram somados e informados pelo autuado ora no campo “Deduções” ora no campo “Outros Créditos” das DMAs. Dizem que, do cotejo entre o valor informado no campo “ICMS Dilatado” da DPD e o consignado no campo “Outros Créditos” ou “Deduções” das DMAs, quando há diferença esta corresponde ao crédito apropriado para quitação da parcela não incentivada.

Registraram que o autuado incorreu em erro ao incluir no campo “Deduções” das DMAs valores

que não guardam relação com a parcela dilatada do Programa DESENVOLVE. Quando tal procedimento ocorreu, o saldo devedor a recolher apresentado ficou zerado, o que impediu o fisco de constatar de que forma a parcela não incentivada foi quitada.

Transcrevem o disposto no art. 5º, §2º, do Regulamento do DESENVOLVE e, em seguida, destacam que a ação fiscal não guarda relação com a perda do benefício prevista no art. 18, § 2º, do Regulamento do DESENVOLVE, mas decorre da falta de pagamento das parcelas dilatadas do ICMS, cujas regras para a sua quitação encontram-se previstas na lei que instituiu o Programa DESENVOLVE (Lei 7.980/01, art. 2º, inc. I), ao estabelecer que a dilação de prazo do pagamento, de até 90% do saldo devedor mensal do ICMS normal, é limitada a 72 meses.

Mencionam que o impugnante foi autuado com fulcro no art. 18 do Regulamento do DESENVOLVE relativamente aos Autos de Infração nºs 269.358.0050/09-1 e 269.358.0050/09-1, em razão de falta de recolhimento da parcela não incentivada. Dizem que, talvez por isso, o defensor tenta desconstituir o crédito tributário alegando manobras da fiscalização para postergar a data de vencimento do imposto e, assim, evitar a perda do direito que estaria alcançado pela decadência.

Frisam que, como a parcela dilatada poderá ser quitada no prazo de 72 meses, o fisco só pode promover ação fiscal se dentro desse período o pagamento não foi efetuado. Dizem que, no caso em análise, restou provado que o autuado não efetuou nenhum recolhimento da parcela dilatada. Observam que, seguindo o entendimento do autuado, sempre que os contribuintes efetassem o pagamento das parcelas dilatadas após o prazo de cinco anos, o erário não receberia nada, pois seria obstado pela arguição do princípio da decadência.

Assinalam que, ao estabelecer o prazo de até 6 anos para a liquidação das parcelas dilatadas, o Estado da Bahia faculta aos contribuintes efetuar o recolhimento integral já no primeiro mês subsequente à data do fato gerador (com o desconto máximo) ou parcial, de acordo com o previsto na Tabela I, Classe II, anexa ao Regulamento do DESENVOLVE. Registraram que, desse modo, não há o que falar em perda de prazo para a constituição do crédito tributário em tela, pois, considerando que o vencimento da parcela dilatada do ICMS se deu no período de 20/02/12 a 20/03/12, o fisco poderia constituir o crédito tributário até 31/12/17.

Ao finalizar, propugnam pela procedência integral do Auto de Infração.

VOTO

Preliminarmente, consigno que foram observados todos os requisitos que compõem o auto de infração, previstos no artigo 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), Decreto nº 7.629/99. O autuado não apresentou qualquer proposição de nulidade do presente auto de infração.

A presente autuação versa sobre a falta de recolhimento do ICMS dilatado no prazo regulamentar, devidamente informado em declaração eletrônica estabelecida na legislação tributária, por contribuinte enquadrado no Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – DESENVOLVE.

O autuado não negou que no período de janeiro/2006 a dezembro/2006, postergou o pagamento da parcela incentivada vinculada ao Programa DESENVOLVE, em 72 (setenta e dois) meses, conforme previsto no Decreto nº 8.205/2002, e Resolução nº 47/2003, e no vencimento do prazo não procedeu ao recolhimento do imposto, cujos saldos devedores apurados foram regularmente informados na Declaração do Programa Desenvolve – DPD, que configura confissão de dívida, nos termos do art. 5º, caput, combinado com § 1º, do Decreto nº 8.205/2002.

Também não discordou dos cálculos efetuados pela fiscalização com base no Artigo 4º da citada Resolução, ou seja, de que sobre cada parcela do ICMS com prazo de pagamento dilatado incidiu taxa de juros de 80% (oitenta por cento) da Taxa de Juros de Longo Prazo – TLJP, cujos cálculos encontram-se demonstrados nas planilhas que integram este Auto de Infração, e que a parcela do imposto indicada no demonstrativo de débito corresponde à soma da parcela do ICMS com prazo

de pagamento dilatado e dos encargos financeiros correspondentes, calculado da data da ocorrência do fato gerador até o prazo de vencimento previsto – 72 (setentas e dois) meses, nos termos do parágrafo 2º do Artigo 6º. Combinado com o art.3º do citado diploma legal e Art. 1º, II, da Resolução nº 47/2003.

No entanto, o autuado impugnou o lançamento tributário com base nas seguintes premissas, no sentido de que:

- A matéria relativa a este Auto de Infração foi objeto de ação judicial (Proc.0042281-12.2007.8.05.0001).
- Em 23/05/2012 a referida ação judicial foi recepcionada pelo Superior Tribunal de Justiça – STJ através de Recurso Especial - REsp nº 1326618 / BA - interposto pelo Estado da Bahia, visto que a decisão do TJ/BA havia lhe sido favorável.
- Após tramitar no STJ por cerca de três anos, este Recurso Especial foi transitado em julgado em 03/03/2015, conforme consta na CERTIDÃO anexada às fls.80 a 88.
- Os valores cobrados no presente auto, relativos aos períodos de janeiro e fevereiro de 2006, já se encontram liquidados na própria ação judicial.
- Consoante os cálculos constantes no LAUDO PERICIAL, que compõem a ação judicial todo o período autuado neste Auto de Infração (janeiro e fevereiro de 2006), encontra-se totalmente liquidado na ação judicial ajuizada pela Impugnante, não cabendo mais nenhuma cobrança por parte do Estado.
- A autuação gira em torno da cobrança da parcela dilatada do saldo devedor do ICMS do período de apuração compreendido entre janeiro e fevereiro de 2006, e cujos vencimentos ocorreriam setenta e dois meses após, respectivamente entre janeiro e fevereiro de 2012.
- O fato de não ter havido o recolhimento da parcela não dilatada significa que perdeu o direito ao benefício em relação à parcela dilatada, conforme §§ 1º e 2º do Decreto nº Decreto nº 8.205/2002 - vigente na época da ocorrência dos fatos geradores do imposto.
- Em razão da inadimplência os vencimentos foram integralmente trazidos para os meses de ocorrência dos fatos geradores ocorridos nos meses de janeiro e fevereiro de 2006, conclui que tais lançamentos já estariam alcançados pela prescrição, não podendo jamais a Fiscalização realizar lançamentos de ofício no ano atual, de 2016.
- O processo deve ser convertido em diligência à Procuradoria do Estado, afim de que este órgão possa emitir o seu Parecer sobre a questão, visto que o objeto desta autuação faz parte de uma ação já transitada em julgado – REsp 1326618, para que após o retorno do PAF, seja declarada a improcedência desta autuação.

Rejeito o pedido de diligência, a Procuradoria do Estado, formulado pelo autuado, porque já se encontram no processo todos os elementos de minha convicção e, além disso, tal providência é desnecessária em vista das outras provas produzidas, de acordo com o artigo 147, inciso I, alínea “a”, do RPAF/99. Ademais, o autuado na peça defensiva já apresentou o teor da decisão da Ação Ordinária Declaratória nº 1449051-5/2007, cuja matéria em discussão na referida ação judicial impetrada pelo recorrente contra o Estado da Bahia não tem pertinência com a infração objeto da autuação neste processo (docs.fl.46 a 52).

Cabe consignar que, além do auto de infração objeto do presente PAF, foram lavrados outros autos de infração, pelos mesmos autuantes, abaixo especificados, contra o mesmo contribuinte e estabelecimento, tratando da mesma matéria de que cuida estes autos.

DATA	A. INFRAÇÃO	INSC. ESTADUAL	CNPJ	VALOR
19/05/2016	191828.3002/16-1	51.109.077	09.342.379/0097-34	R\$ 989.930,47
23/05/2016	191828.3003/16-8	51.109.077	09.342.379/0097-34	R\$ 3.169.023,91
23/05/2016	191828.3004/16-4	51.109.077	09.342.379/0097-34	R\$ 5.176.093,40
24/05/2016	191828.3005/16-4	51.109.077	09.342.379/0097-34	R\$ 4.857.683,89
24/05/2016	191828.3007/16-3	51.109.077	09.342.379/0097-34	R\$ 1.921.092,63

Verifico neste processo que no mérito, é recorrente a questão sob análise, conforme jurisprudência do CONSEF, a exemplo do Acórdão JJF nº 00178-02/26, referente ao julgamento do AI nº 191828.3003/16-8, tendo como Relator Álvaro Barreto Vieira, desta Junta de Julgamento Fiscal, que trata da mesma matéria, sujeito passivo e os mesmos autuante, bem como a total literalidade das argüições trazidas pela defesa e informação fiscal, divergindo apenas no valor do débito, datas dos fatos geradores e na citação das páginas em que se encontram os documentos que instruem o processo.

Sobre a alegação defensiva de que os valores lançados no auto de infração já estariam alcançados pela prescrição, não podendo jamais a Fiscalização realizar lançamentos de ofício no ano atual, de 2016, entendo não assistir razão ao defendant, visto que, de acordo com o artigo 174 do Código Tributário Nacional (CTN), prescrição é a perda do direito à ação pelo decurso do tempo, ou seja, é um prazo estabelecido de cinco anos para o exercício do direito. No presente caso, entendo que não ocorreu a alegada prescrição, visto que a arguição do contribuinte não se enquadra em nenhum dos incisos do citado dispositivo legal.

No mais, verificada a identidade entre os argumentos trazidos pelo impugnante e o voto proferido no Acórdão JJF nº00178-02/26, (decisão unânime), cujo entendimento acolho, - haja vista que participei como um dos julgadores - para integrar o presente voto, passando, assim, a reproduzir na íntegra o aludido voto, quanto ao mérito em questão, *in verbis*:

VOTO

Conforme já relatado, o presente Auto de Infração trata de falta de recolhimento de ICMS dilatado n o prazo regulamentar, devidamente informado em declaração eletrônica estabelecida na legislação tributária, por contribuinte enquadrado no Programa DESENVOLVE, nos meses de fevereiro a dezembro de 2014 e janeiro de 2015, conforme demonstrativos acostados aos autos.

Em sede de preliminar, o autuado argui a “prescrição” do crédito tributário referente aos fatos geradores ocorridos durante os exercícios de 2008 e 2009. Sustenta que, como não recolheu o valor atinente à parcela não dilatada, perdeu o direito ao benefício quanto às parcelas dilatadas, as quais tiveram seus vencimentos no período de fevereiro de 2008 a janeiro de 2009.

Nos termos do art. 173 do CTN, a decadência representa a perda do direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário, mediante o lançamento, em virtude do decurso do prazo de cinco anos, contado do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Por seu turno, a prescrição, prevista no art. 174 do CTN, extingue o direito de ação de cobrança do crédito tributário pelo transcurso do prazo de cinco anos, contados da data da constituição definitiva do crédito tributário.

Considerando que o presente Auto de Infração foi lavrado em 2016, não há, portanto, o que se falar em prescrição. Dessa forma, afasto os argumentos defensivos atinentes à prescrição do crédito tributário e passo a analisá-los à luz do instituto da decadência.

O crédito tributário que está sendo exigido no Auto de Infração em comento é referente ao ICMS que foi dilatado e informado em Declaração do Programa DESENVOLVE – DPD. Nos termos do art. 5º do Dec. 8.205/02, os valores informados em DPD equivalem a uma confissão de débito. Obviamente, esses valores que foram informados em DPD só poderiam ser objeto de lançamento de ofício quando não pagos na data de vencimento.

Não há como se acolher a tese defensiva de que o não pagamento da parcela não incentivada traria o termo inicial da contagem do prazo decadencial para o exercício de 2008. O fato de o autuado não ter recolhido o valor atinente à parcela não dilatada não altera a condição de débito confessado da parcela que foi dilatada e informada em DPD. Essa tese defensiva fere o bom senso e não se mostra razoável, pois, na prática, equivaleria a impedir o lançamento de ofício do imposto dilatado e não recolhido, senão vejamos: até a data do vencimento do imposto dilatado, o ICMS confessado e não recolhido não poderia ser objeto de lançamento de ofício;

após a data de vencimento desse imposto dilatado, a fiscalização também não poderia constituir o crédito tributário porque o seu direito já estaria decaído.

Tendo em vista que os valores dilatados e informados em DPD venciam ao longo do período de fevereiro de 2014 a janeiro de 2015, a Fazenda Pública Estadual tinha até 31/12/2019 para constituir o crédito tributário mediante o lançamento tributário de ofício. Como o Auto de Infração em tela foi lavrado em 23/05/16, não tinha ainda decaído o direito da Fazenda Pública Estadual.

Com fulcro no art. 147, I, “a”, do RPAF/99, indefiro o pedido de conversão do processo em diligência à PGE/PROFIS, pois considero que os elementos já existentes nos autos são suficientes para o deslinde da questão, uma vez que os documentos trazidos na defesa comprovam que a decisão judicial citada pelo autuado já transitou em julgado, bem como permite que se depreenda que não há identidade entre as matérias tratadas na ação judicial e a abordada neste lançamento.

Em sua defesa, o autuado não impugna o valor das parcelas dilatadas - o que, diga-se de passagem, foi declarado pelo próprio autuado -, não questiona os encargos financeiros cobrados e nem comprova o pagamento dos valores dilatados. Dessa forma, nos termos do art. 140 do RPAF/99, a infração imputada ao autuado e demonstrada nas planilhas anexas ao Auto de Infração resta devidamente caracterizada.

Apesar de não impugnar os valores lançados, o autuado requer que o valor do crédito apurado a seu favor no Laudo Pericial citado na defesa seja utilizado para liquidar parcialmente o valor cobrado no presente Auto de Infração.

Esse pleito defensivo não pode ser atendido por este órgão julgador administrativo, pois efetuar liquidação ou compensação de débitos tributários não se inclui entre as competências deste Conselho de Fazenda Estadual, nos termos do Regimento Interno do CONSEF. Além disso, há que se observar que nos termos do art. 6º, §1º, do Dec. 8.205/02, a liquidação das parcelas do DESENVOLVE deve ser feita em moeda corrente.

Também não se pode olvidar que essa liquidação ou compensação citada na defesa, quando deferida, tem que ser acompanhada pela repartição fazendária competente, conforme os diversos Autos de Infração lavrados contra o autuado, sem perder de vista a possibilidade de eventuais pedidos de restituição ou de transferência de crédito, atividades que extrapolam as competências deste órgão julgador administrativo.

Em face ao acima exposto, a infração imputada ao autuado restou comprovada, sendo devidos os valores cobrados no presente Auto de Infração. Por ultrapassar as competências deste colegiado, não há como se efetuar a compensação do presente crédito tributário com valores decorrentes de ação judicial impetrada pelo autuado.

Voto, portanto, pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Pelo acima alinhado, considero que restou caracterizada a infração, visto que, não adimplidas pelo contribuinte beneficiário do DESENVOLVE, as parcelas dilatadas do ICMS, sendo correta a imposição do lançamento de ofício corrigido pela TJLP com a indicação da data do vencimento para fins da data de cálculo dos acréscimos legais.

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

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 191828.3001/16-5, lavrado contra **INDÚSTRIA DE LATICÍNIOS PALMEIRA DOS ÍNDIOS S/A – ILPISA (Em Recuperação Judicial)**,

devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$586.959,26**, acrescido da multa de 50%, prevista no art. 42, I, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de outubro de 2016.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – JULGADOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – JULGADOR