

PROCESSO - A. I. Nº 278936.0008/14-0
RECORRENTE - INDÚSTRIA DE LATICÍNIOS PALMEIRA DOS ÍNDIOS S.A. - ILPISA
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 4ª JJF nº 0052-04/15
ORIGEM - IFEP – DAT/SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET 18/12/2017

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0315-11/17

EMENTA: ICMS. 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. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão de piso que julgou Procedente o Auto de Infração, lavrado em 04/08/2014, o qual 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

Após a devida instrução processual, a 4ª JJF entendeu pela Procedência do Auto de Infração pelos seguintes fundamentos abaixo reproduzidos. Vejamos:

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 n's 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 possuía 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.

Irresignado, o Sujeito Passivo interpôs Recurso Voluntário visando a reapreciação da Decisão de piso.

Inicialmente, atesta a tempestividade e admissibilidade do presente recurso.

No mérito, alega que quando da habilitação no Programa DESENVOLVE através da Resolução 47/03, 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.

Afirma a Recorrente que envidou todos os esforços no sentido de manter os seus investimentos e a sua produção, arcando com o ônus financeiro dos empréstimos obtidos para a modernização da sua planta industrial e recolhendo o ICMS que lhe estava sendo indevidamente exigido em virtude da restrição a um benefício a que fazia jus.

Alega que, apesar do sacrifício da Recorrente, 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. Tal situação ensejou uma ação judicial em março/2007, a qual tinha como objetivo o seu retorno ao referido programa, mas também a eliminação do piso inicialmente estipulado.

Salienta que o fato novo constante neste Recurso Voluntário é que, após exatos 8 (oito) anos de andamento, a referida ação judicial foi transitada em julgado recentemente, em 19/03/2015, conforme pode ser verificado no extrato da tramitação em anexo (DOC.2), extraído do site do Superior Tribunal de Justiça – STJ.

Verifica-se na decisão que foi negado seguimento ao Recurso Especial interposto pelo Estado da Bahia, o que resultou no trânsito em julgado a favor da Recorrente, dando-lhe o direito de ter seu saldo devedor calculado sem o piso, desde o ato do protocolo do pedido.

Na hipótese da existência de ações judiciais impetradas contra o Estado da Bahia, afirma que os auditores fiscais, ao exercer o seu dever de fiscalizar, só poderiam adotar posturas contrárias às normas legais que devem obediência quando ocorresse o trânsito em julgado das ações judiciais.

Em outras palavras, o auditor fiscal não pode, ou não poderia, agir de forma contrária às normas vigentes na legislação estadual baiana no momento em que estiver fiscalizando sem que haja decisão judicial definitiva que lhe dê respaldo para assim agir.

Alega que, muito embora a Resolução nº 47/2003 que habilitou a Recorrente aos benefícios do DESENVOLVE, lhe concedesse prazo de fruição de setembro/2003 a setembro/2015, a fiscalização retroagiu os efeitos do benefício a janeiro/2002 com base na presunção de que o trânsito em julgado fosse a favor da Recorrente, ou seja, agiu com base na sentença proferida a favor da Recorrente, porém, sem que houvesse ainda o trânsito em julgado da ação.

Ressalta que a lavratura do presente Auto de Infração se deu em 04/08/2014 e o trânsito em julgado da ação judicial se deu em 19/03/2015.

Assim, entende a Recorrente que a fiscalização, ao lavrar o presente Auto, fez um pré-julgamento da ação judicial que ainda não havia transitado em julgado. O fato do resultado final da ação judicial ter coincidido com a 'Descrição dos Fatos' constante no Auto de Infração não afasta a nulidade da ação fiscal e a consequente anulação do Auto.

Por fim, requer: a) conversão do feito em diligência à Procuradoria do Estado, afim de que este órgão possa emitir o seu Parecer sobre a questão; b) a improcedência da autuação.

Os autos foram remetidos à PGE para emissão de Parecer.

Em opinativo realizado, da lavra dos i. Procuradores Adriana Lopes Vianna e Elder dos Santos Verçosa, o entendimento manifesto foi o de que as alegações trazidas pela defesa são infundadas e absurdas, uma vez que a autuação do Fisco Estadual seguiu os ditames legislativos sobre lançamento tributário, de atividade vinculada e obrigatória do ente tributário, conforme art. 142 e 173 do CTN.

Afirmam que a existência de Ação Declaratória nº 0042281-12.2007.8.05.0001 não pode impedir o cumprimento da lei pela autoridade administrativa, pelo que o fato da mesma não ter transitado em julgamento quando do lançamento do crédito tributário deste Auto de Infração não traz qualquer improcedência ou nulidade a este processo, sendo absurda a tentativa da recorrente em querer que a decisão da ação liquide o presente Auto de Infração.

Deste modo, asseveram que a referida ação tem natureza declaratória, devendo ser efetivada a liquidação da sentença para depois se dar a efetividade da mesma a qualquer direito que foi deferido. Assim, o procedimento ainda não se concretizou, vide informação do e-SAJ em anexo, não havendo fixação de valores a fim de quitação de ICMS relativo ao DESENVOLVE, pelo que não há como ser quitado o Auto de Infração, vez que não foi determinado qual valor de crédito de ICMS terá o Recorrente por ter sido vitorioso na referida lide.

Em relação à infração 2, afirma que mesmo que a Recorrente tivesse direito ao benefício para o período autuado, esta parcela não estaria incluída no mesmo.

Pelo exposto, o Parecer foi no sentido de Negar Provimento ao Recurso Voluntário, mantendo a Decisão de piso inalterada.

VOTO

O Auto de Infração imputou ao sujeito passivo o cometimento de duas infrações: a falta de recolhimento do ICMS a) em decorrência de erro na apuração do imposto; e b) no prazo regulamentar, referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios.

O que se questiona neste Auto de Infração é o uso, pelo recorrente, dos benefícios do programa

DESENVOLVE, após o seu tempo de fruição, qual seja, 21 de janeiro de 2014. Restou comprovado que o Contribuinte utilizou para apuração do imposto um ajuste de crédito ao Programa Desenvolve sem mais possuir o precitado benefício.

Ademais, o sujeito passivo não recolheu o ICMS devido lançado na sua Escrituração Fiscal Digital, sendo que parte deste imposto já foi objeto de cobrança, conforme débito declarado, e por este motivo o débito da infração 02 refere-se apenas a diferença devida em 04/2014 e 05/2014.

A tese do contribuinte, tanto na defesa inicial quanto na recursal, gira em torno da Ação Declaratória nº 1449051-5/2007, ajuizada contra o Estado da Bahia, a qual reconheceu o direito da recorrente em ter como data de fruição do benefício a do protocolo de intenções, firmado em 21/01/2002, bem como as garantias do gozo das prerrogativas do benefício do DESENVOLVE e seus reflexos desde a referida data. Como o benefício foi concedido por 12 (doze) anos, sua vigência findou em 21 de janeiro de 2014. Assim, a liminar e a sentença, muito antes do trânsito em julgado da referida ação, foram respeitadas pela autuação.

Ocorre que, assim como apresentado pelo julgador de piso, *o lançamento em questão não tem a ver com a ação judicial da qual o autuado dá notícia.*

Observa-se claramente que a infração trata de períodos e fatos posteriores ao período de vigência Benefício do DESENVOLVE, objeto da referida Ação Declaratória, sendo que a matéria da precitada ação judicial em nada afeta esta autuação. Por isso, o trânsito em julgado do processo não invalida a autuação.

Esse processo difere dos demais Autos de Infração lavrados contra esta Recorrente, uma vez que os outros Autos de Infração tratavam de parcelas dilatadas e períodos referentes ao momento em que a empresa usufruía do DESENVOLVE (Acórdãos 0222-12/14, 0001-11/12, 0223-11/13), sendo que a defesa sempre utilizou como fundamento a precitada Ação Declaratória.

Ademais, insta ressaltar o entendimento da PGE no pertinente ao alcance de tal julgamento. Afirmam os Procuradores que *a referida ação tem natureza declaratória, devendo ser efetivada a liquidação da sentença para depois se dar a efetividade da mesma a qualquer direito que foi deferido. Assim, o procedimento ainda não se concretizou, vide informação do e-saj em anexo, não havendo fixação de valores a fim de quitação de ICMS relativo ao DESENVOLVE, pelo que não há como ser quitado o Auto de Infração, vez que não foi determinado qual valor de crédito de ICMS terá o Recorrente por ter sido vitorioso na referida lide.*

Ou seja, mesmo a matéria deste Auto de Infração fosse referente ao período de fruição do DESENVOLVE, o fato de a ação judicial ter transitado em julgado não garante sua aplicação sem a sua devida definição.

Em relação ao mérito das infrações, reparo algum merece a Decisão de piso. Ademais, as mesmas não foram objetivamente confrontadas pela empresa recorrente.

Em relação à infração 1, restou comprovado pelo autuante que a recorrente apurou o ICMS indevidamente, uma vez que, como bem observou o julgador de piso, a recorrente considerou *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.*

No pertinente à infração 2, a fiscalização observou que o valor lançado na escrita fiscal não era aquele informado nas DMA's, exigindo a diferença nos períodos de maio e abril de 2014, que constitui o valor da infração, a qual restou comprovada.

Deste modo, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, mantendo inalterada a Decisão de piso.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 278936.0008/14-0, lavrado contra **INDÚSTRIA DE LATICÍNIOS PALMEIRA DOS ÍNDIOS S.A – ILPISA**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.628.187,82**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, alíneas “a” e “f”, da Lei nº 7.014/1996, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de outubro de 2017.

RUBENS BEERRA SOARES - PRESIDENTE

LAÍS DE CARVALHO SILVA - RELATORA

ANA CAROLINA ISABELA MOREIRA - REPR. DA PGE/PROFIS