

A. I. N ° - 298579.3007/16-7
AUTUADO - LUPUS DESENVOLVIMENTO EM ALIMENTOS LTDA
AUTUANTE - HÉLIO RODRIGUES TORRES JÚNIOR
ORIGEM - INFAZ FEIRA DE SANTANA
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 27/09/2017

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0183-03/17

EMENTA: ICMS. BENEFÍCIO FISCAL. PROGRAMA DESENVOLVE. ERRO NA DETERMINAÇÃO DA PARCELA SUJEITA A DILAÇÃO. PARCELA NÃO POSTERGADA RECOLHIDA A MENOS. Comprovado nos autos, a exclusão de débitos e inclusão de créditos referentes a operações não incentivadas. Contribuinte não elide a acusação fiscal. Afastada preliminar de nulidade aduzida. Não acolhido pedido de redução da multa. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 12/12/2016, atribui ao sujeito passivo o recolhimento a menos do ICMS no valor de R\$1.088.972,22, acrescido da multa de 60%, em razão de erro na determinação do valor da parcela sujeita a dilação de prazo, prevista pelo Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia - Desenvolve. Ocorrências nos meses de janeiro a dezembro de 2011, janeiro a maio, julho, setembro a dezembro de 2012. (Infração 03.08.04). Consta que a parcela não postergada pelo Contribuinte foi recolhida a menos, por ter deixado de abater do cálculo, os débitos fiscais não vinculados ao Projeto e de ter acrescido os Créditos Fiscais não vinculados ao Projeto, conforme exigido na Resolução 118/2006.

O autuado, através de advogado legalmente constituído, apresenta impugnação às folhas 37/45. Aduz a tempestividade da peça defensiva e impugna o lançamento de ofício, pelos fatos e fundamentos expostos a seguir.

Diz que como se observa com a juntada do instrumento de mandato, requer desde já, que esta repartição tome as devidas providências para que sejam procedidas as anotações de praxe no Processo Administrativo, a fim de que as futuras intimações sejam encaminhadas ao patrono Jan Przewodowski Montenegro de Souza, inscrito na OAB/RJ sob nº 83.445, independentemente de quem venha assinar as futuras petições.

Repete a infração que lhe foi imputada. Registra que o artigo 151, inciso III do Código Tributário Nacional (CTN) assegura a suspensão da exigibilidade do crédito tributário contra o qual foram interpostos impugnações e recursos administrativos, nos termos das leis reguladoras do processo administrativo fiscal. Por conseguinte, a presente Impugnação deve garantir aos Impugnantes a suspensão da exigibilidade do crédito tributário até que seja proferida decisão final quanto ao conteúdo do auto ora guerreado, posto que pendente a discussão (administrativa ou judicial) quanto à legalidade da cobrança do suposto débito fiscal.

Explica ser pessoa jurídica de direito privado do seguimento *pet*, para produção de ração animal e via de consequência está sujeita ao recolhimento do tributo de ICMS sobre operações relativas à circulação de mercadorias.

Comenta que as operações relativas a circulação de mercadoria são operações que impulsionam a mercadoria desde a sua fonte de produção até o consumidor. Diante do que se apresenta, está sujeita ao pagamento do ICMS - Mercadoria, quando a legislação aplicável expressamente o

sujeitar à incidência do imposto estadual. Sobre a obrigação tributária cita o Mestre Hugo de Brito Machado, em sua doutrina “Curso de Direito Tributário”.

Discorre sobre fato gerador do ICMS. Diz que o auto de infração combatido que pretende anular, se refere a transferências de mercadorias realizadas entre o mesmo estabelecimento, sendo todas as transferências realizadas entre as filiais da Impugnante através das notas fiscais de saída.

Frisa que como se sabe, a simples transferência de mercadoria entre os mesmos estabelecimentos, não ocasiona o fato gerador do ICMS, uma vez que não implica transferência de propriedade, ou mesmo atividade mercantil. A legislação vigente e a jurisprudência indicam a impossibilidade de cobrança do tributo nesta hipótese, conforme determinado pelo Verbete nº 166 do STJ.

Entende que para haver a configuração do fato gerador e a consequente incidência do tributo, deve haver a transferência de mercadorias, devidamente atrelada a um negócio jurídico (atividade mercantil), o que, efetivamente não ocorreu, *in casu*. Assevera que emerge do conjunto probatório juntado ao processo administrativo pelo próprio Fisco, que não ocorreu qualquer transação comercial entre os estabelecimentos, até porque estes pertencem ao complexo industrial da Impugnante e caracterizam a transferência de matéria prima e insumos para a conclusão do processo de industrialização, o que segundo a legislação e jurisprudência, afasta a incidência do tributo ora combatido.

Diz que, ainda que se insista, a ausência de aplicação da norma que regulamentou o Regime Desenvolve, está em uma situação anterior a sua aplicação, visto que trata da origem do imposto e não da sua aplicação. Entende que tais transferências entre os estabelecimentos do mesmo contribuinte (de filial para filial) não são geradoras de tributo e que era obrigação do fisco orientar o contribuinte naquilo que se pode chamar de “mar de legislações tributárias”, devendo-se presumir que os agentes têm o dever de conhecer a legislação, portanto a concretização do lançamento não deveria ter ocorrido.

Cita jurisprudência dos Tribunais Superiores que entende ser taxativa sobre a não incidência do ICMS, quando ocorre a transferência de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo contribuinte. Lembra que o acessório segue o principal e as multas aplicadas no auto de infração, também não deverão subsistir.

Destaca que a não anulação do combatido Auto de Infração neste momento, fará apenas com que exista mais uma demanda junto ao poder Judiciário, que certamente será provida em favor do Contribuinte. Diz que os nossos Tribunais, a partir do Novo Código de Processo Civil, estão vinculados às Súmulas e Enunciados do STF e STJ.

Protesta pela improcedência do auto de infração, por inexistência do fato gerador do ICMS na transferência de mercadoria entre estabelecimentos do mesmo contribuinte, o que pode ser comprovado através das notas fiscais utilizadas para autuação, em que se constata a transferência das mercadorias entre suas filiais, com saídas para Santa Luzia/MG e Rio Bonito/RJ.

Salienta ainda, a aplicação no caso em tela do Princípio da Segurança Jurídica insculpido no artigo 5º inciso XXXVI, da Constituição Federal, que assim prevê: “*a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada*”.

Neste sentido, diz que não pode a Administração Pública mudar a interpretação na aplicação de determinado tributo, cobrando impostos através de apurações que não condizem com os ditames legais.

Apresenta entendimento de que o Fisco interpreta a lei da forma que melhor lhe convém e da maneira mais fácil para invadir o patrimônio do contribuinte. Desta forma, utiliza-se de informações insuficientes, superficiais e ausentes de cunho legal.

Requer a total improcedência do lançamento frisando inexistir o ICMS na transferência de mercadorias entre estabelecimentos da mesma empresa. Finalmente, protesta provar o alegado, por todos os meios que se fizerem necessários.

O Autuante presta a informação fiscal, fls. 64/69. Diz apresentar as contrarrazões em atendimento ao disposto no regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF/99), procede à informação fiscal ao Auto de Infração.

Explica que o contribuinte foi autuado por ter recolhido a menos o ICMS em razão de erro na determinação do valor da parcela sujeita a dilatação de prazo prevista pelo Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia - DESENVOLVE. Portanto, a parcela não postergada foi recolhida a menor. Por ter deixado de abater do cálculo, os débitos fiscais não vinculados ao Projeto e de ter acrescentado créditos fiscais, também não vinculados, conforme exigência da Resolução 118/2003, DOE 18 e 19/11/2006.

Afirma que o Programa DESENVOLVE é um incentivo fiscal aplicado sobre as operações nas quais incidem o Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS), de competência do Estado da Bahia.

Informa que o Decreto N° 8.205/2002 aprova o Regulamento do Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia - Desenvolve e constitui o seu Conselho Deliberativo. Transcreve o art. 1º e incisos do referido decreto.

Frisa que sendo um benefício fiscal do Estado da Bahia, a empresa inscrita no cadastro neste Estado, tem a opção de aderir ou não a este Programa, a depender de sua conveniência. Para se habilitar, o contribuinte precisa seguir o que recomenda o capítulo IV do Decreto n° 8.205/2002, conforme transcreve.

Aduz que a empresa defendente pleiteou este benefício fiscal, o qual foi atendido através da Resolução n° 118/2006 para a empresa Nutriara Alimentos Ltda., alterada pela Resolução 971/2010, em virtude da incorporação desta, pela Lupus Desenvolvimento em Alimentos Ltda., CNPJ n° 11.120.258/0003-00 e IE n° 84.731. 188.

Sendo assim, diz ser preciso seguir as regras que determinam as condições para usufruir o Benefício Desenvolve. Contudo, nos exercícios de 2011 e 2012, a empresa deixou de abater do cálculo do imposto: Os Débitos Fiscais não vinculados ao Projeto e de ter acrescentado os Créditos Fiscais não vinculados ao Projeto. Por consequência, a parcela não postergada foi recolhida a menos, conforme planilha "Cálculo do ICMS a Recolher Passível de Incentivo pelo Desenvolve" (fls. 06 a 28).

Explica que o artigo 10, inciso 11 da Resolução 118/2006, traz de forma clara e objetiva que a dilatação do prazo se refere exclusivamente as "Operações Próprias" geradas em razão dos investimentos previstos no projeto incentivado, conforme estabelecido na Classe I, da Tabela I, anexa ao Regulamento do Desenvolve.

Informa os ajustes que empresa deixou de fazer:

- 1) Deixou de excluir do Saldo Devedor Passível de Investimentos (SDPI), os Débitos Fiscais Não Vinculados Ao Projeto (DNVP):
 - 1.1) Transferência de mercadorias adquiridas ou recebidas de terceiros (CFOP: 6152), (fls. 12 e 23).
 - 1.2) Débitos de Diferença de Alíquota, (fls. 12 e 24).
- 2) Deixou de incluir no Saldo Devedor Passível de Investimentos (SDPI), os Créditos Fiscais Não Vinculados Ao Projeto (CNVP):
 - 2.1) Transferência para comercialização (CFOP: 2152), (fls. 16 e 27).
 - 2.2) Créditos e Ressarcimentos (CFOP:2600), (fl. 27) .

Como decorrência destes procedimentos, a empresa calculou um Saldo Devedor Passível de

Incentivo Maior, e consequentemente uma Parcela Incentivada a maior, resultando numa Parcela Não Postergada a menos (fls. 07 e 19). Portanto, em nenhum momento a fiscalização autuou a empresa pelas transferências de mercadorias realizadas entre o mesmo estabelecimento.

Opina pela procedência da autuação.

VOTO

Preliminarmente, quanto aos aspectos formais do lançamento, observo que o presente Auto de Infração foi lavrado em conformidade com o disposto no art. 39 do RPAF/99, e se encontra apto a surtir seus efeitos jurídicos e legais. Não houve qualquer violação aos princípios constitucionais que regem o procedimento e processo administrativo fiscal, em especial, os da legalidade, da ampla defesa, e do contraditório, sendo que o contribuinte autuado apresentou razões de defesa demonstrando entendimento dos fatos e com os argumentos que entendeu pertinentes. Os dispositivos dados como infringidos, inclusive a multa aplicada, estão condizentes com o fato relatado no Auto. Não verifico dessa forma, qualquer dos pressupostos de nulidades elencados no art. 18 do RPAF/99.

No mérito, o sujeito passivo foi autuado em razão de erro na determinação do valor da parcela sujeita a dilação de prazo, prevista pelo Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia - Desenvolve. Consta na descrição dos fatos que a parcela não postergada pelo Contribuinte foi recolhida a menos, por ter deixado de abater do cálculo, os débitos fiscais não vinculados e de ter acrescido Créditos Fiscais também não vinculados ao Projeto, conforme exige Resolução 118/2006.

O Programa DESENVOLVE incentiva a instalação de novos empreendimentos industriais ou agroindustriais e a expansão, reativação ou modernização de empreendimentos industriais ou agroindustriais já instalados, concedendo alguns benefícios, tais como dilação de prazo de 72 meses para o pagamento de 90%, 80% ou 70% do saldo devedor mensal do ICMS; diferimento do ICMS na aquisição de bens destinados ao ativo fixo e diferimento na aquisição interna de insumos.

A empresa defendente pleiteou este benefício fiscal, o qual foi concedido através da Resolução 118/2006 para a empresa Nutriara Alimentos Ltda., concessão esta, alterada pela Resolução 97/2010, em virtude da sua incorporação pela Lupus Desenvolvimento em Alimentos Ltda., CNPJ nº 11.120.258/0003-00 e IE nº 84.731.188.

Observo que o defendente não apontou no levantamento fiscal, qualquer inconsistência no que se refere aos cálculos elaborados na apuração do ICMS devido. Centrou sua defesa, no argumento de que o auto de infração se refere a operações de transferências de mercadorias realizadas entre estabelecimentos do mesmo grupo, sendo todas as transferências realizadas entre filiais da Impugnante através das notas fiscais de saídas. Apresentou entendimento que a simples transferência de mercadoria entre os mesmos estabelecimentos, não ocasiona o fato gerador do ICMS, uma vez que não implica transferência de propriedade, ou mesmo atividade mercantil.

Analisando os elementos que compõem o PAF, verifico que o lançamento de ofício em análise exige cobrança de ICMS em função da apuração do imposto pelo Autuado, não se encontrar em consonância com as regras estipuladas na Resolução 118/2006 que o habilita ao gozo dos benefícios ali relacionados.

No presente caso, para o deslinde da questão, cumpre analisar a redação do inciso II do § 1º da Resolução nº 118/2006 (DOE 18 e 19/11/2006), que habilitou a Nutriara Alimentos, posteriormente absorvida pela Lupus Desenvolvimento em Alimentos Ltda., empresa ora defendente, aos benefícios do DESENVOLVE:

Art. 1º Considerar habilitado aos benefícios do Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – DESENVOLVE, o projeto de implantação da NUTRIARA ALIMENTOS LTDA., CNPJ nº 03.267.162/0004-21, localizado no município de Feira

de Santana, neste Estado, para produzir rações balanceadas para animais, sendo-lhe concedidos os seguintes benefícios:

*I - diferimento do lançamento e do pagamento do ICMS nas importações e nas aquisições neste Estado e em outra unidade da Federação, relativamente ao diferencial de alíquotas, de bens destinados ao ativo fixo, para o momento em que ocorrer sua desincorporação; e
II - dilação de prazo de 72 (setenta e dois) meses, para pagamento do saldo devedor do ICMS, relativo às operações próprias, gerado em razão dos investimentos previstos no projeto incentivado, conforme estabelecido na Classe 1, da Tabela 1, anexa ao Regulamento do DESENVOLVE. (grifo nosso).*

Pela leitura do dispositivo acima transcrito, verifica-se ser expressa a determinação legal contida na citada Resolução, determinando que os cálculos do pagamento do saldo devedor do ICMS que será postergado, gerado em razão dos investimentos previstos no projeto incentivado, se referem às operações próprias.

Neste sentido, verifico que em ação fiscalizatória restou constatado que o defendente deixou de obedecer às regras necessárias a utilização do Benefício DESENVOLVE, considerando que nos exercícios de 2011 e 2012, a empresa deixou de abater do cálculo da parcela do ICMS a ser dilatada, débitos fiscais e de ter acrescentado créditos fiscais não vinculados ao Projeto. Assim, a parcela não postergada foi recolhida a menos, conforme evidenciado no levantamento fiscal fls. 06 a 28.

Ressalto por importante, que as operações que foram alvo desta autuação referem-se aquelas resultantes de mercadorias que não foram industrializadas pelo autuado, descumprindo a norma que rege a matéria, que é expressa ao determinar que o benefício fiscal aplica-se exclusivamente às operações próprias. Portanto, a irregularidade apontada, nada tem a ver com operações de transferências como entendeu o defendente, que seriam devidamente consideradas, caso as citadas operações de transferências fossem de mercadorias produzidas pelo estabelecimento detentor do benefício DESENVOLVE aqui discutido.

Em sede de informação fiscal, o Autuante esclareceu que a empresa deixou de fazer os seguintes ajustes:

- 1) Deixou de excluir do Saldo Devedor Passível de Investimentos (SDPI), os Débitos Fiscais Não Vinculados Ao Projeto (DNVP):
 - 1.1) Transferência de mercadorias adquiridas ou recebidas de terceiros (CFOP: 6152), (fls. 12 e 23).
 - 1.2) Débitos de Diferença de Alíquota, (fls. 12 e 24).
- 2) Deixou de incluir no Saldo Devedor Passível de Investimentos (SDPI), os Créditos Fiscais Não Vinculados Ao Projeto (CNVP):
 - 2.1) Transferência para comercialização (CFOP: 2152), (fls. 16 e 27).
 - 2.2) Créditos e Ressarcimentos (CFOP:2600), (fl. 27).

Este procedimento resultou em um cálculo do saldo devedor passível de incentivo a maior, ou seja, uma parcela incentivada a maior, gerando recolhimento a menos da parcela não postergada (fls. 07 e 19).

Assim, concluo que a infração encontra-se devidamente caracterizada.

O autuado requereu que esta repartição tome as devidas providências, para que sejam procedidas as anotações de praxe no Processo Administrativo, a fim de que as futuras intimações sejam encaminhadas ao patrono Jan Przewodowski Montenegro de Souza, inscrito na OAB/RJ sob nº 83.445, independentemente de quem venha assinar as futuras petições. Registro que não há impedimento para que tal providência seja tomada. Porém, observo que de acordo com o art. 26, inciso II do RPAF/99, a intimação deve ser efetuada por escrito, endereçada ao contribuinte, seu preposto ou responsável e a forma de intimação e ciência da tramitação de processos ao sujeito

passivo se encontra prevista nos artigos 108 e 109 do RPAF/99, inexistindo qualquer irregularidade se a intimação for endereçada diretamente ao contribuinte.

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

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração **298579.3007/16-7**, lavrado contra **LUPUS DESENVOLVIMENTO EM ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.088.972,22**, acrescido da multa de 60% prevista no inciso II, alínea “f”, do art.42 da lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de setembro de 2017.

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – RELATORA

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA - JULGADOR