

A. I. N ° - 27581.0303/11-0
AUTUADO - ESPUMACAR DA BAHIA INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.
AUTUANTE - RODOLFO LUIZ PEIXOTO DE MATTOS
ORIGEM - INFAZ INDÚSTRIA
INTERNET - 15.05.2012

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0084-021/12

EMENTA: ICMS. BENEFÍCIOS FISCAIS. DESENVOLVE. RECOLHIMENTO A MENOS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. Recolhimento de ICMS efetuado a menos, concernente à uma parte do ICMS postergado por recolher, que foi exigido com amparo no que dispõe o Dec. 8205/03, em seu Art. 6º. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 27/07/2011, traz a exigência de ICMS no valor histórico de R\$ 376.545,07, tendo em vista a constatação de que o autuado deixou de recolher ICMS dilatado no prazo regulamentar, devidamente não informado em declaração eletrônica estabelecida na legislação tributária, por contribuinte enquadrado no Programa DESENVOLVE. Foi postergado o pagamento da parcela incentivada, não havendo declaração de dedução na DMA, com o prazo de 72 meses, conforme determinado pelo Dec. 8.205/2002, e Resolução n. 53/2004, e no vencimento do prazo não houve o recolhimento. Valores atualizados conforme Resolução citada, discriminados na planilha “DESENVOLVE – Apuração do ICMS com Prazo Dilatado Não Recolhido”, anexa a este Auto. Nos meses em que o valor deduzido não corresponde ao valor de direito pelo Desenvolve, na planilha consta o cálculo do valor efetivamente postergado. Nos meses em que houve recolhimento antecipado parcial da parcela incentivada, foi calculado o saldo a recolher de acordo com o determinado no Regulamento do Programa Desenvolve, Dec. 8.205/2002, Art. 6º”.

O autuado ingressa com defesa às fls. 28 a 37 dos autos apresenta impugnação afirmando, quanto à infração 01, que a acusação não merece prosperar, tendo em vista que a empresa Impugnante não cometeu qualquer irregularidade, conforme será mais adiante demonstrado, sendo certo, inclusive, que os tributos foram devidamente recolhidos de acordo com o programa DESENVOLVE, conforme será demonstrado a seguir.

Registra que é beneficiária do Programa DESENVOLVE, enquadrando-se na Classe 1, tendo o percentual de ICMS incentivado em 90% (noventa por cento), ou seja, percentual de desconto do ICMS de 90% (noventa por cento) em caso de antecipação do recolhimento em 05 (cinco) anos e desconto de 85% (oitenta e cinco por cento) em caso de antecipação do recolhimento em 04 (quatro anos).

Entende que a infração não pode prosperar, notadamente por dois motivos, quais sejam: *primeiro, porque a empresa Impugnante efetuou todo o recolhimento de forma antecipada, ocorrendo somente um pequeno equívoco em relação à correção monetária; e, segundo, porque a informação eletrônica passou a ser possível somente a partir de maio de 2009, tendo em vista a Portaria nº 207, de 26 de maio de 2009*).

Entende que a empresa Impugnante recolheu o ICMS devido de cada competência no prazo estabelecido, só que efetuou a correção monetária de forma equivocada, justamente porque, à época, não existia o programa do Estado da Bahia – DPD – para efetuar a correção.

Aduz que é o que se pode observar na Planilha demonstrativa em anexo (doc. 02), Planilha esta que demonstra a diferença da correção feita (sem o DPD) com a correção pela utilização do programa do Estado da Bahia – DPD, que à época não existia –, conforme documento em anexo

(doc. 03), bem como consigna a correção da diferença corrigida até a data de 20 de outubro de 2011 para efeito de regularização.

Sendo mais específico, tem-se o seguinte:

Mês/ano	Valor com atualização do DPD	Valor recolhido com correção sem o programa DPD (não existia na época)	Diferença de correção	Diferença corrigida pra pagamento (20/10/2011)
Ago/03	R\$ 4.631,23	R\$ 4.624,48	R\$ 6,75	R\$ 13,46
Set/03	R\$ 5.730,38	R\$ 5.665,35	R\$ 65,03	R\$ 128,86
Nov/03	R\$ 8.244,25	R\$ 8.233,90	R\$ 10,35	R\$ 20,13
Dez/03	R\$ 2.570,55	R\$ 2.568,50	R\$ 2,05	R\$ 3,93
Jan/04	R\$ 9.042,19	R\$ 9.042,18	R\$ 0,01	R\$ 0,02
Fev/04	R\$ 4.959,09	R\$ 4.958,28	R\$ 0,81	R\$ 1,53
Mar/04	R\$ 9.167,40	R\$ 9.165,89	R\$ 1,51	R\$ 2,83
Mai/04	R\$ 14.467,70	R\$ 10.153,47	R\$ 4.314,23	R\$ 7.954,01
Jun/04	R\$ 7.701,66	R\$ 7.116,07	R\$ 585,59	R\$ 1.070,79
Nov/04	R\$ 9.111,75	R\$ 8.771,98	R\$ 339,77	R\$ 596,15

Quanto aos prazos respectivamente recolhidos, consigna que foram respeitados: 30/07/2004 (Ago/03); 31/08/2004 (Set/03); 26/11/2004 (Nov/03); 19/01/2005 (Dez/03); 21/02/2005 (Jan/04); 18/03/2005 (Fav/04); 20/04/2005 (Mar/04); 21/06/2005 (Mai/04); 20/07/2005 (Jun/04); e 20/12/2005 (Nov/04). Contudo, como o Auditor Fiscal que promoveu a autuação não observou este fato, ou seja, que foi efetuado o recolhimento no prazo correto e com os valores integrais – inclusive não se atentando para os valores que constam nos DAE's –, acabou concluindo, equivocadamente, da forma exposta no Auto de Infração.

Nesse contexto, alinha o impugnante, justamente pela diferença da correção monetária encontrada, o Auditor Fiscal acabou considerando que não teria sido feito o recolhimento dentro do prazo antecipado (do diferimento do incentivo), passando a exigir integralmente sem o benefício fiscal.

No entanto, como dito, afirma que o valor foi integralmente quitado, não havendo que se falar em falta de recolhimento do ICMS, mas, tão-somente, em diferença da correção monetária entre a correção efetuada pela empresa Impugnante (que à época não foi feita pelo DPD, pois não existia) e a correção conforme o DPD feita pelo Fisco Estadual posteriormente.

Entende não ter havido nenhuma ilegalidade, má-fé ou tentativa de burlar o Fisco Estadual teve a empresa Impugnante, sendo certo que a diferença de valores decorreu de mero erro formal, erro de cálculo da correção monetária em virtude da inexistência do DPD.

Alinha que o Poder Público deve observar o princípio da proporcionalidade, até porque a empresa Impugnante, além de cumprir com todas as suas obrigações, ainda é pólo gerador de empregos e desenvolvimento social.

Argui que, seja pela observância do princípio da proporcionalidade, seja pelo recolhimento integral dentro do prazo estabelecido, seja, ainda, pela ausência de culpa da empresa Impugnante, mas, sim, do próprio Estado da Bahia que não disponibilizava, na época, um programa como o DPD, não resta dúvida que a consequência pretendida pelo Auditor Fiscal não pode ser levada adiante.

Alinha que, não por outro motivo, também, é que a empresa Impugnante emitiu os DAEs para regularização da diferença de valor em relação à correção monetária, conforme documentos em anexo (doc. 04), visando, justamente, regularizar a situação provocada pela inexistência do DPD à época.

Quanto à questão da não informação em declaração eletrônica exigida pela legislação tributária, tem-se que, à época, não haveria como ser feita, até porque não era exigência tributária.

Aduz que somente passou a ser possível a fazer referida declaração eletrônica a partir do ano de 2009, tendo em vista a Portaria nº 207, de 26 de maio de 2009, sendo certo que a passou a ter

vigência a partir de 27 de dezembro de 2010, conforme art. 3º, inciso V, vindo a empresa cumprir em 18 de janeiro de 2011. Contudo, fez de maneira errada. Portanto, nenhuma das situações acima discriminadas, extraídas do Auto de Infração, merece prosperar, restando todas impugnadas.

Afirma que logo em seguida, tem-se a seguinte situação: *“Foi postergado o pagamento da parcela incentivada, não havendo declaração de dedução na DMA, com o prazo de 72 meses, conforme determinado pelo Dec. 8.205/2002, e Resolução n. 53/2004, e no vencimento do prazo não houve o recolhimento. Valores atualizados conforme Resolução citada, discriminados na planilha “DESENVOLVE – Apuração do ICMS com Prazo Dilatado Não Recolhido”, anexa a este Auto”*.

Assegura que a referida imputação também não deve prosperar, tendo em vista que, em que pese não ter sido feita a declaração de dedução na DMA (art. 5º, § 2º, do Dec. 8.205/02), a empresa Impugnante fez os devidos recolhimentos do ICMS postergado de forma antecipada (dentro do prazo) com os descontos que a legislação permite, conforme documento em anexo (“Extrato de Pagamentos Realizados, doc. 05), através do Código 2167 do ICMS – Programa DESENVOLVE. Houve somente erro de correção monetária, como já explicado acima, tendo em vista não existir à época disponibilização pelo Estado programa para o cálculo em questão, atualmente o DPD.

Por fim, tem-se a seguinte situação: *“Nos meses em que o valor deduzido não corresponde ao valor de direito pelo Desenvolve, na planilha consta o cálculo do valor efetivamente postergado. Nos meses em que houve recolhimento antecipado parcial da parcela incentivada, foi calculado o saldo a recolher de acordo com o determinado no Regulamento do Programa Desenvolve, Dec. 8.205/2002, Art. 6º”*.

Em relação à situação ora posta em análise, entende que também não merece prosperar, tendo em vista que em todos os meses foi feito o recolhimento corrigido, conforme documento em anexo (doc. 05). O que ocorreu foi que, a partir do advento da DPD, passou a poder verificar uma diferença de valores em função da correção, antes sem o DPD, depois com o DPD, conforme acima já explicado.

Destaca que o Auditor Fiscal que lavou o Auto de Infração fez o cálculo considerando o valor principal, não observando o valor efetivamente recolhido, conforme planilha demonstrativa em anexo (doc. 02).

Registra, contudo, tendo em vista a boa-fé da empresa Impugnante, que houve dois erros. Primeiro, trata-se do erro que ocorreu na competência referente ao mês de junho de 2004, tendo em vista que a parcela postergada foi paga de forma antecipada em 20 de julho de 2005, mas na guia de arrecadação foi descrita como mês de referência junho de 2005, razão pela qual será feita a retificação do DAE para regularização. Segundo, trata-se da competência de maio de 2004, vez que, apesar de ter feito a correção para a data correta, ou seja, 20 de junho de 2005, atribuindo o desconto de 90% sobre o tributo, a empresa só pôde realizar o devido pagamento em 21 de junho de 2005.

Entende que a referida situação traria como consequência para a empresa Impugnante a não utilização do desconto de 90%, passando a ficar enquadrada, na situação, no desconto de 85% (oitenta e cinco por cento). Desta forma, seria devido somente essa diferença com a atualização monetária de acordo com o DPD.

Complementa que, assim como as demais situações, o Auto de Infração, também nesta parte, deve ser julgado improcedente, notadamente porque efetuou todos os recolhimentos do ICMS dentro do prazo estabelecido.

O mesmo rumo, entende que dever ocorrer em relação à penalidade aplicada pelo Fisco Estadual, qual seja, a multa prevista no art. 42, inciso II, alínea “F”, da Lei nº 7.014/96.

Considera que nem o dispositivo legal da suposta infração se enquadra na situação fática do caso em tela, nem a previsão normativa da multa retrata o ocorrido em relação à circulação das mercadorias.

Pede a improcedência do Auto de Infração.

Requer a produção de todas as provas em Direito admitidas, especialmente a juntada dos documentos em prova e contra-prova, bem como em outras que vierem a ser necessários, principalmente a realização de perícias nos documentos contábeis da empresa Impugnante.

O autuante, às fls. 85 a 86 dos autos, apresenta a informação fiscal aduzindo que, em relação à alegação de que a informação eletrônica a que se refere à infração só passou a existir a partir de maio de 2009, deve estar se referindo à DPD, que é uma declaração eletrônica específica do contribuinte que possui o Programa do DESONVOLVE, contudo se equivoca a autuada, pois em nenhum momento foi feita a referência à DPD, os dados utilizados foram retirados das DMAS apresentadas pela empresa, conforme cópias anexadas às fls. 6 a 23 dos autos.

Alinha que a alegação de recolhimento antecipado com prazo dilatado, a menos, de pequenas diferenças apuradas pela atualização feita, com a apresentação da planilha à fls. 46, tais valores não diferem dos do demonstrativo base desse Auto de Infração à fl. 05, exceto quanto ao cálculo final da diferença a recolher, que incorpora a atualização feita com base na resolução 28/2003, que determina que ela seja feita utilizando-se 85% da TJLP.

Entende que, se há uma diferença entre o recolhido e o devido, restou uma parte do ICMS postergado por recolher, e que está sendo exigido no presente lançamento, de acordo com o disposto no Dec. 8205/03, em seu Art. 6º, conforme explicitado na descrição da infração. Os cálculos apresentados pela autuada simplesmente tornam a diferença não recolhida antecipadamente, considerando o desconto como se fosse, e a corrigem até 20/11/2011, o que não corresponde ao que dispõe o Regulamento do Programa DESENVOLVE no citado art. 6º.

Em relação à alegação de que o autuante não observou os prazos de recolhimentos corretos, e exigido o ICMS postergado integralmente, por não ter encontrado diferenças na antecipação, afirma que a regra é bastante clara no acima citado artigo 6º e a planilha à fl. 05 considera exatamente a regra. Portanto, aduz que não pode acatar a argumentação errônea do autuado.

Assegura que, de qualquer forma, fez uma revisão total dos cálculos e prazos, e como a própria SEFAZ estava autorizando nos DAEs o recolhimento no dia útil imediatamente, posterior quando o prazo de recolhimento caía no sábado ou domingo, em prol da justiça tributária, apenas nos meses onde isso ocorreu, alterou o valor calculado, pois este fato altera o percentual de desconto para antecipação. Afirma explicar, na nova planilha apresentada em anexo a sua informação fiscal, os valores considerados com percentual de desconto por antecipação a cada mês.

Ressalta ainda que no mês de junho de 2004, consta da planilha à fl. 46 o valor recolhido a título de antecipação de 7.116,07, que este valor não corresponde aos registros de DAEs nos sistemas da SEFAZ, que para este mês acusa o valor considerado na planilha que é de R\$2.055,08, necessitando que se comprove o aludido pagamento, se for o caso, para que se possa considerá-lo.

O autuado, às fls. 91 a 93 dos autos, volta a se manifestar afirmando que o autuante não enfrentou todos os pontos suscitados na Impugnação oferecida pela empresa Peticionária, limitando-se a enfrentar somente aqueles que o interessou.

Reitera tudo quanto exposto na impugnação apresentada, até porque a mesma está em consonância com a legislação vigente referente à matéria. Salienta, também, que uma simples análise do Auto de Infração e da Impugnação oferecida permite concluir que os argumentos consignados pelo Auditor Fiscal não merecem guarida. Primeiro, porque os recolhimentos realizados pela empresa Peticionária ocorreram dentro do prazo estabelecido pelo “Programa Desenvolve”. Segundo, porque eventual diferença de valor, conforme apresentado na planilha constante na Impugnação, decorreu de mera atualização monetária, não havendo que se falar em recolhimento a menor de natureza tributária, ou seja, referente ao ICMS a recolher.

Repete argumentos já alinhados em sua primeira manifestação.

O autuante, à fl. 97 dos autos, apresenta nova informação fiscal afirmando que já considerou todas as alegações trazidas pela defesa, inclusive em relação ao recolhimento de R\$ 7.116,07, referente ao mês de junho de 2004, o qual novamente o autuado alega, mas não comprovam.

VOTO

O presente lançamento de ofício traz a exigência de ICMS, tendo em vista a constatação de que o autuado deixou de recolher ICMS dilatado no prazo regulamentar, devidamente não informado em declaração eletrônica estabelecida na legislação tributária, por contribuinte enquadrado no Programa DESENVOLVE.

Consta que *“foi postergado o pagamento da parcela incentivada, não havendo declaração de dedução na DMA, com o prazo de 72 meses, conforme determinado pelo Dec. 8.205/2002, e Resolução n. 53/2004, e no vencimento do prazo não houve o recolhimento. Valores atualizados conforme Resolução citada, discriminados na planilha “DESENVOLVE – Apuração do ICMS com Prazo Dilatado Não Recolhido”, anexa a este Auto. Nos meses em que o valor deduzido não corresponde ao valor de direito pelo Desenvolve, na planilha consta o cálculo do valor efetivamente postergado. Nos meses em que houve recolhimento antecipado parcial da parcela incentivada, foi calculado o saldo a recolher de acordo com o determinado no Regulamento do Programa Desenvolve, Dec. 8.205/2002, Art. 6º”*.

Verifico inicialmente que em relação à alegação de que a informação eletrônica a que se refere à infração só passou a existir a partir de maio de 2009, relativa a uma declaração do contribuinte que possui o Programa do DESONVOLVE, não há relação com a exigência, pois, conforme afirma o autuante, os dados foram retirados das DMAs apresentadas pela empresa, conforme cópias anexadas às fls. 6 a 23 dos autos.

A alegação de recolhimento antecipado com prazo dilatado, exceto quanto as pequenas diferença apuradas pela atualização feita, com a apresentação da planilha à fls. 46, tais valores, na mesma dicção do autuante, não destoam dos constantes no demonstrativo, base da presente exigência, à fl. 05. A diferença resine no cálculo final da diferença a recolher, que incorpora a atualização fita com base na resolução 28/2003, que determina que ela seja feita utilizando-se 85% da TJLP.

A diferença entre o recolhido e o devido é concernente à uma parte do ICMS postergado por recolher, e que está sendo exigido no presente lançamento de ofício, amparado no que dispõe o Dec. 8205/03, em seu Art. 6º.

A questão é que os cálculos apresentados pela autuada consideram para a diferença não recolhida antecipadamente, o desconto como se fosse, e a corrigem até 20/11/2011, o que não corresponde ao que dispõe o Regulamento do Programa DESENVOLVE no citado art. 6º.

Em relação à alegação de que o autuante não observou os prazos de recolhimentos corretos, e exigido o ICMS postergado integralmente, por não ter encontrado diferenças na antecipação, não pode ser acolhida, pois a regra é bastante clara no acima citado artigo 6º e a planilha à fl. 05 aplicada pelo autuante em sua apuração.

O autuante, contudo, observando o fato de que a SEFAZ autorizou nos DAEs o recolhimento no dia útil imediatamente, posterior quando o prazo de recolhimento caia no sábado ou domingo, em prol da justiça tributária, apenas nos meses onde isso ocorreu, alterou o valor calculado, pois este fato altera o percentual de desconto pala antecipação.

Apresenta nova planilha em anexo a sua informação fiscal, constando os valores considerados com percentual de desconto por antecipação a cada mês.

Ficou demonstrado que, no mês de junho de 2004, consta da planilha à fl. 46 o valor recolhido a título de antecipação de 7.116,07, que este valor não corresponde aos registros de DAEs nos sistemas da SEFAZ, que para este mês acusa o valor considerado na planilha que é de R\$ 2.055,08. Verifico que o autuado não comprovou tal recolhimento, inclusive em sua última manifestação nos autos.

Considerando que o autuado não apresenta em sua última manifestação, qualquer elemento material que elida a exigência, bem como os ajustes efetuados pelo autuante, consoante a nova planilha de apuração “*DESNOLVE – Apuração do ICMS com Prazo Dilatado não Recolhido*”, constante à fl. 87, onde o autuante em sua informação fiscal ajusta as datas de vencimentos, conforme o demonstrativo de débito resultante, ora fica acolhido.

Demonstrativo de débito ajustado:

Ocorrência	Vencimento	Valor Histórico
20/9/2009	20/9/2009	92,87
20/10/2009	20/10/2009	892,28
20/11/2009	20/11/2009	-
20/12/2009	20/12/2009	140,33
20/1/2010	20/1/2010	27,75
20/2/2010	20/2/2010	806,97
20/3/2010	20/3/2010	10,96
20/4/2010	20/4/2010	20,23
20/5/2010	20/5/2010	-
20/6/2010	20/6/2010	38.172,68
20/7/2010	20/7/2010	72.975,00
20/8/2010	20/8/2010	31.146,13
20/9/2010	20/9/2010	-
20/11/2010	20/11/2010	920,11
20/12/2010	20/12/2010	4.472,12
20/1/2011	20/1/2011	-
20/2/2011	20/2/2011	-
TOTAL A SER EXIGIDO		149.677,43

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **27581.0303/11-0**, lavrado contra **ESPUMACAR DA BAHIA INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$149.677,43**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de abril de 2012

JOSÉ CARLOS BACELAR - PRESIDENTE

ANGELO MARIO DE ARAUJO PITOMBO - RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - JULGADOR