

A. I. Nº - 298574.0003/17-5
AUTUADO - FERTIPAR FERTILIZANTES DO NORDESTE LTDA.
AUTUANTE - JOWAN DE OLIVEIRA ARAUJO
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
INTERNET - 15. 08. 2017

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0122-01/17

EMENTA: ICMS. PROGRAMA DESENVOLVE. ERRO NA DETERMINAÇÃO DO VALOR DA PARCELA SUJEITA A DILAÇÃO DE PRAZO. Arguição de nulidade em vista de cerceamento de defesa. Todos os elementos para defesa constam dos autos. Pedido de nulidade rejeitado. Só é permitido o benefício da dilação de prazo em relação à parcela não incentivada efetivamente paga no prazo regulamentar. Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração objeto deste relatório foi lavrado em 28/03/2017 e refere-se à cobrança de ICMS no valor de R\$2.953.423,65, no período de fevereiro e março de 2012, agosto a dezembro/2012 e janeiro a setembro/2013 bem como aplicação de multa no percentual de 60%, pela constatação da seguinte infração:

Infração 01 — 03.08.04 - Recolheu a menor o ICMS 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.

A Impugnante esclarece que atua no ramo de fabricação de adubos e fertilizantes e que tem zelado pelo cumprimento rigoroso das obrigações tributárias, principal e acessórias e que não obstante, teve contra si a lavratura do Auto de Infração em tela, com a exigência de crédito tributário no montante de R\$6.029.929,80, atualizados até 28/03/2017, e descreve a infração em questão e asevera que “*a medida fiscal não merece prosperar de forma válida, como adiante se comprovará*”.

Em seguida afirma pela tempestividade da defesa tendo em vista que a ciência da intimação ocorreu no dia 30/03/2017, verifica-se que o *dies a quo* ocorreu em 31/03/2017 e o *dies ad quem* em 29/05/2017.

Discorre em sede preliminar pela nulidade do auto de infração sob o argumento de cerceamento de defesa em vista de que tendo o Auto de Infração sido lavrado em decorrência de constatação de erro na aplicação dos percentuais de ICMS incentivado conforme Classe de Enquadramento III da Tabela I do Regulamento do DESENVOLVE, verificou a Impugnante da análise dos demonstrativos de cálculos que integram a inicial que não foi possível identificar os critérios adotados pelo Autuante para apuração do crédito tributário, haja vista que os valores históricos lançados foram muito superiores aos das diferenças do imposto resultantes do equívoco havido na aplicação dos percentuais do incentivo fiscal, nos meses de fevereiro e março/2012 e de agosto/2012 a setembro/2013, abrangidos na medida fiscal.

Aduz ainda que apesar da Impugnante ter realizado rigorosa revisão de todos os procedimentos estabelecidos no Decreto nº 8.205, de 03 de abril de 2002, e na Instrução Normativa nº 27, de 02 de junho de 2009, não foi possível determinar a real natureza da infração.

Afirma que não se trata de simples incorreções ou omissões passíveis de correções, mas sim de situação em que não se pode determinar com segurança a natureza da infração e os critérios adotados para apuração do montante do suposto débito tributário, como pode ser aferido no mérito da presente Impugnação.

Evoca o Art. 5º, inciso LV, da CF, para embasar sua afirmação de que a todos os litigantes, tanto no processo judicial quanto no processo administrativo, são assegurados o contraditório e a ampla defesa.

Cita o art. 18 do Decreto nº 7.629, de 09 de julho de 1999 e pugna “*seja decretada, PRELIMINARMENTE, a nulidade in totum do presente feito, porquanto eivado do insanável vício de cerceamento de defesa, o que desde já se requer*”.

Quanto ao mérito informa inicialmente que a Impugnante foi habilitada aos benefícios do Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia - DESENVOLVE, por meio da Resolução nº 65/2003, de 26 de setembro de 2003, na modalidade de Projeto de Implantação. Conforme transcreve.

Assevera que dentre outros benefícios, foi concedido à Impugnante, com prazo de fruição de 10 (dez) anos, a dilação de prazo de 72 (setenta e dois) meses para pagamento do saldo devedor, relativos a operações próprias, gerado em razão dos investimentos previstos no projeto incentivado, conforme estabelecido na Classe III, da Tabela I, anexa ao Regulamento do Desenvolve - Decreto nº 8.205, de 03 de abril de 2002, a qual reproduz.

Acrescenta que na data de 13 de maio de 2017, foi assinada a Resolução nº 055/2014, concedendo pelo prazo de 12 (doze) anos, contados a partir de 1º de maio de 2014, dilação de prazo de 72 (setenta e dois) meses para pagamento do saldo devedor de ICMS, relativo a operações próprias, gerado em razão dos investimentos previstos no projeto incentivado, conforme estabelecido na Classe I da Tabela I, conforme transcreve.

Afirma que no art. 2º da Resolução nº 055/2014, consta que, a partir de agosto/2013, a dilação do prazo de pagamento em 72 (setenta e dois) meses aplica-se somente à parcela do saldo devedor de ICMS que exceder a importância de R\$ 128.567,13 média mensal dos saldos devedores em até 24 meses anteriores ao do pedido de incentivo - art. 3º, § 4º, do Regulamento do DESENVOLVE.

E aduz que o Auto de Infração tem por base o pressuposto de que a Impugnante aplicou percentual do ICMS não previsto na Classe III da Tabela I da Resolução nº 65, de 26 de setembro de 2003, o que resultou em recolhimento a menor do imposto normal devido.

Informa, por entender relevante, que, no período abrangido pela medida fiscal, o contribuinte estava submetido ao Prazo de fruição 9 (nove) anos, com percentual do ICMS incentivado de 60%, e a antecipação de 5 (cinco) repercutiria num percentual de desconto por anos de antecipação de 80%.

Esclarece que revisando os procedimentos adotados para a apuração do valor do ICMS incentivado e os pagamentos de ICMS Normal e ICMS incentivado, em relação aos períodos objeto de Auto de Infração, constatou-se que, não obstante o percentual de ICMS incentivado correto ser o de 70%, constante da Classe III da Tabela I do Regulamento do DESENVOLVE, ser aplicável apenas até o 8º ano, por equívoco a Impugnante adotou também para os 9º (ANO DE 2012) e 10º (ANO 2013) anos, quando deveria ter aplicado, respectivamente, os percentuais de 60 e 40.

Afirma que os valores do ICMS Normal, dos períodos referenciados, foram pagos no dia 9 (nove) do mês subsequente ao da apuração, nos termos da legislação aplicável, e as parcelas correspondentes ao ICMS Incentivado foram pagas antecipadamente, com desconto de 80%, até o dia 20 do mês seguinte ao da apuração.

Assevera que sendo o valor do ICMS incentivado recalculado com a aplicação dos percentuais corretos, verifica-se que o equívoco havido resultou no recolhimento de ICMS, a menor, no montante histórico de R\$ 1.589.948,36, conforme demonstrativo "RECÁLCULO DO ICMS INCENTIVADO E COMPARATIVO COM O IMPOSTO NORMAL E ANTECIPADO PAGO", em anexo — Doc. 03.

Explica seu cálculo da seguinte forma: “*Como se verifica do referido demonstrativo, o erro na aplicação do percentual de ICMS incentivado acarretou na falta de recolhimento do ICMS Normal, no montante de R\$ 1.987.435,45 (R\$ 4.125.703,56 - R\$ 2.138.268,11). No entanto, implicou no pagamento antecipado do ICMS*

incentivado, a maior, no valor de R\$ 397.487,09 (R\$ 988.938,48 — R\$ 591.451,39). Descontando-se a parcela do ICMS incentivado pago a maior do ICMS Normal pago a menor, chega à diferença final de R\$ 1.589.948,36”.

Acrescenta que o recálculo dos valores do ICMS Incentivado e do ICMS Normal foi realizado mensalmente a partir da Instrução Normativa nº 27 de 02 de junho de 2009, mediante adequação dos percentuais do ICMS incentivado, nas planilhas de cálculo utilizadas originalmente, conforme cópias em anexo - Doc. 05.

Assevera que a Fiscalização apurou a título de diferença, o valor histórico do ICMS de R\$ 2.953.423,65, e que este montante é muito superior à diferença decorrente de erro na aplicação do percentual de ICMS incentivado, nos termos do Regulamento do DESENVOLVE e da Instrução Normativa nº 27/2009 e reafirma que os demonstrativos que integram o Auto de Infração não permitem averiguar o critério adotado pela Fiscalização para obtenção dos valores consignados no auto de Infração.

Conclui então que considerando que os valores apurados pelo Auditor são extremamente elevados em relação aos obtidos pela Impugnante na revisão dos cálculos, é certo que a medida fiscal foi adotada com base em levantamento fiscal inconsistente, inseguro, sem os requisitos mínimos para a sua manutenção, razão pela qual o Auto de Infração deve ser julgado improcedente. E resume seus pedidos:

“Em face do exposto e dos demonstrativos anexados à presente Impugnação, requer-se de Vossas Senhorias:

a) Preliminarmente, seja decretada a nulidade do Auto de Infração em decorrência de flagrante cerceamento de defesa; e

b) caso não seja acolhida a preliminar de nulidade, o que não se espera, no Mérito, seja o Auto de Infração julgado totalmente improcedente.

Termos em que pede deferimento”.

O Autuante inicia sua informação fiscal desconstituindo a preliminar de nulidade da Impugnante afirmando que não há requisitos para aplicação do art. 18, incisos II e IV, alínea “a”, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto nº 7.629, de 09 de julho de 1999, pois constam, no processo, a configuração da natureza da infração, por meio dos elementos essenciais do tributo apresentados, da descrição, pormenorizada, da infração apurada e da metodologia para a apuração do ICMS devido, seja pela complementação da descrição da imputação fiscal, pelas memórias de cálculos exemplificadas e dos demonstrativos fiscais autoexplicativos, inclusive, diante dos seus títulos, de modo a evidenciar as informações claras, inequívocas e precisas nos demonstrativos de fls. 1 a 5, 16 a 70, bem como daqueles, em meio magnético, entregues ao impugnante de acordo com o recibo à fl. 71, deste PAF, inclusive, por possibilitar verificar os vínculos entre as planilhas elaboradas.

Adentrando às arguições acerca do mérito informa o Autuante que houve equívoco interpretativo do impugnante acerca da existência de parcela do saldo devedor de ICMS que exceder a importância de R\$ 128.567,13 a partir de agosto/2013. Pois, ao analisar a Resolução nº 55/2014, fl. 115, constata-se que o art. 5º fixa o marco inicial de vigência, que não é agosto/2013, e, sim 28/05/2014. E afirma que a data de agosto/2013 está relacionada com início de aplicação do índice de correção IGP-M a cada período de 12 meses. E que por isso, não merece ser acolhida a interpretação do impugnante.

Frisa que a Impugnante aquiesceu a respeito da fruição equivocada do percentual de ICMS incentivado, constante da Classe III da Tabela I do Regulamento do DESENVOLVE, quando deveria ter aplicado os percentuais de 60% e 40% no período fiscalizado.

Destaca que o fato imputado possui base no art. 18 do Regulamento do Programa DESENVOLVE – aprovado pelo Decreto nº 8.205, de 03 de abril de 2002, e na Instrução Normativa nº 27, de 02 de junho 2009 e no art. 1º, inciso II da Resolução nº 65, de 26 de setembro de 2003, juntada cópia à fl. 20.

Afirma que a metodologia desenvolvida pelo sujeito passivo diverge da legislação vigente, na medida em que não considera a disposição contida no art. 18, *caput*, do Regulamento do

Programa DESENVOLVE. Ademais, o impugnante não junta provas que possam subsidiar o fato modificativo exposto, a exemplo, dos valores do SDMPI – PISO e VALOR DO ICMS INCENTIVADO no mês de agosto/13, fl. 117.

Explica ainda que não é viável a compensação do imposto, discriminado por códigos de receita distintos, pois poderia afetar a Administração Tributária no monitoramento da fruição do Programa DESENVOLVE, inclusive, sob o aspecto da aplicação do índice do acréscimo moratório do imposto normal lançado distinto daquele fixado no art. 3º da Resolução nº 65, de 26 de setembro de 2003, o qual remete à Tabela II do referido Programa para conceder percentual de desconto da Taxa de Juros, de acordo com os indicadores parciais de aderência. E arremata que sendo assim não é possível o entendimento da Impugnante nem os seus cálculos apresentados.

Assevera que os valores divergentes calculados pelo sujeito passivo não são causas para atestar que o levantamento fiscal seja inconsistente, inseguro, sem os requisitos mínimos para a sua manutenção e solicita a aplicação do art.141 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto nº 7.629, de 09 de julho de 1999. Reafirma a liquidez da infração apurada e repete a acusação fiscal em tela.

Ao final pugna pela procedência total do auto de infração.

É o relatório.

VOTO

Compulsando os autos verifico que o presente processo administrativo fiscal está revestido das formalidades legais exigidas pelo RPAF/99, tendo sido o imposto, a multa e suas respectivas bases de cálculo, evidenciados de acordo com demonstrativos detalhados do débito e com indicação clara do nome, do endereço e da qualificação fiscal do sujeito passivo, além dos dispositivos da legislação infringidos.

Analisando a preliminar de nulidade da Impugnante afirmo que não vislumbrei requisitos para aplicação do art. 18, incisos II e IV, alínea “a”, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629, de 09 de julho de 1999, pois verifiquei que constam dos autos a configuração da natureza da infração, a partir da descrição da infração apurada como também da metodologia para a apuração do ICMS devido, acompanhada de memórias de cálculos exemplificadas e respectivos demonstrativos fiscais. Portanto voto pelo não conhecimento do pedido de nulidade em tela.

Quanto à alegação da Impugnante acerca da existência de parcela do saldo devedor de ICMS que exceder a importância de R\$ 128.567,13 a partir de agosto/2013, entendo que houve equívoco interpretativo por parte da defendente, pois, ao analisar a Resolução nº 55/2014, fl. 115, constato que o art. 5º fixa o marco inicial de vigência, que não é agosto/2013, e, sim 28/05/2014, data da publicação no DOE. E sendo assim, decido, que por isso, não merece ser acolhida a interpretação do Impugnante. Inclusive esta pretensão do Impugnante repercutiria em prejuízo para a Autuada.

Adentrando ao exame do mérito, verifico que o núcleo da questão está no equívoco perpetrado pela Impugnante ao adotar percentuais de 70% no 9º e 10º últimos anos de fruição do benefício do Programa Desenvolve, para calcular a parcela do ICMS MENSAL INCENTIVADO E SUJEITO À DILAÇÃO DE PRAZO, o que resultou na apuração a menos do ICMS NORMAL a pagar. Quando, as quais, conforme Classe de Enquadramento III da Tabela I do Regulamento do DESENVOLVE, em face do Decreto nº 8.205, de 03 de abril de 2002, e na Instrução Normativa nº 27, de 02 de junho de 2009, deveriam ser no, 9º e no 10º últimos anos, de 60% e 40% respectivamente, e verifiquei ainda que a Impugnante aquiesceu com esta acusação, de modo que quanto a este fato remanesceu apenas dúvidas quanto ao cálculo efetuado pelo Autuante, o qual resultou no lançamento de crédito tributário no valor de R\$ 2.953.423,65, enquanto a defesa afirma, segundo seus cálculos, ser o débito fiscal no valor de R\$ 1.589.948,36.

Verifiquei a absoluta correção dos cálculos apresentados pelo Autuante. Inicialmente às fls. 21 a 44, constam os demonstrativos de memória de cálculos para demonstração da apuração do valor do ICMS NORMAL a recolher caso fossem adotados os percentuais de dilação de prazo corretos de 60% e 40%. Onde verifiquei a correção dos valores adotados quanto às parcelas (Total de débitos operações incentivadas; Total de créditos ICMS operações incentivadas; Saldo devedor do ICMS Incentivado; Valor do Piso do ICMS; Parcela do ICMS das operações industriais incentivadas; Parcela do ICMS dilatado (60%); Saldo devedor total do ICMS; Valor do ICMS dilatado; ICMS a recolher; Valor do ICMS recolhido; Valor do ICMS Normal devido).

Verifico ainda, com base na planilha constante das fls. 17, que o valor autuado foi apurado na planilha elaborada pelo Autuante, denominada “DEMONSTRATIVO DA PARCELA DO ICMS DILATADO CORRIGIDA - APLICAÇÃO DO ART. 18 DO DECRETO Nº 8.205/02” onde o mesmo calculou o novo valor do ICMS DILATADO levando em consideração para apuração de nova parcela sujeita ao benefício da dilação de prazo, a qual denominou de “Valor do ICMS dilatado corrigido”, adotando um valor proporcional à parcela do ICMS NORMAL efetivamente recolhido.

Este valor “Valor do ICMS dilatado corrigido” foi levado para uma coluna de mesmo nome constante da planilha denominada “DEMONSTRATIVO DA APURAÇÃO DO ICMS DECORRENTE DA APLICAÇÃO DO ART. 18 DO DECRETO Nº 8.205/02”, constante das fls. 16, onde restou apurado o valor do ICMS devido lançado pelo Auditor Fiscal, com base na premissa do dispositivo regulamentar do desenvolve retro mencionado, que transcrevo a seguir:

Art. 18. A empresa habilitada que não recolher ao Tesouro do Estado, na data regulamentar, a parcela do ICMS não sujeita à dilação de prazo, perderá o direito ao benefício em relação à parcela incentivada naquele mês. (Grifei)

Assim, restou depreendido dos cálculos para apuração do valor do ICMS devido, que o Autuante, nos meses em que houve recolhimento a menos do ICMS NORMAL, considerou o benefício fiscal do programa DESENVOLVE relativo à parcela sujeita à dilação de prazo em valor proporcional à parcela do ICMS NORMAL efetivamente recolhida, com espeque no Art. 18 do decreto nº 8.205/02. Ou seja, tomando como exemplo o mês de fevereiro de 2012, em que a empresa deveria ter recolhido R\$106.411,80 para ter direito a dilatar o pagamento de 100% do ICMS passível do benefício de dilatação no montante de R\$174.209,15, foi apurado o pagamento de apenas R\$86.673,73, valor este que corresponde a apenas 81% do valor que deveria recolher, desta forma foi admitido pelo Autuante como parcela do ICMS dilatável apenas 81% do valor de R\$174.209,15, resultando na possibilidade de dilatação admitida de apenas R\$141.895,52, o que repercutiu no valor a recolher a título de ICMS normal não dilatável o valor de R\$138.725,43 o qual deduzido do valor efetivamente recolhido pela Impugnante de R\$86.673,73, resultou no valor autuado de R\$52.051,70.

De referência ao argumento de que o Autuante deveria excluir do valor apurado a parcela do ICMS paga a mais relativa a antecipação de 20% da parcela sujeita à dilação de prazo, entendo que se trata de valor que pode ser objeto de pedido de restituição por parte da Impugnante, após a comprovação da quitação do Auto de Infração em tela, considerando que este valor só terá efetiva liquidez após o trânsito em julgado deste lançamento de ofício.

Sendo assim, concordo com o posicionamento do Autuante por considerar que a Impugnante ao não recolher a parcela do ICMS não sujeita à dilação de prazo em sua integralidade, perde o direito de dilação de prazo referente a parte não recolhida, pois a regra do Art. 18 DO DECRETO Nº 8.205/02 é peremptória, ao definir que a parcela do ICMS sujeita à dilação de prazo será reflexo do valor efetivamente recolhido pela Impugnante.

Destarte, voto pela PROCEDÊNCIA TOTAL deste Ato de Infração, devendo ser considerado como devido o valor de R\$2.953.423,65.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por

unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **298574.0003/17-5**, lavrado contra **FERTIPAR FERTILIZANTES DO NORDESTE LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$2.953.423,65**, acrescido da multa de 60%, prevista no inciso II, alínea “f” da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala de Sessões do CONSEF, 20 de julho de 2017.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA – RELATOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ JULGADOR