

A. I. Nº - 271581.0202/15-1
AUTUADA - PLÁSTICOS NOVEL DO NORDESTE LTDA.
AUTUANTE - RODOLFO LUIZ PEIXOTO DE MATTOS SANTOS
ORIGEM - INFAZ INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 25/07/2017

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0137-03/17

EMENTA: ICMS. BENEFÍCIO FISCAL. PROGRAMA DESENVOLVE. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO DA PARCELA DILATADA DECLARADA NA DMA. CONTRIBUINTE HABILITADO PELA RESOLUÇÃO Nº 154/2006. Consta que o sujeito passivo postergou o pagamento da parcela incentivada em desacordo com o Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia - DESENVOLVE instituído pela Lei nº 7.980/01 combinado com o Decreto nº 8.205/2002. Apesar do recolhimento antecipado, a fim de usufruir dos descontos previstos no Regulamento do DESENVOLVE, o pagamento foi realizado com incorreção, demandando à competente ação fiscal. Revisão efetuada pelo Autuante reduziu o valor do débito. Infração parcialmente subsistente. Rejeitada a preliminar de nulidade e afastada a arguição decadência. Denegado pedido de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 29/05/2015 exige ICMS no valor de R\$91.903,56, acrescido da multa de 50% em decorrência da seguinte imputação: Infração - **02.13.01**. Falta de recolhimento do ICMS dilatado no prazo regulamentar, devidamente informado em declaração eletrônica estabelecida na legislação tributária, por contribuinte enquadrado no programa DESENVOLVE, nos meses de fevereiro, abril e maio, julho, outubro e novembro de 2013 e janeiro a dezembro de 2014 e janeiro de 2015.

Consta como complemento que “Foi postergado o pagamento da parcela incentivada, havendo declaração de dedução na DMA, com prazo de 72 meses, conforme determinado pelo Dec. nº 8.205/2002 e Resolução Desenvolve nº 53/2004, e no vencimento do prazo não houve recolhimento. Valores na planilha 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. nº 8.205/2002, art. 6º.”

O contribuinte ingressa com defesa, fls. 33 a 56, subscrita por advogado com procuração à fl. 68, na qual, depois de transcrever a acusação fiscal, alinha os argumentos que se segue.

Inicialmente reproduz os termos da acusação fiscal, observa a tempestividade de sua impugnação, em seguida articula suas razões de defesa nos termos a seguir resumidos.

Observa que apesar da motivação exposta no Auto de Infração, esta não deverá prevalecer em razão da existência de vícios de formalidade que prejudicam a ampla defesa, bem como em razão da ocorrência de decadência, ou, ainda, em razão da matéria de mérito quanto a apuração dos

valores devidos e a correta liquidação do ICMS.

Relata que, conforme se depreende do Auto de Infração, é sustentada a sua inadimplência em relação ao pagamento da parcela do ICMS postergada segundo os termos do Programa DESENVOLVE.

Para tanto, o Fisco elaborou dois anexos, doc. 07, fl. 95 e 97. Um relativo ao ano de 2007 e outro para o ano de 2008, nos quais são indicados os valores: (i) do ICMS apurado; (ii) do valor que deveria ser recolhido (10% do valor apurado); (iii) do valor efetivamente recolhido; (iv) do valor postergado nos termos do Programa DESENVOLVE; (v) do valor atualizado do montante postergado; (vi) do valor pago referente ao montante postergado com o desconto de 90%; e (vii) da suposta diferença entre o valor recolhido e o valor que deveria ser recolhido (comparação dos itens “v” e “vi”).

Diz que também consta do Auto de Infração duas outras tabelas (doc. 04 e 08), sendo uma o resumo da outra. A primeira tabela traz colunas referentes: (i) à data de ocorrência; (ii) à data de vencimento; (iii) à base de cálculo; (v) à alíquota; (vi) à multa; e (vii) ao valor histórico. Afirma que a outra tabela, além dos dados constantes da primeira tabela, traz a abertura dos valores do (a) débito; (b) da correção monetária; (c) do acréscimo moratório; (d) da multa; (e) do total; e (f) dos valores sujeitos à redução.

Afirma que as tabelas “não se conversam” e apenas causam confusão à compreensão do Auto de Infração, prejudicando, o seu direito de defesa. Destaca que nas tabelas (doc. 08) com indicação de data de ocorrência e base de cálculo o Fisco indica que a ocorrência do evento tributário e da data de vencimento seria entre 20/02/2013 e 20/01/15, sendo, ainda, indicada uma base de cálculo específica para cada período. Revela que nas tabelas denominadas de “DESENVOLVE - Apuração do ICMS com Prazo Dilatado Não recolhido”, o Fisco traz a indicação de todos os valores recolhidos pela Defendente e o cálculo da suposta diferença não recolhida por suposta não aplicação da TJLP.

Questiona qual a base legal e o parâmetro para indicação de uma base de cálculo, indagando a que se refere essa base de cálculo e decorre de qual operação de circulação de mercadoria. Ressalta que se a suposta falha é insuficiência de recolhimento do imposto apurado e declarado, qualquer menção de base de cálculo e alíquota deveriam ser em relação à operação original, sendo vedada a indicação de uma base de cálculo fictícia ou presumida.

Pondera que mesmo se fosse possível a indicação de uma base de cálculo presumida ou fictícia, deveria o Fisco ter demonstrado as premissas da presunção ou da ficção estabelecidas, o que não foi realizado no caso concreto.

Diz que para exemplificar o alegado, vale a comparação do período de janeiro/07 da tabela denominada de “DESENVOLVE - Apuração do ICMS com Prazo Dilatado Não recolhido”, doc. 07, fls. 95 e 97, com a primeira linha da tabela constante (doc. 08) da primeira folha do Auto de Infração elaborada logo abaixo da descrição da infração e com a tabela anexa com a composição do valor exigido, doc. 04, fls. 85 e 85.

Revela que a origem do débito de ICMS é o valor apurado em janeiro de 2007 no montante de R\$98.786,34, cuja extinção/liquidação, segundo a Fiscalização foi insuficiente na quantia de R\$7.551,33. Diz que desta informação decorrem várias indagações, conforme lista:

1. Se o valor do “ICMS Desconto” é de R\$2.757,89 e o “ICMS Recolhido” foi de R\$1.957,28, porque o valor em aberto (“Histórico”) é de R\$7.551,33 e não de R\$800,61? Observa que o Auto de Infração não traz qualquer critério ou base legal que suporte o cálculo apresentado pelo Fiscal;
2. Se o período de apuração do imposto supostamente não pago é de janeiro de 2007, qual a razão de existir um cálculo indicando que a “Data da Ocorrência” é de 20/02/2013? Diz que o próprio Auto de Infração indica que houve recolhimento do imposto em 20/02/2008 e que, no entanto, o crédito tributário constituído/exigido se refere ao período de 20/02/2013;

3. Qual o critério para atualização do valor histórico de R\$7.551,33?. Observa que o Auto de Infração não indica qual foi o índice para se atualizar o valor de R\$7.551,33 para R\$10.291,30;
4. A base de cálculo de R\$60.537,05, refere-se a qual operação? Qual o documento que suporta referido montante? Se o ICMS supostamente não recolhido refere-se ao período de janeiro de 2007, qual a relevância de uma base de cálculo de 20/02/2013? Afirma que aparentemente a base de cálculo de 20/02/2013 é apenas para justificar o valor de R\$10.291,30, encontrado na tabela denominada de “DESENVOLVE - Apuração do ICMS com Prazo Dilatado Não recolhido”, o qual também não foi justificado. E mais, este valor não decorre da aplicação de uma alíquota a uma determinada base de cálculo conforme erroneamente indicado em duas tabelas constantes do Auto de Infração;
5. Qual a operação realizada em 20/02/113 sujeita à incidência do ICMS à alíquota de 17%? Frisa que o Fisco não justifica a aplicação da alíquota de 17%;
6. Por fim, qual o critério utilizado para o cálculo do campo denominado de “A. Moratório”? Observa que o Fisco não apresenta qualquer base legal para o referido cálculo.

Afirma existirem diversos questionamentos sobre o Auto de Infração que não encontram resposta ou justificativa, ainda mais porque a base legal apresentada pela Fiscalização não dá os parâmetros necessários à constituição do crédito tributário. Continua observando o dispositivo referente à multa - art. 42, inciso I, da Lei nº 7.014/96 - lhe traz alguma luz para o entendimento do Auto de Infração, eis que claro ao prescrever a aplicação de multa de 50% no caso de falta de recolhimento.

Frisa que os demais dispositivos não dizem respeito à base de cálculo e à alíquota identificadas pelo Fiscal, à imputação do pagamento e à forma de cálculo do imposto que deixou de ser recolhido no prazo correto. Diz que da mesma forma, não é indicado o índice de “acréscimo moratório” ou a Taxa de Juros de Longo Prazo (TJLP) utilizada pelo Fiscal para que tais critérios possam ser conferidos e avaliados pela Defendente.

Menciona que o Auto de Infração ora combatido é nulo de pleno direito por diversas ofensas ao direito de defesa do contribuinte e a violação aos princípios constitucionais que regem o processo administrativo.

Prossegue aduzindo que a não indicação de qual o percentual da TJLP utilizada para atualização do ICMS postergado/dilatado, da não indicação do percentual de juros SELIC utilizado para correção atualização do valor histórico ou do acréscimo moratório, o Auto de Infração ainda indica que a Apuração do ICMS foi realizada de acordo com a Resolução nº 157/06, doc. 09, fl. 102, a qual não lhe diz respeito. Nesse sentido, veja que referida Resolução foi expedida à empresa, PLÁSTICOS BEIJA FLOR LTDA., o que reforça a nulidade do Auto de Infração.

Aduz ainda que diante dos princípios constitucionais da boa-fé e da moralidade administrativa, da ampla defesa e do contraditório, é indiscutível que o Auto de Infração deve trazer de forma clara e precisa não somente a descrição dos fatos e principalmente o dever tributário que se entende ocorrido e não adimplido pelo Contribuinte, bem como os dispositivos legais que suportam tal entendimento.

Sustenta que deve a Fiscalização indicar o suporte legal no Auto de Infração, tanto do direito material que descreve e suporta a eventual ocorrência do fato gerador ou o dever material ou instrumental descumprido pelo Contribuinte, quanto à capitulação adequada da multa, bem como deve a Fiscalização também indicar precisamente a composição do suposto valor devido imputado. Nessa linha, trás a colação lições do jurista, Fábio Soares de Melo.

Pondera que, muito embora a Fiscalização tenha apresentado a base legal para a aplicação da multa e a suposta regra material violada, não apresentou qualquer fundamentação legal para a efetiva composição do crédito tributário, aplicação dos índices de juros ou de acréscimo moratório, ou, ainda, o porquê da aplicação de multa tanto na apuração da diferença por insuficiência de pagamento quanto na constituição do crédito tributário efetivamente exigido.

Reitera assinalando, que da forma como elaborado o Auto de Infração, não tem como conferir os critérios e índices utilizados para a constituição do crédito tributário, o que aniquila o direito de defesa e causa violação integral dos princípios do contraditório e da ampla defesa, implicando, assim, no reconhecimento da nulidade do Auto de Infração conforme inciso 11, do art. 18, do Dec. nº 7.629/99.

Diz ser cediço o entendimento de que o motivo é um dos requisitos essenciais à existência do ato administrativo. Entende-se como motivo o pressuposto fático que ordena ou autoriza a prática de determinado ato pela Autoridade Administrativa. Em apertada síntese, ato sem motivo não pode/deve existir.

Observa que o princípio da motivação no processo administrativo tributário consiste na obrigatoriedade da elucidação das razões jurídicas que fundamentaram os atos dos Agentes Públicos. Frisa que seus efeitos se estendem também às decisões, que devem ser pautadas e proferidas de acordo com a análise de todos os elementos presentes nos autos do processo. Continua ponderando que a própria Constituição Federal previu em seu art. 93, inciso IX, que todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e todas as decisões serão fundamentadas, sob pena de nulidade.

Remata assinalando que, não tendo sido apresentada a devida base legal e fundamentação, bem como demonstrada a dificuldade no entendimento da infração e da constituição do crédito tributário, deve ser declarada a nulidade do Auto de Infração nos termos do inciso 11, do art. 18, do RPAF-BA/99.

Afirma ser necessário também demonstrar a ocorrência da decadência no presente caso. Diz que embora a Fiscalização tenha indicado no Auto de Infração que os créditos tributários constituídos são do período de fevereiro de 2013 a janeiro de 2015, é igualmente certo que os fatos geradores que suportam a incidência e a exigência do ICMS são de janeiro de 2007 a dezembro de 2008, doc. 10, fls. 104 a 230. Destaca que os valores devidos de ICMS - data de recolhimento - são relativos ao período de fevereiro de 2007 a janeiro de 2009, doc. 11, fls. 132 a 217.

Menciona ser possível alegar a ocorrência de decadência na medida em que o Auto de Infração somente foi lavrado em 29/05/15, isto é, mais de cinco anos após a ocorrência do pagamento e da data de vencimento da obrigação tributária.

Revela que, conforme relatado no próprio Auto de Infração que houve pagamento de parcela do ICMS devido, o que atrai, portanto, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que o prazo de decadência quinquenal inicia-se a partir da data do fato gerador na hipótese em que houve recolhimento do imposto, ainda que a menos. Cita como precedente o AgRg no AREsp 58954/MG; agravo regimental no agravo em recurso especial; 2011/0170190-5; DJe 11/12/2014.

Destaca que outra não pode ser a solução aplicada ao presente caso, uma vez que, conforme indicado no próprio Auto de Infração, nos termos do art. 6º, do Dec. nº 8.205/02, efetuou o pagamento do “ICMS dilatado” de forma antecipada com fruição do desconto de 90%.

Explica que, nos exercícios de 2007 e 2008, (i) realizou a apuração do ICMS devido e do ICMS incentivado; (ii) efetuou o recolhimento do valor mínimo determinado no Dec. nº 8.205/02 (2007: recolhimento do Piso mais 10% do valor do ICMS apurado; e 2008:recolhimento de 10% do valor do ICMS apurado); e (iii) efetuou o recolhimento do ICMS postergado/ dilatado (90% do valor do ICMS apurado) de forma antecipada com fruição do benefício de desconto de 90% (2007: recolhimento realizado no ano seguinte à apuração e cinco anos antes do vencimento dos 72 meses; e 2008:recolhimento no dia 20 do mês subsequente à apuração e seis anos antes do vencimento do prazo de 72 meses).

Diz que, considerando o teor do parágrafo 3º, do art. 6º, do Dec. nº 8.205/02 pelo qual a “liquidação antecipada de parte da parcela do imposto cujo prazo tenha sido dilatado, considera-se quitado o valor da parcela do imposto correspondente ao percentual que o recolhimento equivale na data em que foi efetuado”. Frisa ser evidente que o ICMS devido ou a parcela

correspondente foi quitada de forma antecipada e não quando do final do prazo de 72 meses.

Declara ser indiscutível, portanto, que no caso em exame houve a declaração do imposto e o pagamento do valor devido, o que atrai a regra do art. 150, §4º, do CTN, pela qual o prazo de decadência inicia-se na data do fato gerador ou, considerando as peculiaridades do caso concreto, na data do pagamento do saldo dilatado.

Quanto aos aspectos fáticos para a aplicação da correta regra jurídica (art. 150 do CTN), destaca que, conforme se depreende do Auto de Infração e da documentação anexa, sempre realizou o pagamento antecipado do ICMS a fim de obter o maior desconto possível do benefício previsto no programa DESENVOLVE.

Revela que, consoante suas alegações pode ser verificado nas planilhas denominadas de “DESENVOLVE - Apuração do ICMS com prazo Dilatado Não Recolhido”. Frisa que se depreende nos referidos documentos, elaborados pela própria fiscalização, sempre recolheu o ICMS devido em prazo inferior aos 72 meses concedido pelo Programa DESENVOLVE.

Informa que para o período de 2007, recolheu a parcela do ICMS postergado sempre no ano seguinte, isto é, entre o período de fevereiro de 2008 a janeiro de 2009, conforme planilha que acosta a fl. 45.

Já para o período de 2008, assinala que efetuou o recolhimento da parcela do ICMS postergado entre o período de fevereiro de 2008 a janeiro de 2009, consoante planilha que acosta à fl. 45.

Afirma que cumpriu suas obrigações tributárias - recolhimento do ICMS devido - entre o período de fevereiro de 2008 a janeiro de 2009. Assinala que o Auto de Infração somente foi lavrado em 29/05/2015, revelando, assim, a decadência do direito do Fisco de constituir crédito tributário referente a fatos gerados de janeiro de 2007 a dezembro de 2008.

Frisa que, nem se diga que eventual erro no cálculo do ICMS devido implicaria na presunção de que tivesse optado por liquidar o débito de ICMS apenas ao final do prazo de 72 meses. Esclarece que, conforme se verifica dos autos e dos documentos acostados, sempre se utilizou da faculdade do desconto pelo pagamento antecipado, o qual, aliás, é confirmado pela Fiscalização.

Sustenta que o ICMS - obrigação tributária - sempre foi recolhido integralmente, mediante os descontos concedidos em lei, de forma antecipada ao prazo de 72 meses autorizado no Programa Desenvolve.

Assevera que, se houve erro na apuração do ICMS devido, este deveria ter sido identificado pelo Fisco e exigido dentro do prazo de cinco anos do pagamento deficiente, isto é, até janeiro de 2014 e não apenas em maio de 2015.

Registra que em existindo pagamento antecipado, ainda que insuficiente, segundo a posição pacífica do STJ e firmada na sistemática de recurso repetitivo, o prazo de quinquenal de decadência é regido pela regra do art. 150 e, não pelo art. 173, ambos do Código Tributário Nacional.

Requer o cancelamento do Auto de Infração em razão da ocorrência de decadência.

Ao cuidar do mérito da autuação afirma ser a exigência fiscal improcedente.

Em relação ao período de 2007, assinala que os cálculos empregados pela Fiscalização são equivocados e não representam o efetivo valor supostamente devido, o que determinará o cancelamento do Auto de Infração em relação aos créditos tributários referentes a esse período, caso superados os argumentos da nulidade e da decadência acima aduzidos.

Reafirma que o Auto de Infração padece de nulidade pela falta de motivação e, principalmente, pela não indicação tanto do percentual da TJLP utilizado para apuração do ICMS postergado, bem como do percentual de SELIC utilizado para atualização dos valores supostamente devidos.

Diz que, não obstante a insuperável nulidade, a partir da divisão do valor de “ICMS postergado” pelo valor do “ICMS atualizado”, ambos constantes do Auto de Infração, é possível verificar que

foram empregados os percentuais que reproduz, fl. 48.

Ressalta que os percentuais utilizados pela Fiscalização não conferem com os valores divulgados pela Receita Federal do Brasil para a TJLP, doc. 12, fl. 218, que indica, fl. 49.

Destaca que para o período de fevereiro de 2007 a fevereiro de 2008, o percentual da TJLP é de 6,33% (considerando o início em março/07 e fim em fev/08). Cita como exemplo o percentual de 6,33% é distinto do percentual de 6,71% empregado pela Fiscalização. Observa que, ainda que se incluísse o índice de fevereiro de 2007 não se encontraria o valor utilizado pela Fiscalização.

Lembra que nos termos da Resolução 154/06, que o saldo devedor de ICMS postergado deve ser corrigido em 85% da TJLP e não pelo valor total de referido índice. Afirma que os percentuais aplicados pela Fiscalização contrariam a legislação e implicaram nulidade do cálculo. Revela declarando que os percentuais de TJLP corromperam a integralidade do crédito tributário conforme se depreende dos cálculos realizados pela Defendente considerando apenas 85% da TJLP, consoante planilha que acosta à fl. 50. Arremata frisando que ao se empregar os valores corretos da TJLP sequer há débito para o período de 20/01/08.

Relata que o valor total histórico encontrado pela Fiscalização foi de R\$57.589,41, enquanto o valor correto, considerando apenas as premissas do Auto de Infração, seria de R\$56.076,97, o que por si só, já demanda a nulidade do Auto de Infração.

Argumenta que, sobre o valor histórico apontado no Auto de Infração referente ao valor supostamente não recolhido, ao invés da Fiscalização aplicar juros SELIC ou TJLP integral (não há indicação no Auto de Infração de qual o índice aplica), deveria ela ter calculado o valor atualizado até a data de vencimento do ICMS postergado considerando 85% da TJLP, conforme tabela, fl. 50.

Afirma que a aplicação da TJLP até a data de vencimento do ICMS postergado, tal como acima argumentado e demonstrado tem por fundamento o quanto disposto no parágrafo 3º, do art. 3º, do Dec. nº 8.205/02, pelo qual o saldo de ICMS postergado será atualizado pela TJLP, no caso, por 85% da TJLP.

Pondera que, se o fiscal pretendeu apurar o imposto devido para as datas de vencimento do ICMS postergado, deveria ele ter aplicado, tão-somente, o percentual correspondente a 85% da TJLP e mais nenhum outro índice de juros ou de correção, o que, infelizmente, não ocorreu no caso em exame.

Assevera ter havido excesso na apuração do suposto valor devido, o que demanda o cancelamento do Auto de Infração quer em razão da nulidade pela não indicação dos índices de atualização utilizados pela Fiscalização, quer em razão da apuração em excesso do suposto valor devido conforme demonstrado.

Menciona que para os créditos constituídos no auto de infração referente ao ano de 2008 também houve a aplicação de índices equivocados de atualização do débito, tal como ocorrido em relação ao ano de 2007, porém o equívoco aqui é mais grave. Prossegue dizendo ser o equívoco é mais grave na medida em que em relação ao ano de 2008, em comparação com o período de 2007, o ICMS postergado não era recolhido no ano posterior ao fato gerador/apuração do imposto, mas sim no próprio período de apuração.

Revela que conforme se depreende das próprias planilhas constantes do Auto de Infração, o ICMS postergado era recolhido com o desconto de 90% no mesmo mês de recolhimento do ICMS “normal”. Assim, enquanto o ICMS “normal” era recolhido no dia 09 do mês subsequente à apuração, o ICMS dilatado era recolhido no dia 20 do também do mês subsequente à apuração.

Lembra que, sendo o ICMS postergado era recolhido no mês subsequente ao da apuração, é de se concordar com a insubsistência de aplicação de qualquer índice de atualização ou de correção monetária. Registra que, segundo se infere do Auto de Infração, a Fiscalização aplicou índices de correção, conforme se depreende do exemplo que colaciona, fl. 53.

Assinala que a Fiscalização aplicou um índice de TJLP de 0,44%, o que corresponde a 85% da TJLP apurada em cada mês do ano de 2008 e em janeiro de 2009. Observa que entre a data de recolhimento do ICMS “normal” e do recolhimento do ICMS postergado não houve o transcurso de um mês, sequer de 15 dias. Arremata esclarecendo que Fiscalização jamais poderia ter considerado a TJLP integral do mês, mas calculado *pro rata tempore*, sob ofensa do princípio da proteção do patrimônio e enriquecimento ilícito do Estado.

Afirma caber os mesmos comentários realizados para o período de 2007 quanto ao cálculo da atualização do valor histórico apontado pela Fiscalização no Auto de Infração, pois, ao invés de a Fiscalização aplicar juros SELIC, deveria ela ter calculado o valor atualizado até a data de vencimento do ICMS postergado considerando 85% da TJLP, conforme tabela, colacionada à fl. 54.

Registra que a aplicação da TJLP até a data de vencimento do ICMS postergado, tal como acima argumentado e demonstrado tem por fundamento o quanto disposto no parágrafo 3º, do art. 3, do Dec. nº 8.205/02, pelo qual o saldo de ICMS postergado será atualizado pela TJLP, no caso, por 85% da TJLP. Acrescenta que se o fiscal pretendeu apurar o imposto devido para as datas de vencimento do ICMS postergado, deveria ele ter aplicado tão somente o percentual correspondente a 85% da TJLP e mais nenhum outro índice de juros ou de correção, o que, infelizmente, não ocorreu no caso em exame.

Diante do exposto, assevera que houve excesso na apuração do suposto valor devido, o que demanda o cancelamento do Auto de Infração quer em razão da nulidade pela não indicação dos índices de atualização utilizados pela Fiscalização, quer em razão da apuração em excesso do suposto valor devido conforme demonstrado.

Pondera que, caso superada todas as nulidade e vícios constantes do Auto de Infração, tal como apontado na presente Defesa, é necessário consignar, conforme se depreende da documentação anexa, doc. 13, fls. 221 a 582, que apurou de forma correta o ICMS devido nos termos do Programa Desenvolve.

Lembra que a apuração do ICMS beneficiado pelo Programa Desenvolve deve ser realizada de acordo com os termos da Instrução Normativa SAT nº 27/09, a qual indica que nem todas as operações devem ser beneficiadas.

Observa que embora a Instrução Normativa em comento apenas tenha sido publicada em 2009, a já adotava os referidos critérios para apuração de seu ICMS e da respectiva parcela dos benefícios para os anos de 2007 e 2008. Frisa que diante da apresentação da documentação que ora instrui a presente Defesa e mediante a realização de diligência/perícia em referida documentação, verificar-se-á que o ICMS foi devidamente recolhido, não podendo, pois, subsistir o Auto de Infração ora defendido.

Arremata aduzindo que, embora o imposto ora em tela tenha sido devidamente apurado e extinto, conforme demonstrado, o que implica no cancelamento do Auto de Infração, ainda mais considerando a ocorrência de decadência e os vícios insanáveis que demandam a declaração de nulidade do Auto de Infração, em homenagem à ampla defesa, ainda deverá argumentar pela compensação. Continua revelando que, conforme se depreende do Auto de Infração, a Fiscalização consignou que ocorrera recolhimentos de ICMS “normal” a mais do que o devido e declarado e, desta feita, considerando que a Fiscalização não entendeu como decaído o direito de cobrar imposto apurado em 2007 e 2008, no caso de subsistência do Auto de Infração deverá ser aplicada a compensação de ofício.

Assevera que, se o Fisco entendeu que houve recolhimento a maior para parcela do ICMS devido e insuficiência de recolhimento para a parcela subsistente, deverá, portanto, em homenagem aos princípios da boa-fé e da proteção ao patrimônio, efetuar de ofício a compensação tributária entre os valores recolhidos a maior e os valores exigidos no Auto de Infração, impedindo, assim, o enriquecimento ilícito do Governo Estadual.

Declara que, caso necessário, requer a realização de diligência/perícia para reapuração dos

valores recolhidos nos termos do Programa Desenvolve.

Conclui requerendo a improcedência do Auto de Infração e pugnando pela compensação de ofício entre os valores exigidos e os valores recolhidos a maior a título de ICMS “normal”.

O autuante presta informação fiscal, fls. 586 a 588, articulando as ponderações resumidas a seguir.

Destaca que, primeiramente, alega o Autuado haverem duas tabelas que apresentam valores de débito no Auto e que elas não se conversam, confundindo e prejudicando seu direito de defesa.

Esclarece que as tabelas acostadas às fls. 05 e 28 são os demonstrativos de cálculo do ICMS a recolher, baseados no valor de ICMS com prazo de pagamento postergado pelo DESENVOLVE, declarado pela empresa em suas DMAs no campo DEDUÇÕES, e nos recolhimentos efetuados pela mesma com Código de Receita 2167.

Informa que a tabela, fl. 03, é montada pelo sistema de geração de Auto de Infração para fins administrativo-financeiros, como cálculo de juros e correções monetárias, a partir do valor do débito que foi calculado e está nas planilhas às fls. 05 e 28. Afirma que o lançamento no Auto de Infração é o valor constante da coluna “Débito”, fl. 03, que é o mesmo, cujo cálculo está detalhado e constante da última coluna nas planilhas às fls. 05 e 28. Assevera não ter fundamento, portanto, a alegação de que as tabelas não se comunicam.

Esclarece os questionamentos realizados à fl. 37, nos seguintes termos:

1. O valor do ICMS dilatado a recolher foi calculado como explicitado na descrição da Infração 01, “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.”
Assim, o valor recolhido de R\$1.957,33 equivale a 70,97% (aproximado na apresentação da planilha para 71%) do valor que deveria ter sido recolhido por antecipação naquela data, de R\$2.757,89, restando então 29,03% do ICMS original Postergado, de R\$26.012,29, que perfaz os R\$7.551,33 constante da coluna “Histórico”;
2. A Data de Ocorrência mencionada à fl. 38, de 20/02/2013 é exatamente o prazo que o benefício fiscal do DESENVOLVE concede para recolher a parcela com prazo de pagamento dilatado referente ao mês de janeiro de 2007. A infração é a falta deste recolhimento no prazo concedido;
3. Quanto à atualização até o vencimento, 20/02/2013, foi feita pelos critérios determinados no art. 4º, da Resolução DESENVOLVE nº 154/2006 (de pleno conhecimento do Autuado) que lhe concede o benefício, em seu art. 4º, que aplicado a R\$7.551,33, perfaz o valor de R\$10.291,30, que deveria ter sido recolhido neste prazo. Informa que os percentuais referentes à TJLP utilizados são os divulgados no site da Receita Federal do Brasil, e anexados a esta Informação Fiscal;
4. A Base de Cálculo constante à fl. 03 é calculada pelo próprio sistema de emissão de Auto de Infração, para cálculo interno. O lançamento é o valor do débito que está calculado às fls. 05 e 28, e baseado nos valores declarados pela empresa em suas DMAs, fls. 591 a 597, e valores recolhidos;
5. Já explicado no item 2;
6. O acréscimo moratório é calculado automaticamente pelo sistema da SEFAZ, baseado na taxa SELIC.

Quanto à alegação de decadência, revela sua surpresa, uma vez que a empresa solicita um benefício fiscal que posterga o prazo de pagamento de parte do ICMS em 6 anos, e vencido esse prazo sem que tenha recolhido integralmente o seu débito, venha alegar que o Estado não pode mais cobrar por decadência. Explica que a infração é o não recolhimento no prazo concedido pelo benefício fiscal, que no caso do mês referencia de janeiro de 2007 é 20 de fevereiro de 2013, que é, portanto, a data da ocorrência da infração.

Com relação ao questionamento dos cálculos efetuados, iniciados à fl. 48, esclarece reproduzindo

a memória de cálculo detalhada para o mês de referência janeiro de 2007.

Destaca que os índices da TJLP utilizados foram exatamente os mesmos citados pela autuada, ou seja, aqueles constantes do site da Receita Federal do Brasil, e anexos em tabela a esta Informação Fiscal, como segue:

ICMS Postergado = R\$26.012,29

TJLP do mês de referência = 0,5417% (talvez a autuada tenha aproximado para 0,54 indevidamente)

TJLP acumulada entre 20/02/2007 e 20/02/2008, segundo índices constantes da tabela anexa multiplicados por 0,85 = 5,518%

ICMS Postergado Atualizado com 85% da TJLP = R\$26.012,29 x 1,05518 = R\$27.447,66

Observa que este resultado feito manualmente passo a passo difere ligeiramente do apresentado na planilha original a fl. 05, o que atribuímos a efeito de aproximação feita automaticamente pela planilha de cálculo.

Informa que, para evitar maiores polêmicas, refez os cálculos usando exatamente o procedimento apresentado acima, e apresentamos nova planilha em anexo. Assinala que, de qualquer forma, os valores apresentados pelo Autuado não conferem e não estão detalhados o suficiente para se poder apontar onde exatamente está o erro. Declara que, como se pode ver na nova planilha, fl. 589, o valor recolhido por antecipação referente ao mês de dezembro de 2007 foi exatamente igual ao ora apresentado. Indaga porque há diferenças nos outros meses se o método de cálculo foi exatamente o mesmo.

Em relação ao ano de 2008, diz que a aplicação do mesmo procedimento descrito e ilustrado para o ano de 2007 nos leva a concordar que não há diferença de ICMS a cobrar referente a este ano, devendo ser excluídos os débitos referentes à planilha à fl. 28.

Diz ser completamente descabida a alegação de nulidade do Auto de Infração por erro nos valores e já sanada com a apresentação dos valores corrigidos, dos quais a autuada deverá ser intimada para ciência.

Conclui mantendo parcialmente a autuação.

O Autuado se manifesta acerca da informação prestada, fls. 586 a 588, da forma resumida a seguir enunciada.

Inicialmente destaca que, consoante se infere do Auto de Infração impugnado, o Autuante entendeu que, em relação ao pagamento da parcela postergada (dilatada), ocorreria falha no recolhimento integral do ICMS postergado, com o que não se pode concordar, razão pela qual se ingressa com a presente Defesa.

Pondera que deve ser fixada a premissa de que o ICMS foi pago antes da data de vencimento decorrente da postergação concedida pelo Desenvolve.

Esclarece que a data de vencimento postergada não pode ser utilizada para qualquer fim, seja para cálculo do imposto, seja para delimitação do prazo decadencial, pelo fato de que o imposto foi pago antecipadamente e de forma definitiva.

Frisa que, se houve falha no cumprimento do pagamento do imposto - pagamento a menos - é a partir da data do pagamento do imposto que deve ser contado o prazo decadencial para constituição do crédito tributário, bem como é essa data que deve pautar a constituição do crédito e desta data em diante cobrada a atualização monetária ou juros pelo suposto pagamento a menos.

Por isso, diz ser necessário reiterar todos os seus argumentos lançados quando da apresentação da Defesa.

Pondera que, segundo se infere das informações fiscais, o preposto fiscal trouxe esclarecimentos tanto sobre a metodologia utilizada para a constituição do crédito tributário quanto nova

motivação mediante a indicação de dispositivos legais não informados no Auto de Infração. Continua frisando que o Autuante apresentou nova planilha em relação aos valores/fatos geradores de 2007 com a aplicação adequada da TJLP para o cálculo da parcela postergada do ICMS. Arremata sustentando que a manifestação fiscal não supre ou retifica os vícios constantes do Auto de Infração.

Observa que, diante dos termos apresentados pelo Autuante, confirma-se que o Auto de Infração efetivamente padece de vícios de motivação, eis que sem os esclarecimentos realizados na informação fiscal é impossível compreender a metodologia utilizada para a constituição do crédito tributário.

Destaca que o preposto fiscal confirmou o erro de apuração do ICMS exigido no Auto de Infração para o exercício de 2007, o que se dá, principalmente, em razão da utilização indevida da TJLP, elaborando nova planilha para os valores de 2007 que traz um montante inferior ao exigido originalmente.

Revela ainda haver o vício atinente à atualização do valor do ICMS entre a data de pagamento e a data de vencimento postergado, deveria ocorrer por 85% da TJLP e não por SELIC. Afirma que a SELIC somente poderia ser aplicada da data de vencimento postergado para a data de lavratura do Auto de Infração.

Registra que os valores relativos aos fatos geradores de 2008 continuam com os mesmos vícios de cálculos e não foram retificados pelo preposto fiscal, tal como feito para 2007, o que acarreta a nulidade do Auto de Infração como demonstrado na Defesa.

Reafirma que o Auto de Infração indicou a Resolução nº 157/06 como sendo aplicável à Defendente, o que não é possível, já que a referida Resolução se refere à empresa distinta da Defendente, maculando o Auto de Infração.

Ratifica também, em relação à decadência, os argumentos de Defesa, eis que os fatos geradores ocorreram em 2007 e 2008 e o pagamento antecipado, lançamento por homologação, ocorreu em 2008 e 2009, i.e, mais de cinco anos antes da data de lavratura do auto de infração.

Assinala que, como o presente caso se trata de lançamento por homologação e houve a apuração e pagamento do crédito tributário pela Defendente, ainda que em valor a menos segundo a Fiscalização, é certo que a data do pagamento determina o termo *a quo* do prazo decadencial, o que, portanto, implica na decadência do Auto de Infração.

Reitera os argumentos da Defesa em relação a exatidão do pagamento realizado e a liquidação do ICMS devido.

Conclui pugnando pela procedência do Auto de Infração, cancelando-se por consequência as exigências fiscais nele lançadas, ou, alternativamente, no caso de manutenção do Auto de Infração, que seja determinada a compensação de ofício entre os valores exigidos e já reduzidos na informação fiscal com os valores recolhidos a maior a título de ICMS “normal”.

O Autuante, fl. 624, presta nova Informação Fiscal em face da manifestação do Impugnante.

Observa que o Autuado apresenta manifestação, após ciência da Informação Fiscal à fl. 586, na qual reitera o pedido de total improcedência do mesmo, ou em caso de manutenção, a compensação de ofício com os valores recolhidos como ICMS Normal a maior.

Afirma não haver qualquer alegação nova que já não tenha sido tratada e devidamente esclarecida na Informação Fiscal anterior.

Reitera que a alegação de indicação da Resolução nº 157/2006, referente a outra empresa já foi devidamente esclarecida à fl. 587. Assevera que os parâmetros utilizados foram os corretos, da Resolução nº 154/2006, referente ao Autuado. Assinala que apenas houve um erro de digitação do número da resolução na planilha, o que não afeta em nada o cálculo dos valores lançados.

Conclui frisando que feitas todas as considerações cabíveis, encerra esta Informação Fiscal, devendo o PAF ser encaminhado ao CONSEF para julgamento.

VOTO

Inicialmente enfrento a preliminar de nulidade da autuação suscitada pelo Impugnante, por falta de motivação e cerceamento de defesa, pelo fato de não ter apresentada a devida base legal e fundamentação, bem como por ter ele demonstrado nos autos sua dificuldade no entendimento da infração.

Depois compulsar todos os elementos que emergiram do contraditório, constato que todas as razões articuladas pelo sujeito passivo como óbice para o exercício de sua ampla defesa, em sede de preliminar de nulidade, foram devidamente esclarecidas e superadas pelo Autuante ao proceder à informação fiscal, as quais foram acolhidas ao tomar ciência do teor da informação, ao assim se manifestar *“Segundo se infere das informações fiscais, o preposto fiscal trouxe esclarecimentos tanto sobre a metodologia utilizada para a constituição do crédito tributário quanto nova motivação mediante a indicação de dispositivos legais não informados no auto de infração.”*

Portanto, ao serem esclarecidos na informação fiscal, os pontos, por ventura obscuros na acusação fiscal, e dado ciência ao defendente, fls. 599, entendo superadas essas questões, haja vista que, ao teor do §1º do art. 18 do RPAF-BA/99, eventuais incorreções ou omissões, desde que seja possível determinar a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário, devendo as incorreções e omissões serem corrigidas e suprimidas por determinação da autoridade competente, desde que o fato seja comunicado ao sujeito passivo, fornecendo-se-lhe no ato da intimação cópia dos novos elementos, com a indicação do prazo de 10 dias para sobre eles se manifestar. Exatamente como ocorrera no presente caso.

Especificamente, no que diz respeito à suscitada existência de vício de motivação na autuação, também não deve prosperar, uma vez que, o Auto de Infração afigura-se provido expressamente de todos os elementos que explicitam claramente o enquadramento legal da infração cometida, a tipificação da correspondente multa sugerida, a descrição circunstanciada do fato imponível, além dos demonstrativos de apuração e do débito exigido.

Esclarecido na informação fiscal o equívoco na indicação do número 157/2006 da Resolução grafada no título dos demonstrativos às fls. 05 e 28, sem repercussão no conteúdo, uma vez que foram adotados os dados atinentes a Resolução correta, ou seja, a Resolução nº 154/2006, e corrigido no título do novo demonstrativo elaborado, fl. 589, por consequência resta também superado esse óbice.

Assim, nos termos supra expendidos, restam superadas as questões atinentes às preliminares de nulidade suscitadas, com fundamento no §1º do art. 18 do RPAF-BA/99.

Ademais, também constato que o PAF está revestido das formalidades legais, e que não se encontram no presente processo qualquer dos motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18, do RPAF-BA/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento.

No tocante a preliminar de mérito suscitada pelo Autuado, sob a alegação de que ocorrera a decadência pelo fato de que a fiscalização, apesar de ter indicado no Auto de Infração serem os créditos tributários ocorridos do período de fevereiro de 2013 a janeiro de 2015, sustentou que os fatos geradores que suportam a incidência e a exigência do ICMS são de janeiro de 2007 a dezembro de 2008. Asseverou que, portanto, já fora operada a decadência, na medida em que o Auto de Infração somente foi lavrado em 29/05/15, isto é, mais de cinco anos após a ocorrência do pagamento e da data de vencimento da obrigação tributária.

Em que pese os fatos geradores originais tenham ocorrido no período de janeiro de 2007 a dezembro de 2008, o prazo para a constituição definitiva dos créditos tributários encontrava-se suspenso em razão da dilação do prazo para pagamento destes créditos tributários, quando da ocorrência da falta de recolhimento do ICMS dilatado apurado no presente Auto de Infração. Portanto, o marco inicial para a contagem do prazo decadencial para a constituição dos créditos

tributários, isso porque tal prazo estava.

No presente caso, por se tratar as diferenças apuradas de débito não declarado e não pago, se aplica a regra estabelecida no art. 173, inciso I, do CTN, e a contagem se dá a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento de ofício poderia ter sido efetuado.

Tendo em vista que as ocorrências se consumaram nos exercícios de 2013, 2014 e 2015 e a contagem do prazo decadencial se inicia no primeiro dia do mês do exercício seguinte, ou seja, em relação a 2013, inicia-se em 01/01/2014, findando-se em 31/12/2018. Como o presente lançamento fiscal foi efetivado em 29/05/2015, não há que se falar em decadência dos valores aqui exigidos. Dessa forma, afasto a decadência suscitada.

Em suma, por entender desnecessário para o deslinde da questão, ora em lide, denego os pedidos de diligências formulados pelo sujeito passivo, haja vista que os elementos que já integram os autos são suficientes para a formação do juízo de valor pelos julgadores, acerca das questões levantadas pelo contribuinte em sua peça de defesa, conforme art. 137, do RPAF-BA/99, combinado com a alínea “a”, do inciso I, do art. 147, do mesmo regulamento.

No mérito, o Auto de Infração cuida da falta de recolhimento de ICMS dilatado no prazo regulamentar, devidamente informado na declaração eletrônica prevista na legislação tributária, por contribuinte enquadrado no Programa Desenvolve.

Os demonstrativos de apuração do débito exigido, fls. 05 e 28, consta o cálculo do valor efetivamente postergado nos meses em que o valor deduzido não corresponde ao valor de direito pelo Desenvolve, e nos meses em que houve recolhimento antecipado parcial da parcela incentivada, foi calculado o saldo a recolher de acordo com o preconizado no Regulamento do Programa Desenvolve, Dec. nº 8.205/2002.

Em sede de defesa o Autuado pugnou pelo cancelamento da autuação em razão da impropriedade dos cálculos utilizados no Auto de Infração, pela não indicação tanto do percentual da TJLP adotado na apuração do ICMS postergado, bem como do percentual de SELIC adotado para atualização dos valores devidos.

O Autuante ao prestar informação fiscal, o Autuante sustentou que os índices da TJLP utilizados foram exatamente os mesmos citados pelo defendente, ou seja, os constantes do sítio da RFB.

Apresentou como exemplo o refazimento do mês de janeiro de 2007, fl. 588, efetuado manualmente e atribuiu que a diferença encontrada em relação ao demonstrativo de apuração acostado à fl. 05, decorre do efeito de aproximação feita pela planilha de cálculo.

Informou que refez os cálculos usando exatamente como exemplificado elaborando novo demonstrativo de apuração que colaciona à fl. 589. Observou que os valores apresentados pelo Autuado não convergem com os que apurou no novo demonstrativo e não estão devidamente detalhados, o que impede apontar exatamente onde está o erro. Assinalou também que o valor recolhido por antecipação no mês de dezembro de 2007 pelo defendente é exatamente igual ao consignando no novo demonstrativo.

Em relação ao exercício de 2008, o autuante revelou que a aplicação do mesmo procedimento descrito e adotado nos ajustes para o exercício de 2007 resultou na constatação de que inexistia diferença de ICMS a ser exigido, devendo ser excluído os débitos referentes à planilha acostada à fl. 28.

O Impugnante intimado a tomar ciência do teor da informação fiscal reconheceu que “o preposto fiscal apresentou nova planilha em relação aos valores/fato geradores de 2007 com a aplicação adequada da TJLP para a parcela postergada do ICMS.” Observou que ainda restou o vício atinente a atualização do valor do ICMS entre a data de pagamento e a data do vencimento pela SELIC e não por 85% da TJLP.

Depois de examinar os elementos que compõem os autos, precipuamente o ajuste efetuado pelo Autuante no novo demonstrativos de débito atinente ao exercício de 2007, que reduziu o valor

débito em decorrência da revisão da aproximação decimal na TJLP, cujos valores apurados não foram contestados pela defesa, verifico que, em relação ao mérito da autuação não mais remanesce lide.

Constato também que não procede a alegação do Impugnante de que existe vício na aplicação da taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia SELIC na atualização do valor do ICMS entre a data de pagamento e a data do vencimento, haja vista que a referida taxa para cobrança e cálculo dos juros moratórios, é legal, porquanto está prevista no inciso II, do §2º, do art. 102, da Lei nº 3.965/81, Código Tributário do Estado da Bahia - COTEB, portanto, deve ser mantida.

Quanto à pretensão de compensação tributária entre os valores supostamente recolhidos a mais e os valores exigidos no presente Auto de Infração, caberá ao contribuinte requerer a restituição à autoridade competente para posterior análise, em cumprimento ao rito processual próprio para o pedido de restituição, previsto nos artigos 73 e 74 do RPAF-BA/99.

Nos termos supra expendidos, acolho o novo demonstrativo de apuração efetuado pelo autuante por ocasião da informação fiscal, fl. 589, ao proceder aos ajustes cabíveis nos fatos geradores de 20/02/2013 a 20/01/2014 e a exclusão dos valores atinentes aos fatos geradores de 20/02/2014 a 20/01/2015, relativos às parcelas do imposto não dilatado, no qual o valor do débito do Auto de Infração fica reduzido de R\$91.903,56, para R\$73.088,03.

Voto, portanto, pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **271581.0202/15-1**, lavrado contra **PLÁSTICO NOVEL DO NORDESTE LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$73.088,33**, acrescido da multa de 50%, prevista no art. 42, inciso I, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de julho de 2017.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA