

A. I. Nº - 087461.0004/17-9
AUTUADO - IPC DO NORDESTE LTDA. (IPCNOR)
AUTUANTE - HÉLIO SILVA DAMASCENO
ORIGEM - INFAZ INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 04/06/2018

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0064-05/18

EMENTA: ICMS. 1. PROGRAMA DESENVOLVE. ERRO NA DETERMINAÇÃO DO VALOR DA PARCELA INCENTIVADA. Contribuinte argui a atualização do “Piso” estabelecido pelo Programa Desenvolve, que na apuração do saldo devedor mensal do ICMS a recolher passível de incentivo pelo referido Programa, foi considerado um valor aquém do devido, dado a erro na apuração do índice de IGM-M tomado para sua atualização na ação fiscal. O agente Fiscal acatou as considerações do sujeito passivo, efetuando sua correção, porém, permaneceram valores apurados erroneamente na determinação do valor da parcela incentivada, relativos ao Programa. Dada ciência ao defendente dos valores corrigidos apurados, mantendo-se silente. **Infração subsistente em parte. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTA. AQUISIÇÕES EM OUTRAS UNIDADES DA FEDERAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO. MERCADORIAS DESTINADAS AO ATIVO FIXO DO PRÓPRIO ESTABELECIMENTO.** As considerações da defesa foram acatadas pela Fiscalização. De fato ocorreu o pagamento dos valores relativos ao diferencial de alíquota, objeto da presente autuação. Entretanto, restaram pequenas diferenças, em que foi dada ciência ao sujeito passivo, mantendo-se silente. **Infração subsistente em parte. Auto de Infração PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 28/06/2017, objetiva constituir crédito tributário no valor de R\$84.923,16, atribuindo ao sujeito passivo o cometimento das seguintes irregularidades concernentes à legislação do ICMS:

INFRAÇÃO 1 – 03.08.04: Recolheu a menor ICMS no valor de R\$67.114,30, em razão de erro na determinação do valor da parcela sujeita à dilação de prazo prevista pelo Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – DESENVOLVE, conforme documentos anexos a este PAF às fls. 08/10 dos autos, nos meses de março e novembro de 2013; e março e setembro de 2014, com enquadramento nos artigos 37 e 38 da Lei nº 7.014/96 c/c artigos 2º e 3º do Decreto nº 8.205/02, mais multa de 60% tipificada no art. 42, inc. II, “f” da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 2 – 06.05.01: Deixou de recolher ICMS no valor de R\$17.808,86, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da federação destinadas ao ativo fixo e/ou consumo do próprio estabelecimento, nos exercícios de 2013 e 2014, com enquadramento no art. 4º, inc. XV, da Lei nº 7.014/96, c/c art. 305, §4º, inc. III, alínea “a”, do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012 e multa tipificada no art. 41, inc. II, alínea “f”, da Lei nº 7.014/96.

O autuado apresenta suas razões de defesa às fls. 17 a 22, onde, após desenvolver um resumo dos fundamentos da autuação, diz impugnar as duas infrações, conforme a seguir exposto.

Da suposta “Infração 1”. Diz que o Auto de Infração ora impugnado aplicou penalidade à Autuada devido a suposta infringência aos artigos 37 e 38 da Lei nº 7.014/96, c/c artigos 2º e 3º do Decreto nº 8.205/02, com multa aplicada conforme artigo 42, inciso II, alínea “f” da Lei nº 7.014/96, por suposto recolhimento a menor do ICMS, em razão de erro na determinação do valor da parcela sujeita à dilação de prazo prevista pelo Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – Desenvolve, alegando que foi apurado a menos o ICMS nos meses de março e novembro de 2013, e março e setembro de 2014, em decorrência de erro no cálculo da parcela sujeita à dilação de prazo.

Destaca que o art. 3º, §5º do Decreto nº 8.205/02 determina que:

§ 5º O valor estabelecido em resolução do Conselho Deliberativo do DESENVOLVE como piso para efeito de cálculo da parcela do saldo devedor mensal do ICMS passível de incentivo, de que trata § 4º, deverá ser atualizado a cada 12 meses pela variação do IGP-M. (Redação dada ao parágrafo pelo Decreto nº 11.411, de 20.01.2009, DOE BA de 21.01.2009)

Neste contexto, observa que o valor do piso para o cálculo do ICMS deve ser atualizado a cada 12 meses, partindo do valor inicial de R\$31.228,31, estabelecido em 01/12/2009. Dessa forma, a empresa considerou corretamente os períodos entre a concessão do benefício para o cálculo da atualização, que destaca:

| Período p/uso | Piso | Cálculo para os próximos 12 meses | | |
|-----------------------|-----------|-----------------------------------|--------------|-------------------|
| | | IGP-M acumulado | Valor ajuste | Piso ano seguinte |
| 01/12/2009-30/11/2010 | 31.228,31 | 10,2717% | 3.207,68 | 34.435,99 |
| 01/12/2010-30/11/2011 | 34.435,99 | 5,9501% | 2.048,96 | 36.484,96 |
| 01/12/2011-30/11/2012 | 36.484,96 | 6,9553% | 2.537,62 | 39.022,56 |
| 01/12/2012-30/11/2013 | 39.022,56 | 5,6096% | 2.189,00 | 41.211,53 |
| 01/12/2013-30/11/2014 | 41.211,53 | 3,6543% | 1.505,98 | 42.717,50 |
| 01/12/2014-30/11/2015 | 42.717,50 | | | |

Com esse cálculo, diz que é notória a percepção de que foram utilizados 12 meses em cada período, considerado, assim, o IGP-M de novembro de cada ano para atualizar o piso. Diferentemente do cálculo errôneo apresentado pelo auditor fiscal, que utilizou o índice do mês de dezembro de cada ano, o que significa um total de 13 meses, infringindo escancaradamente a legislação estadual que rege o tema.

Com isso, diz que resta evidente que não houve infração cometida pela empresa, devendo o Auto de Infração ser considerado nulo, deixando de produzir efeitos imediatamente.

Da suposta “Infração 2”. Diz que além do exposto acima, o Auto de Infração ora impugnado também apontou uma suposta violação ao art. 4º, inciso XV da Lei nº 7.014/96 c/c art. 305, §4º, inciso III, alínea “a” do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 3780/2012, com multa aplicada conforme artigo 42, inciso II, alínea “f” da Lei nº 7.014/96.

Destaca que a infração averiguada foi a suposta falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da federação destinadas ao ativo fixo e/ou consumo do próprio estabelecimento.

Contudo, conforme as planilhas e comprovantes que diz anexar, aduz que fora cobrado indevidamente no Auto de Infração, valores do diferencial de alíquotas que já foram pagos pela empresa.

Nos levantamentos que diz anexar, observa que constam tanto as guias emitidas como os comprovantes de pagamento bancário realizados pela empresa, inclusive com a inserção de multa quando feito após o vencimento.

Assim, tendo em vista a cobrança de dívida já paga, mesmo que em parte, o fisco tem o dever de indenizar à empresa o equivalente do que dela foi exigido e em dobro, conforme art. 940 do Código Civil.

Por fim, haja vista o erro grotesco ao editar um Auto de Infração onde a maioria da dívida está quitada, a multa imposta deve ser desconsiderada e o Auto de Infração em comento, em sua totalidade, deve ser considerado nulo, deixando de produzir efeitos imediatamente.

Da suspensão da exigibilidade do crédito tributário. No mais, diz que a exigibilidade do tributo enfocado pela notificação restará suspenso visto o disciplinado, quer pela legislação Estadual, quer pelo Art. 151 do CTN, este ainda em vigor, que destaca.

Ainda além, observando o brocardo *accessorium sequitur principale*, estando suspensa a exigibilidade do tributo face à interposição da presente defesa, as multas aplicadas pelos autos de infração devem necessariamente permanecer com a exigibilidade suspensa, sendo vedada sua inscrição em dívida ativa.

Dos pedidos. Apoiado em todo o exposto e nas provas documentais acostadas ao procedimento, permite-se a notificada, na exata forma processual administrativa, requerer:

- Seja regularmente distribuída e conhecida a presente DEFESA, sendo processada pelo órgão competente, e após;
- Seja, face à nulidade das notificações pelos motivos acima desfilados, declarada a nulidade do Auto de Infração objeto e a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, destinando-o ao arquivo administrativo, suportando posteriormente o notificante, os custos havidos pela notificada na produção da presente defesa escrita.

O autuante presta Informação Fiscal às fls. 356/359, traçando as seguintes considerações:

Diz que o Auto de Infração trata de duas infrações, a saber: (1) “*Apurou a menor o ICMS nos meses de março e novembro de 2013, e março e setembro de 2014, em decorrência de erro no cálculo da parcela sujeita à dilação de prazo*”; e (2) “*Falta de recolhimento da diferença de alíquotas, conforme demonstrativo anexo, relativa a aquisições interestaduais para uso ou consumo do estabelecimento*”.

Destaca que a defesa argumenta com relação à infração 1 que a correção do piso para cálculo da parcela sujeita ao benefício do Desenvolve foi aplicada erroneamente por este auditor, e que por este motivo, não houve a infração e deve o Auto de Infração ser julgado nulo.

Analisando as considerações da defesa, diz ter constatado que o contribuinte tem razão quanto à aplicação dos índices IGP-M. Observa que a Resolução nº 47/2006 fixa a parcela do saldo devedor mensal do ICMS passível do incentivo em o que exceder a R\$44.957,84, corrigido este valor a cada 12 meses pela variação do IGP-M e vigorou até 30/11/2009. A partir de 01/12/2009 entrou em vigor a Resolução nº 135/2009 que altera o piso do benefício para R\$31.228,31, corrigido a cada 12 meses, pela variação do IGP-M.

Neste contexto, diz concordar que se a Resolução entrou em vigor em 01/12/2009, completou 12 meses em 30/11/2010 e, portanto, deverá o referido piso ser atualizado pela variação do IGP-M de novembro de cada ano. Sendo assim, refez a atualização do piso do benefício, conforme a alegação da defesa e anexa nova planilha às fls. 358/360.

Observa no entanto que é pequena a diferença apresentada, e persiste devido o valor de R\$65.812,81 para a Infração 1.

Quanto à infração 2, alega que houve erro grotesco ao lançar uma infração cujo valor está quitado. Esclarece que a cobrança em questão se deu em decorrência de um erro de procedimento do próprio contribuinte, que não observou as regras do Regulamento do ICMS, parág. 4º, inc. III, alínea a, no tocante ao lançamento em questão: “*Não lançou na escrita fiscal digital (EFD) os valores relativos ao diferencial de alíquota como “outros débitos”, agregando ao valor total do ICMS normal do mês.*

Em vez disto, diz que calculou em separado e os recolheu sob código de receita de ICMS Normal. De forma que através da escrita fiscal digital, não se fez possível identificar nem os lançamentos

nem os pagamentos da diferença de alíquota. Somente por meio das cópias das notas fiscais apresentadas na defesa foi possível fazê-lo.

Ainda assim diz que restaram pequenas diferenças, conforme demonstrativo revisado que anexa às fls. 361/362 dos autos.

Vê-se nos autos, às fls. 365/366, que foi dada ciência da Informação Fiscal ao sujeito passivo, por AR - Aviso de Recebimento através dos Correios, com assinatura do recebedor às fls. 366; sem tampouco haver qualquer manifestação nos autos, ou seja, manteve-se silente.

VOTO

Inicialmente, constato que o presente Processo Administrativo Fiscal está revestido das formalidades legais no que preceitua o RPAF/99, onde não foi constatada violação ao devido processo legal, sendo os impostos, as multas e suas bases de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos, em que considero suficientes para formação de minha convicção e dos julgadores na análise da lide, não ensejando qualquer outra produção de prova na forma do que dispõe o art. 147, inciso I, alínea "a" do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629 de 09/07/99, onde não foi constatada qualquer violação ao devido processo legal e à ampla defesa do contribuinte, o qual exerceu o seu direito com plenitude, motivo pelo qual a lide está apta ao seu deslinde.

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir débito do ICMS decorrente de obrigação principal, no montante de R\$84.923,16, relativo a duas irregularidades, conforme descrito na inicial dos autos, sendo todas as duas impugnadas.

A Infração 1 diz respeito a exigência do valor de R\$67.114,30, relativo a ICMS recolhido a menor, em razão de erro na determinação do valor da parcela sujeita à dilação de prazo prevista pelo Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – Desenvolve, conforme documentos anexos a este PAF às fls. 08/10 dos autos, nos meses de março e novembro de 2013; e março e setembro de 2014, com enquadramento nos artigos 37 e 38 da Lei nº 7.014/96 c/c artigos 2º e 3º do Decreto nº 8.205/02, mais multa de 60% tipificada no art. 42, inc. II, "f", da Lei nº 7.014/96.

Por sua vez a Infração 2 diz respeito a falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$17.808,86, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da federação destinadas ao ativo fixo e/ou consumo do próprio estabelecimento, nos exercícios de 2013 e 2014, com enquadramento no art. 4º, inc. XV, da Lei nº 7.014/96, c/c art. 305, §4º, inc. III, alínea "a", do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012 e multa tipificada no art. 41, inc. II, alínea "f", da Lei nº 7.014/96.

Em relação à Infração 1, a defesa traz como discussão de mérito a utilização errônea pelo d. agente Fiscal, na suposta acusação de recolhimento a menor do ICMS, o valor apontado como piso na planilha de apuração do débito (fls. 08/09), para efeito de cálculo da parcela do saldo devedor mensal do ICMS passível de incentivo pelo Programa Desenvolve (art. 3º, §5º do Decreto n.º 8.205/02), que à luz do seu entendimento, efetuando a correção restaria evidente que não haveria infração cometida.

Em sede de Informação Fiscal às fls. 356/357 dos autos, o agente Fiscal ratifica o erro cometido no apontamento dos pisos na planilha de cálculo da parcela do saldo devedor mensal do ICMS passível de incentivo pelo Programa Desenvolve, tendo efetuado a sua correção na forma do que dispõe a legislação, ou seja, corrigindo-os pelo IGM-M, na forma disposta pelas Resoluções nºs 47/2006 e 135/2009, que orientam o uso do incentivo fiscal em relação ao defendente, onde diz concordar com os valores de pisos indicados pelo sujeito passivo na manifestação de defesa.

Não obstante concordar com os valores de pisos indicados pelo defendente, diferentemente do arguido pelo Contribuinte Autuado, de que ao fazer tal correção não restaria valores a recolher, portanto elidindo a infração; aduz que persiste valores a recolher de ICMS por erro na

determinação do valor da parcela sujeita à dilação de prazo prevista pelo Programa Desenvolve, porém valores menores, conforme a nova Planilha de Cálculo às fls. 358/359 dos autos.

Compulsando mais detidamente a nova “Planilha de Cálculo” do agente Fiscal Autuante acostada aos autos às fls. 358/359, associados os valores dos Pisos devidos indicados pelo também agente Autuante às fls. 360, este Relator, à luz da Instrução Normativa 27/09 que dispõe sobre a apuração do saldo devedor mensal do ICMS a recolher, passível de incentivo pelo Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – DESENVOLVE, reconstitui o demonstrativo de cálculo do saldo devedor mensal do ICMS a recolher, passível de incentivo pelo programa, em que de fato atesta na sua totalidade os novos valores de débitos da Infração 1, apontados pela Fiscalização às fls. 358/359 dos autos, conforme a seguir destacado:

| SEFAZ/CONSEF/5ª JJF | | | | | |
|--|---------------|------------------|------------|-----------------------------|------------|
| Empresa: IPC DO NORDESTE LTDA | | I.E.: 45.708.583 | | CNPJ/MF: 01.627.119/0001-51 | |
| Roteiro de Fiscalização: AUDIF_PROGAMA DESENVOLVE | | | | | |
| Itens | Cálculo | mar-13 | nov-13 | mar-14 | set-14 |
| Total dos Débitos do levantamento (fl. 358/359 do PAF) | a | 246.803,43 | 475.988,12 | 370.080,92 | 300.844,37 |
| Operações SAIDA não alcançadas pelo DESENVOLVE | a1 | - | 30.512,91 | 4.010,30 | 748,00 |
| Cfop - 5102 Venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros | | | 30.512,91 | 4.010,30 | 748,00 |
| Total dos Créditos do levantamento (fl.358/359 do PAF) | b | 122.201,36 | 364.709,72 | 296.925,86 | 150.109,88 |
| Operações ENTRADA não alcançadas pelo DESENVOLVE | b1 | - | 16.665,68 | 2.601,00 | 98,22 |
| Cfop - 1102 Compras para comercialização - dentro do Estado | | - | 16.665,68 | 2.601,00 | - |
| Cfop - 1949 Outra entrada de mercadoria ou prestação de serviço não especificada | | | | | 98,22 |
| SAM Saldo Apuração Mensal | c=a-b | 124.602,07 | 111.278,40 | 73.155,06 | 150.734,49 |
| SDPI saldo devedor passível de incentivo pelo DESENVOLVE | d=a-ai-b+b1 | 124.602,07 | 97.431,17 | 71.745,76 | 150.084,71 |
| PISO | e | 39.022,60 | 39.022,60 | 41.211,61 | 41.211,60 |
| SDPI apurado após o PISO [item 7.1.2 da IN] | f= d-e | 85.579,47 | 58.408,57 | 30.534,15 | 108.873,11 |
| VALOR DILATADO [90% Saldo Apurado] | g= 90% de (f) | 77.021,52 | 52.567,71 | 27.480,74 | 97.985,80 |
| Valor a recolher na apuracao normal [Dia 09] | h=c- g | 47.580,55 | 58.710,69 | 45.674,33 | 52.748,69 |
| Valor ICMS recolhido (fl.359 do PAF) | i | 39.343,62 | 46.466,40 | 42.385,52 | 10.705,83 |
| Diferença ICMS a Recolher | k=h-i | 8.236,93 | 12.244,29 | 3.288,80 | 42.042,86 |
| Nota: Planilha de apuração desenvolvida com informações extraídas dos autos | | | | | |

Nota: Planilha de apuração desenvolvida com informações extraídas dos autos

Há de se destacar que a nova “Planilha de Cálculo” desenvolvida pelo agente Fiscal Autuante foi dada ciência ao sujeito passivo na forma dos documentos acostados às fls. 365/366 dos autos, o qual se manteve silente.

Neste contexto, após efetuar as correções dos pisos apuração do saldo devedor mensal do ICMS a recolher, passível de incentivo pelo Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – DESENVOLVE, restou comprovado o valor remanescente de débito da Infração 1 no valor de R\$65.812,88, tornando a autuação subsistente em parte, conforme demonstrativo a seguir indicado.

| Data Ocorr | Data Vencto | Valor Histórico |
|----------------------------|-------------|------------------|
| 31/03/2013 | 09/04/2013 | 8.236,93 |
| 30/11/2013 | 09/12/2013 | 12.244,29 |
| 31/03/2014 | 09/04/2014 | 3.288,80 |
| 30/09/2014 | 09/10/2014 | 42.042,86 |
| Total da Infração 1 | | 65.812,88 |

Quanto a Infração 2, que diz respeito à suposta falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da federação destinadas ao ativo fixo e/ou consumo do próprio estabelecimento, aduz a defesa, conforme as planilhas e comprovantes anexado aos autos, que fora cobrando indevidamente no Auto de Infração valores do diferencial de alíquotas que já foram pagos pela empresa.

Em sede de Informação Fiscal, esclarece o d. agente Fiscal Autuante que a cobrança em questão se deu em decorrência de um erro de procedimento do próprio contribuinte, que não observou as normas do §4º, inc. III, alínea “a”, do a, no tocante ao lançamento objeto em análise, ou seja, não lançou na escrita fiscal digital (EFD) os valores relativos ao diferencial de alíquota como “outros débitos”, agregando ao valor total do ICMS normal do mês.

Em vez disto, diz que calculou em separado e os recolheu sob código de receita de ICMS Normal, onde, através da escrita fiscal digital, não se fez possível identificar nem os lançamentos nem os pagamentos da diferença de alíquota. Somente por meio das cópias das notas fiscais apresentadas na defesa foi possível fazê-lo.

Não obstante tais verificações, diz ainda o d. agente Fiscal Autuante, que do valor apontado no demonstrativo de fls. 11/13, restam pequenas diferenças, conforme demonstrativo revisado, que anexa às fls. 361/362 dos autos, de ICMS a recolher na forma do demonstrativo de débito a seguir indicado:

| Data Ocorr | Data Vencto | Valor Histórico |
|----------------------------|-------------|-----------------|
| 30/09/2013 | 09/10/2013 | 24,73 |
| 31/10/2013 | 09/11/2013 | 3,73 |
| 30/11/2013 | 09/12/2013 | 14,43 |
| 31/03/2014 | 09/04/2014 | 39,33 |
| 30/04/2014 | 09/05/2014 | 33,20 |
| 31/07/2014 | 09/08/2014 | 370,25 |
| 31/10/2014 | 09/11/2014 | 62,48 |
| 31/12/2014 | 09/01/2015 | 28,68 |
| Total da Infração 2 | | 576,83 |

Dada ciência dos valores remanescentes da Infração 2 ao sujeito passivo na forma dos documentos acostados às fls. 365/366 dos autos, o qual se manteve silente. Neste contexto, não vendo nada que desabone os novos valores apontados pelo d. agente Fiscal Autuante, entendo restar procedente em parte a Infração 2 no valor de R\$576,83, conforme demonstrativo de débito acima indicado. Infração 2 subsistente parcialmente.

Cabe aqui destacar que nos termos do art. 140 do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, o fato alegado por uma das partes quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas. Portanto, os novos demonstrativos de débitos das Infrações 1 e 2 foram dados ciência ao sujeito passivo, o qual se manteve silente. Em sendo assim, denota-se tacitamente que o sujeito passivo concorda com os novos valores apontados para as infrações cometidas.

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

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **087461.0004/17-9**, lavrado contra **IPC DO NORDESTE LTDA. (IPCNOR)**, devendo ser efetuado o pagamento do imposto no valor de **R\$66.389,71**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “F”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de abril de 2018.

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

JOÃO VICENTE COSTA NETO – RELATOR

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR - JULGADOR