

A. I. N ° - 206955.0007/17-0
AUTUADO - AIR LIQUIDE BRASIL LTDA
AUTUANTES - MARIA DAS GRAÇAS LEMOS CARVALHOS e SONIA MAGNOLIA LEMOS DE CARVALHO
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 28.02.2019

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº0006-04/19

EMENTA: ICMS. PROGRAMA DESENVOLVE. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. ERRO NA DETERMINAÇÃO DO VALOR DA PARCELA SUJEITA À DILAÇÃO DO PRAZO. Restou comprovado que na apuração do valor da parcela incentivada, no exercício de 2016 foi utilizado valor incorreto, o que foi corrigido com a realização de diligência fiscal. Afastado a exigência fiscal relativa à diferença entre o saldo devedor apurado inferior ao piso estabelecido em Resolução do Conselho Deliberativo do Programa Desenvolve. Reduzido o débito. Não acolhida à preliminar de nulidade suscitada. Afastado o pedido de redução ou cancelamento da multa por falta de amparo legal. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Presente Auto de Infração, lavrado em 10/12/2017, exige ICMS no valor de R\$459.189,11 em decorrência do recolhimento a menos do imposto em razão de erro na determinação do valor da parcela sujeita a dilação de prazo prevista pelo Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia (DESENVOLVE). Consta na descrição dos fatos, que a empresa atualizou incorretamente o valor do piso determinado pela Res. 139/2009 do DESENVOLVE, que foi corrigido tomando por base a data inicial de 01/01/2010, com base nos índices do BACEN, no período de 01/01/2010 até 01/01/2016.

O autuado na defesa apresentada (fls. 14 a 23) inicialmente ressalta a tempestividade, discorre sobre a infração, atividade econômica na produção de gases para a indústria e áreas da saúde, que foi ampliada por meio da Res. nº 139/2009 do Conselho Deliberativo do DESENVOLVE, a partir de 30.12.2009, com vigência a partir de janeiro/2010 e prazo de 12 (doze) anos.

Diz que a autuação acusa atualização incorreta do valor do piso determinado pela citada Resolução e consequente recolhimento a menor do ICMS da parcela sujeita a dilação de prazo do DESENVOLVE, mas houve equívoco da fiscalização, visto que o piso anual era de R\$121.961,91 a partir de 01/2010, submetido à correção anual pelo Índice Geral de Preços do Mercado (IGP-M).

Afirma que a fiscalização apurou valor atualizado do piso para os exercícios de 2015 e 2016 respectivamente de R\$172.759,05 e R\$220.421,94, quando o correto são os valores de R\$172.759,05 para 2015 e R\$193.152,39 em 2016, e não R\$220.421,94.

Apresenta às fls. 61 e 62 planilhas nas quais apurou os valores com base no piso calculado corretamente, o que resultou na diferença de R\$ 60.591,00 e não do exigido de R\$459.189,10.

Requer que seja declarada a nulidade da autuação em razão dos erros de cálculos da fiscalização.

No mérito, ressalta que o Programa DESENVOLVE, estabelece um piso anual de arrecadação, e o que possibilita a dilação do prazo sobre o valor que exceder o piso, porém a fiscalização desconsiderou o propósito do incentivo, ao exigir o valor do piso no mês em que a empresa apurou valor devido abaixo do piso, conforme quadro demonstrativo de fl. 20:

Competência	FEV/15	SET/16	OUT/16	NOV/16	DEZ/16
ICMS passível de incentivo	R\$160.188,74	R\$192.114,65	R\$153.862,50	R\$173.564,58	R\$151.382,66
Piso Anual	R\$172.759,05	R\$193.152,39	R\$193.152,39	R\$193.152,39	R\$193.152,39
ICMS a pagar calculado pela fiscal	R\$172.952,42	R\$217.632,37	R\$213.766,00	R\$215.736,20	R\$213.518,01
ICMS a pagar recalculado pela AIR LIQUIDE	R\$160.382,11	R\$192.155,81	R\$153.862,50	R\$173.564,58	151.382,66

Conclui esta linha de raciocínio afirmando que a “*Resolução habilitadora dispõe que a apuração do saldo passível de inclusão no Programa DESENVOLVE deriva de SALDO QUE EXCEDA O PISO ANUAL*”, e a cobrança a maior realizada nos meses demonstrados foge completamente da regulamentação do próprio DESENVOLVE.

Solicita a declaração de nulidade do auto de infração e caso assim não entendam os julgadores, que seja feita a retificação de todos os cálculos apresentados, com a exclusão ou redução da multa abusiva imposta.

Requer que na remota hipótese de se considerar procedente o auto de infração, seja reduzida ou cancelada a multa tributária por ter efeitos confiscatórios, nos termos do artigo 150, IV, da CF, ultrapassando os limites da razoabilidade como tem decidido o Supremo Tribunal Federal, a exemplo do RE 523471 AgR, de 06/04/2010.

As autuantes na sua informação fiscal (fls. 65/66), inicialmente discorrem sobre a infração, argumentos defensivos e ressalta que não houve discordância na apuração do piso relativo ao exercício de 2015 e sim do em relação ao exercício de 2016.

Afirmam que a metodologia de cálculo foi a mesma conforme planilha de fl. 9, demonstrando à fl. 66 a evolução do piso entre 2010 (R\$121.961,91) a 2016 (R\$220.421,94).

Com relação a alegação sobre o piso a considerar, dizem que o “estabelecimento do piso anual já determina que se o valor do ICMS apurado for menor que o piso, utiliza-se o piso” e não tem cabimento a alegação defensiva.

Esta 5ª JJF tendo como Relator o julgador Fernando Antonio Brito Araujo, em 27/04/18 (fl. 69) determinou a realização de diligência fiscal às autuantes, para efetivar a correção de pisos utilizando o IGPM indicado na tabela de fl. 69.

Em atendimento ao determinado as autuantes produziram nova informação fiscal (fl. 73) informando que para o exercício de 2016 consideraram o piso no valor de “R\$199.416,90”, conforme planilha de fl. 74 indicando valor recolhido a menos naquele exercício de R\$106.735,96.

Na manifestação acerca do resultado da diligência (fls. 81 a 85) o sujeito passivo discorre sobre a autuação, defesa, diligência e afirma que o valor do piso a ser aplicado no exercício de 2016 é de R\$186.040,58 e não o valor de R\$199.416,90 que foi aplicado pela fiscalização.

Reitera os pedidos anteriores e prosseguimento do saneamento da autuação.

As autuantes produziram a terceira informação fiscal (fl. 103) na qual reconheceram que houve um equívoco na utilização do piso no valor de “R\$199.416,90”, ao invés de R\$186.040,58.

Apresentaram planilha retificada à fl. 109 indicando como valor remanescente devido no exercício de 2016 de R\$31.455,75.

VOTO

O autuado suscitou a nulidade da autuação, sob o argumento de que a fiscalização apurou de forma errada o piso para apuração do benefício fiscal da parcela sujeita à dilação do DESENVOLVE. Não acato tal solicitação, tendo em vista que o Auto de Infração faz-se acompanhar dos demonstrativos com indicação da apuração dos valores exigidos, o que possibilitou ao sujeito passivo exercer o seu direito de defesa, como o fez. Ressalte-se que as inconsistências indicadas, foram objeto de realização de diligência fiscal, cujo resultado lhe foi oferecido, tendo inclusive se manifestado, o que motivou o refazimento dos cálculos.

Portanto, o suposto erro de cálculo do piso não implica em nulidade do processo, nos termos do art. 18, §1º do RPAF/BA, visto que eventuais incorreções ou omissões, não acarretam a nulidade do Auto de Infração, desde que seja possível determinar a natureza da infração e o autuado.

No mérito, o lançamento exige ICMS em decorrência do, recolhimento a menos do imposto, em razão de erro na determinação do valor da parcela sujeita a dilação de prazo do DESENVOLVE.

Na defesa apresentada, o autuado:

- a) Não contestou valores exigidos nos meses de maio e julho de 2015.
- b) Argumentou que no mês em que o valor apurado fosse menor que o piso, não poderia ser exigido o valor da parcela sujeito a dilação tomando como base o piso, e
- c) Apontou erro na correção do piso no exercício de 2016,

Com relação às parcelas do exercício de 2015, não havendo contestação com relação valores exigidos de R\$450,54 (05/2015), e R\$867,55 (07/2015), ficam mantidos.

No que se refere à alegação de que os valores exigidos nos meses de fevereiro de 2015 e setembro a dezembro de 2016, nestes meses o piso fixado foi inferior ao ICMS passível de incentivo, considero que diligência fiscal alterou estes valores, o que será apreciado em momento posterior.

Com relação à segunda alegação, observo que o art. 2º da Res. 139/2009 (fl. 59), estabelece:

Art. 2º - Fixar a parcela do saldo devedor mensal do ICMS passível do incentivo, em que o que exceder a R\$121.961,91, corrigido este valor a cada 12 (doze) meses, pela variação do IGP-M.

Pelo exposto, literalmente este artigo estabelece que a parcela do saldo devedor mensal do ICMS passível do incentivo do DESENVOLVE é a que exceder o piso. Logo, se o saldo devedor apurado no mês for inferior ao valor do piso estabelecido, o cálculo da parcela incentivada é apurada a partir do saldo devedor para apurar o ICMS passível de incentivo.

Observo que o piso usualmente é estabelecido a partir de uma média de recolhimentos do período anterior à concessão do benefício fiscal do DESENVOLVE, por meio de Resolução, em função de projetos de ampliação de produção, implementação de linha de novos produtos, etc.

Com relação aos valores exigidos no exercício de 2015, o demonstrativo de fl. 7 indica que o Saldo Devedor Mensal foi de R\$160.382,11 e o piso fixado era de R\$172.759,05 tendo a fiscalização exigido o valor da diferença entre o piso estabelecido ($R\$172.759,05 - R\$160.188,74 = R\$10.369,84$).

Pelo exposto, assiste razão ao defendente de que não cabe exigência do valor apontado pela fiscalização no mês de fevereiro/2015, tendo em vista que o saldo devedor do mês foi inferior ao piso estabelecido e não é plausível que o contribuinte pague imposto que não deve. Consequentemente fica afastado o valor exigido de R\$10.369,84 relativo ao mês 02/2015.

Com relação aos valores exigidos no exercício de 2016, a 5ª JF determinou a realização de diligência fiscal indicando os índices anuais do IGPM na tabela de fl. 69, o que foi feito na segunda informação fiscal (fl. 73) porém de forma equivocada para o exercício de 2016 utilizaram o piso no valor de “R\$199.416,90”, que era o valor do piso atualizado no exercício de 2016 a ser utilizado no exercício de 2017.

Diante da contestação dos valores retificados na manifestação acerca do resultado da diligência (fls. 81 a 85), as autuantes produziram a terceira informação fiscal (fl. 103), na qual retificaram a planilha anterior, utilizando o piso correto no valor de R\$186.040,58, para o exercício de 2016.

Assim sendo, acato a planilha retificada à fl. 109, e considero devido o valor remanescente no exercício de 2016 de R\$31.455,75, relativo aos valores recolhidos a menos que o devido nos meses de janeiro, abril, junho e julho, afastando os valores exigidos nos demais meses do mesmo exercício por restar, caracterizado recolhimento correto.

No que tange ao argumento de que a multa aplicada é desproporcional e confiscatória, observo que a multa aplicada de 60% é prevista no art. 42, II, “f” da Lei 7.014/96, portanto é legal.

Além disso, conforme indicado no Anexo do Demonstrativo do Débito (fl. 9), se atendidas as condições estabelecidas no art. 45 do mencionado diploma legal, a multa aplicada poderá ter redução de até 70%. De certa forma, a depender da atitude tomada pelo estabelecimento autuado perante a infração que lhe é imputada, pode não haver ônus da multa aplicada, ou ônus menor do que o percentual de 60%, grafado no Auto de Infração. Com relação à alegação de que a multa de 60% possui caráter confiscatório e é inconstitucional, ressalto que de acordo com o artigo 167, inciso I do RPAF/BA (Dec.7.629/99), não se inclui na competência deste órgão julgador a declaração de inconstitucionalidade da legislação tributária.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE o Auto de Infração, conforme demonstrativo abaixo, reduzindo o débito original de R\$459.189,11, para R\$32.773,83.

Data Ocorr	Data Vencto	Autuado	Julgado	fl.		Data Ocorr	Data Vencto	Autuado	Julgado	fl.
28/02/2015	09/02/2008	10.369,84	0,00	7		30/06/2016	09/07/2016	40.828,52	9.885,29	109
31/05/2015	09/03/2008	450,54	450,54	7		31/07/2016	09/08/2016	37.774,04	6.830,81	109
31/07/2015	09/04/2008	867,55	867,55	7		31/08/2016	09/09/2016	27.074,62	0,00	109
31/01/2016	09/02/2016	36.015,09	5.071,86	109		30/09/2016	09/10/2016	25.476,56	0,00	109
29/02/2016	09/03/2016	27.068,69	0,00	109		31/10/2016	09/11/2016	59.745,40	0,00	109
31/03/2016	09/04/2016	27.489,64	0,00	109		30/11/2016	09/12/2016	42.171,62	0,00	109
30/04/2016	09/05/2016	40.611,00	9.667,78	109		31/12/2016	09/01/2017	62.135,35	0,00	109
31/05/2016	09/06/2016	21.110,65	0,00	109		Total		459.189,11	32.773,83	

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206955.0007/17-0**, lavrado contra **AIR LIQUIDE BRASIL LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$32.773,83**, acrescido da multa 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei n.º 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado os valores já recolhidos.

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 **18.558/18**, com efeitos a partir de **17/08/18**.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de fevereiro de 2019

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE/RELATOR

ANTONIO EXPEDITO SANTOS DE MIRANDA – JULGADOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA