

PROCESSO	- A. I. N° 210365.0020/08-3
RECORRENTES	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e TOTAL FLEX INDÚSTRIA DE EMBALAGENS LTDA.
RECORRIDOS	- TOTAL FLEX INDÚSTRIA DE EMBALAGENS LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS	- RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 4 <sup>a</sup> JJF n° 0017-04/09
ORIGEM	- INFRAZ JEQUIÉ
INTERNET	- 03/09/2009

## 2<sup>a</sup> CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACORDÃO CJF N° 0242-12/09

**EMENTA:** ICMS. 1. PROGRAMA DESENVOLVE RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. USO INDEVIDO DE INCENTIVO FISCAL. **a)** DILAÇÃO DO PRAZO PARA RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Restou comprovado que o sujeito passivo utilizou benefício fiscal de dilação do prazo para recolhimento do imposto decorrente de operações próprias, utilizando bens de ativo cedido por outro estabelecimento pertencente aos mesmos titulares e que já utilizava benefícios de outro Programa (BAHIAPLAST). Não houve a implantação de uma indústria, mas, sim, a transferência de ativos pertencentes a outro estabelecimento. Infração não elidida. **b)** DIFERIMENTO DO PAGAMENTO DA DIFERENÇA ENTRE AS ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS DESTINADOS AO ATIVO IMOBILIZADO DO ESTABELECIMENTO. Infração parcialmente caracterizada. 2. ENTRADA DE MERCADORIA. FALTA DE CONTABILIZAÇÃO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A falta de contabilização de entradas de mercadorias indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com Recursos não contabilizados decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas. Foram corrigidas inconsistências no levantamento fiscal, o que resultou em redução do débito. Infração elidida em parte. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO LIVRO DE REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Comprovado que os bens foram cedidos em comodato ao estabelecimento autuado, não ocorrendo aquisição dos mesmos. Infração elidida. 4. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. FALTA DE ENTREGA APÓS INTIMAÇÃO. Reduzida a multa. Modificada a Decisão recorrida. Infração parcialmente elidida. Não acolhidas as arguições preliminares de nulidades. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**. Decisão por maioria quanto às infrações 1 e 2. Recurso Voluntário **PARCIALMENTE PROVIDO**. Vencido o voto do relator quanto à infração 7. Decisão não unânime.

## RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão da 4<sup>a</sup> JJF que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, e de Recurso de Ofício em razão de o julgamento ter desonerado o contribuinte de parte do débito em valor superior ao previsto no art. 169, I, “a”, “1”, do RPAF/99. São objetos dos Recursos as seguintes infrações:

1. “Recolhimento a menor o ICMS em razão de uso indevido de incentivo fiscal – dilação de prazo para pagamento do ICMS – relativo às operações próprias, em desacordo com a legislação do DESENVOLVE, modificando as características essenciais da obrigação tributária principal, de modo a reduzir o montante do imposto devido, evitando, assim o seu pagamento”. Foi lançado imposto no valor de R\$1.222.328,30.

Consta, na descrição dos fatos, que a infração está comprovada nos termos dos dispositivos da Lei nº 7.980/01 e dos documentos constantes do Processo 192797/2007-7, situação que autoriza a lavratura do Auto de Infração, conforme Parecer DITRI, independente de Resolução de cancelamento de benefício do Conselho Deliberativo do DESENVOLVE.

2. “Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento.” Foi lançado ICMS no valor de R\$358.137,13.

Consta, na descrição dos fatos, que a empresa infringiu dispositivos da Lei 7.980/01 e, valendo-se indevidamente de benefícios do Programa DESENVOLVE, deixou de recolher o imposto devido nas aquisições de bens do ativo.

5. “Falta de recolhimento do ICMS relativo a operações de saídas de mercadorias não declaradas, com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado.” Foi lançado ICMS no valor de R\$81.769,57.

Consta, na descrição dos fatos, que foi apurada por meio de levantamento quantitativo de estoques a ocorrência de entradas de matérias-primas sem documentação fiscal, tendo sido o levantamento realizado com base no consumo das matérias-primas utilizadas e no levantamento da produção (produtos acabados).

6. “Deu entrada no estabelecimento de mercadoria sujeita a tributação sem o devido registro na escrita fiscal.” Foi aplicada multa no valor de R\$408.922,80.

Consta, na descrição dos fatos, que a empresa deu entrada no estabelecimento, sem notas fiscais de origem, a bens obtidos em transferência da empresa ARTPLÁSTICO INDÚSTRIA DE ARTEFATOS PLÁSTICOS LTDA, conforme contagem física dos bens de ativo imobilizado realizada pelo Fisco e Contrato de Comodato firmado entre as empresas.

7. “Forneceu informações através de arquivo magnético exigido na legislação tributária, requerido mediante intimação, com omissão de operações ou prestações, ficando o valor da multa limitado a 1% (um por cento) das saídas do estabelecimento em cada período.” Foi aplicada multa no valor de R\$47.244,91.

Consta, na descrição dos fatos, que foi realizado um confronto entre os valores lançados no livro Registro de Entradas e os dados apresentados pelo contribuinte em meio magnético, tendo sido apurado omissão de operações ou de prestações.

Na defesa, fls. 986 a 1014, o autuado suscitou a nulidade das infrações 1 e 2 alegando que o cancelamento dos benefícios do DESENVOLVE era ilegal, que houve aplicação indevida de multa e que não teve conhecimento da consulta formulada à DITRI no Processo nº 192797/2007-7.

No mérito, afirmou que as infrações 1 e 2 não podiam prosperar, pois tinha atendido às premissas básicas do DESENVOLVE. Especificamente quanto à infração 2, solicitou o refazimento da apuração do imposto, considerando os valores indicados no Anexo II (fl. 1022).

Suscitou a nulidade da infração 5, alegando que foi contrariado o princípio de que na dúvida deve se beneficiar o contribuinte. No mérito, indicou equívocos que entendia presentes nos levantamentos. Para embasar suas alegações, o autuado apresentou planilhas e documentos. Afirmou que o processo deveria ter sido baixado em diligência, para que auditor fiscal estranho ao feito comprovasse a veracidade de suas alegações.

Quanto à infração 6, alegou que os bens em questão lhe foram cedidos em comodato, faziam parte do ativo imobilizado do comodante e que, portanto, não eram tributados pelo ICMS.

No que tange à infração 7, afirmou que a multa indicada na autuação era nula, pois a redação dada pela Lei nº 10.847/07 era posterior ao período fiscalizado. Disse que, caso fosse ultrapassada a nulidade, a pena deveria ser reduzida com base no § 7º do artigo 42 da Lei nº 7.014/96.

Ao finalizar, requereu que as infrações 1, 2, 5, 6 e 7 fossem julgadas nulas, ou improcedentes. Solicitou a realização de diligência a ser realizada por fiscal estranho ao feito, para comprovar os fatos controvertidos que diz ter demonstrado. Protestou por todos os meios de prova admitidos em direito, juntadas de documentos, contraprova, exames, vistoria e revisão do lançamento.

O autuante, na informação fiscal (fls. 1115 a 1124), rebateu as alegações de nulidade das infrações 1 e 2, argumentando que o autuado não preenchia os requisitos legais para usufruir dos benefícios do DESENVOLVE, pois não houve a implantação de um novo empreendimento. Salientou que o fato de o autuado não ter participado do processo destinado a saber qual o posicionamento da DITRI sobre a matéria não ensejava a nulidade do lançamento, pois fotocópias de todos os documentos foram acostadas aos autos, e a elas o recorrente teve acesso.

No mérito, o autuante manteve integralmente a exigência fiscal referente à infração 1, pois considerava que os requisitos para o gozo dos benefícios do DESENVOLVE não foram atendidos.

Quanto à infração 2, o autuante manteve o fundamento da exigência fiscal, porém admitiu a existência de erro na apuração do ICMS e elaborou novo demonstrativo de débito (fl. 1128). O valor originalmente cobrado foi reduzido para R\$ 268.243,86.

No que tange à infração 5, o autuante explicou que as inconsistências apontadas na defesa decorreram de erros nos arquivos magnéticos apresentados pelo contribuinte. Afirmou que era necessário o completo refazimento do levantamento após a retificação dos arquivos magnéticos e, portanto, deveria ser acolhida a preliminar de nulidade suscitada na defesa.

Em relação à infração 6, o autuante afirmou que foram encontrados bens no estabelecimento do autuado sem o registro na escrita fiscal e, dessa forma, era cabível a que a multa prevista no artigo 915 do RICMS-BA para essa irregularidade apurada.

Quanto à infração 7, o autuante salientou que a legislação aplicada estava em vigor e obrigava os contribuintes a apresentar informações dos seus registros em meio magnético. Manteve a multa indicada nesse item do lançamento.

Notificado acerca da informação fiscal, o autuado se pronunciou (fls. 1145 a 1156) e, inicialmente, afirmou que a manifestação do autuante não trouxe aos autos situações fáticas capazes de modificar o entendimento contido na defesa.

Referindo-se às infrações 1 e 2, afirmou que no Regulamento do DESENVOLVE não havia previsão de multa em razão de desenquadramento do referido programa. Disse que no caso em tela não se aplicava o disposto no artigo 922 do RICMS/BA, mas, sim, os artigos 19 e 23 do Dec. 8.205/02. Reiterou que o Processo 1927297/2007-7 correu à sua revelia, o que acarretou cerceamento de defesa. Salientou que cumpriu os compromissos assumidos no programa DESENVOLVE, já que investiu R\$3.500.000,00 em máquinas e equipamentos no exercício de 2006. Frisou que competia exclusivamente ao CD do DESENVOLVE efetuar o seu desenquadramento do Programa.

Quanto à infração 2, disse que embora o autuante tenha reconhecido parcialmente o erro cometido, não era cabível a manutenção dos valores relativos às notas fiscais emitidas por microempresas e empresas de pequeno porte.

Relativamente à infração 6, afirmou que o autuante admitiu que os bens em questão pertenciam ao ativo permanente do comodante e, portanto, deveria ser aplicada a disposição contida no artigo 6º, inciso XIV, alínea “a”, do RICMS-BA.

No tocante à infração 7, frisou que a redação dada pela Lei nº 9.159/04 teve efeitos limitados ao período de 10/07/04 a 10/02/05 e não se aplica a fatos ocorridos durante o ano de 2006.

Na Decisão recorrida, as preliminares de nulidade foram afastadas. Quanto à nulidade das multas aplicadas nas infrações 1 e 2, o ilustre relator afirmou que entendia ser uma questão de mérito e, dessa forma, a matéria seria analisada no momento próprio.

No mérito, a infração 1 foi julgada procedente. O ilustre relator fundamentou o seu voto, em síntese, da seguinte forma:

[...]

*Pelo acima exposto, de forma resumida, faço as conclusões:*

*A ARTPLÁSTICO, localizada na Quadra G, lote 03, Distrito Industrial - Jequié estava autorizada a utilizar os benefícios fiscais previstos no Programa BAHIAPLAST, tendo como sócios Yan Carlos Pereira Almeida, José Carlos de Almeida e Ivone Pereira de Almeida.*

*A TOTAL FLEX foi instalada no mesmo endereço, tendo como sócios José Carlos de Almeida e Yan Carlos Pereira de Almeida, habilitando ao Programa DESENVOLVE. Os bens do ativo imobilizado utilizados na produção foram emprestados pela empresa ARTPLÁSTICO.*

*Como os sócios do estabelecimento autuado (TOTAL FLEX) são também os sócios da ARTPLÁSTICO, constituídas no mesmo endereço, constato que a composição dos seus ativos (máquinas e acessórios, moveis e utensílios e periféricos), ficaram no mesmo lugar, proporcionando utilização ao mesmo tempo dos benefícios fiscais concedidos no Programa BAHIAPLAST (ARTPLÁSTICO) e também no Programa DESENVOLVE (TOTAL FLEX).*

[...]

*Dessa forma, concluo que diante dos elementos que se apresenta neste processo, houve utilização indevida do incentivo de dilação do prazo do pagamento do ICMS, relativo às operações próprias, tendo em vista que os procedimentos adotados pelo autuado, numa análise contextual, no momento que os sócios titulares da TOTAL FLEX criaram a empresa com finalidade única de habilitar-se aos benefícios previstos no Programa DESENVOLVE, não podia habilitar-se aos seus benefícios, visto que a empresa originária ARTPLÁSTICO já era beneficiária do Programa BAHIAPLAST. Além de tudo isso, tendo cedido os bens de ativo para emprego na empresa que criaram, para que pudessem usufruir dos benefícios fiscais da dilação do prazo, seria necessário que cumprissem as metas pactuadas (investimentos, criação de empregos, implantação de novas tecnologias), fato que não ocorreu, conforme anteriormente apreciado. O conjunto destes procedimentos resultou em desvirtuamento da utilização do programa DESENVOLVE e redução do imposto devido, o que culminou com o não pagamento do imposto.*

A infração 2 foi julgada procedente em parte, conforme o valor apurado pelo autuante na informação fiscal. Explicou o relator que a divergência entre o valor apurado pelo autuado e o apontado pelo autuante prendia-se às Notas Fiscais nºs 1097; 12353; 1783; 897 e 3044. Em relação a essas notas afirmou que a exigência fiscal procedia, conforme previsto no parágrafo único do artigo 69 do RICMS-BA.

A infração 5 foi julgada procedente em parte, tendo em vista que, apesar de o autuante ter admitido a existência de vícios nos levantamentos, o autuado reconheceu que houve omissão de entrada de mercadoria. Sobre essa questão, o relator assim se pronunciou:

[...]

*Constato que a fiscalização nos demonstrativos juntados às fls. 278 e 299 apurou omissão de entrada de 99.0418 quilos. Tendo o autuado tomado como base tais demonstrativos e apresentado outro retificado à fl. 1055 no qual admitiu omissão de entrada de 985 quilos, o que não foi contestado pelo autuante. Portanto, não tendo o autuante contestado o demonstrativo apresentado pelo defensor, deve ser admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas (art. 140 do RPAF/BA). Por isso, discordo do posicionamento do autuante em relação ao acatamento da nulidade suscitada, visto que o próprio contribuinte admitiu a omissão de entrada de 985 quilos de matéria-prima, motivo pelo qual acato o demonstrativo elaborado pelo defensor à fl. 1055, aplico o preço médio de R\$4,86 apurado pelo autuante, sobre as quantidades omitidas (fls. 299/300) o que resulta em valor devido de R\$813,80 (985 Kg x R\$4,86 = R\$4.787,10 x 17% = R\$813,80). Infração procedente em parte.*

A infração 6 foi julgada nula. O relator fundamentou o seu voto, em síntese, da seguinte forma:

[.]

*Logo considerando que os bens objeto da autuação não foram adquiridos pelo estabelecimento autuado, nesta situação específica considero que não houve entrada de fato dos bens e consequentemente não ocorreu o fato gerador do ICMS. É certo que nesta situação específica, literalmente os bens estavam sendo utilizados no estabelecimento autuado, conforme contagem física procedida pela fiscalização, mas considerando as duas condições, "entrado no estabelecimento ou tenha sido utilizado", interpreto que não foi preenchida a primeira condição, tendo em vista que o contrato de comodato atesta que os bens não pertenciam ao estabelecimento autuado.*

Com relação ao argumento do autuante de que os bens foram adquiridos pela Artplástico no exercício de 2005 e firmado contrato de comodato em 20/12/05 (fl. 98), não pode ser enquadrado como operação com gozo da não incidência tributária por não ter sido objeto de uso por mais de um ano (art. 6º, VIII do RICMS-BA), não pode ser acatado, visto que conforme anteriormente apreciado não houve desincorporação dos bens, constando no Balanço Patrimonial do comodante (Artplástico) e mesmo que tivesse ocorrido, seria objeto de exigência de ICMS daquele estabelecimento e não no destinatário.

Por tudo que foi exposto, entendo que não ficou comprovado que os bens foram desincorporados, visto que as cessões oriundas de comodato não configuram fato gerador do ICMS (art. 6º, XIV, "a" do RICMS/BA), motivo pelo qual considero indevida a exigência fiscal desta infração, visto que não houve infringência à legislação do imposto. Infração não caracterizada.

A infração 7 foi julgada procedente, pois considerou a 4ª JJF que a irregularidade estava caracterizada, que a multa tinha previsão legal e que não havia razão para a redução da pena.

Considerando que o valor da desoneração do sujeito passivo ultrapassava o limite previsto no artigo 169, I, "a", "1", do RPAF/99, a 4ª JJF recorreu de ofício de sua Decisão.

Inconformado com a Decisão proferida pela primeira instância, o contribuinte apresentou Recurso Voluntário, em que alega que o Acórdão JJF Nº 0017-04/09 merece ser reformado.

Preliminarmente, o recorrente suscita a nulidade da Decisão recorrida em razão de ofensa ao princípio da ampla defesa e do contraditório, uma vez que não foi apreciado o seu pedido de realização de diligência. Destaca que “da leitura do acórdão recorrido, contudo, percebe-se que em momento algum a ilustre 4ª JJF apreciou o referido pedido, o que implica em inafastável nulidade do acórdão por ofensa ao devido processo legal e, por consequência, à ampla defesa e ao contraditório.” Após transcrever o disposto no art. 147, § 2º, I, II, “a”, “b”, do RPAF/99, o recorrente afirma que o seu pedido de diligência não foi indeferido nem no voto, nem no acórdão e nem na ata da sessão de julgamento. Afirma que a não realização da diligência lhe trouxe prejuízo, pois não pode comprovar: que efetuou os investimentos previstos no projeto apresentado ao Conselho de DESNVOLVE; que os investimentos realizados resultaram na instalação de uma capacidade de produção de 400 kg/hora de filmes co-extrudados e de 80 kg/hora de filme tubular de polipropileno; que essa capacidade representa um acréscimo de 58% em relação à capacidade dos equipamentos cedidos em comodato pela Artplástico; que a linha de extrusão Carnevalli inovou em termos tecnológicos, sendo até o momento a única máquina do tipo instalada no Estado da Bahia no segmento de embalagens flexíveis; que as características superiores desses filmes são reconhecidas pela Agência Estadual de Defesa Agro-pecuária; que os investimentos resultaram em uma aumento da capacidade de impressão de filmes em 300 metros por minuto em razão da compra de uma impressora flexográfica FR-60 Comexi; que a nova impressora representam inovação tecnológica e importante ganho ambiental.

Também alega o recorrente a nulidade da Decisão recorrida quanto às infrações 1 e 2, pois entende que a primeira instância não apreciou o argumento defensivo atinente à nulidade das multas impostas pela fiscalização quanto a essas duas infrações. Diz que essa omissão representa uma ofensa aos princípios da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal. Solicita que, sanada a nulidade decorrente da omissão, seja considerada nula a aplicação dessas multas.

Suscita o recorrente a nulidade das infrações 1 e 2, uma vez que o Processo nº 192797/2007-7, referente ao Parecer da DITRI, foi formulado sem a sua participação, o que violou os princípios da ampla defesa e do contraditório. Diz que o disposto no artigo 2º, do RPAF/99, determina que tanto os processos administrativos quanto os procedimentos devem atender aos princípios da oficialidade, legalidade objetiva, verdade material, informalismo e da garantia da ampla defesa. Afirma que o Parecer da DITRI vincula o órgão consulente, teve papel importante no deslinde do feito e foi formulado de unilateralmente pelo autuante. Frisa que a DITRI se baseou apenas na narrativa do autuante, que, seu entendimento, não reflete a realidade dos fatos. Aduz que a ciência dada após o resultado do processo não convalida a ofensa à ampla defesa e ao contraditório. Para embasar suas alegações, o recorrente cita doutrina.

O recorrente argui a nulidade das infrações 1 e 2, sob o argumento de que a fiscalização não poderia desconsiderar o benefício do programa DESENVOLVE, pois essa é uma atribuição exclusiva do CD desse referido programa. Sustenta que o artigo 19 do Regulamento do DESENVOLVE atribui expressamente ao seu CD a competência para decidir sobre o cancelamento

de benefícios concedidos. Diz que, caso o Regulamento do DESENVOLVE fosse omissivo quanto à competência para o desenquadramento, a questão deveria ser previamente levada ao CD, ao teor do disposto no artigo 23 do referido Regulamento.

Afirma que, nos termos do artigo 1º, § 1º, I, do Dec. 8.205/02, restou demonstrada no processo a efetiva ocorrência da adequação do recorrente às disposições do artigo em comento (II – expansão, o aumento projetado, superior a 35% na produção física anual em relação à produção obtida nos 12 meses anteriores ao pedido). Frisa que esse dispositivo se refere ao aumento da capacidade instalada. Aduz que a primeira instância se equivocou ao considerar a produção efetiva realizada pelo recorrente em 2006. Explica que o aumento projetado é em relação à produção dos 12 meses anteriores ao protocolo do projeto, que no caso em tela seria de julho de 2004 a junho de 2005, já que protocolou o seu projeto em 12/07/05 (fl. 1226).

Reitera que os equipamentos instalados aumentaram a sua capacidade projetada em valor superior a 35% da produção calculada com base na norma regulamentar. Aduz que incorporou novos métodos de produção, os quais resultaram em menor impacto ambiental. Diz que conquistou quase que integralmente o mercado baiano de embalagens flexíveis para envasamento de leite. Conclui que, sendo um estabelecimento já instalado, faz jus aos benefícios do DESENVOLVE, observadas as disposições do § 4º do artigo 3º do Decreto 8.205/02.

Diz que, caso se mantenha a tese contida no acórdão recorrido de que houve uma sucessão empresarial, deve se aplicar ao recorrente o benefício que fruiria Artplástico no Programa BAHIAPLAST, pois essa sucessão deveria ser aplicada tanto em prejuízo quanto em benefício.

Quanto à infração 7, o recorrente alega que o seu pedido de redução da multa para 10% deveria ter sido acolhido, pois a “dificuldade à fiscalização” não era motivo suficiente para não se mitigar o valor da multa. Diz que, neste caso, os parâmetros a serem considerados são os princípios da proporcionalidade, razoabilidade, equidade e da boa-fé. Sustenta que tendo o próprio acórdão reconhecido a ausência de má-fé, inexiste, portanto, óbice à pleiteada redução. Frisa que a mera possibilidade de que algum tributo deixou de ser recolhido não é suficiente para impedir a redução da multa, conforme pleiteada pelo recorrente.

Solicita que, em relação às infrações 1 e 2, sucessivamente, elas sejam julgadas nulas, seja mantido o recorrente no programa DESENVOLVE e seja aplicado ao recorrente o benefício do BAHIAPLÁST. Requer que a infração 7 seja declarada parcialmente procedente, com a redução da multa. Pede que, caso não sejam as nulidades, as improcedências e a redução da multa, acatadas que se decrete a nulidade da Decisão recorrida, por falta de apreciação do pedido de diligência.

Ao exarar o Parecer de fls. 1235 e 1236, a ilustre representante da PGE/PROFIS, afirma que não vê razão para o acolhimento da nulidade do acórdão recorrido, uma vez que o pedido formulado na defesa foi amplo, geral e sem a demonstração específica da prova que se pretendia produzir. Diz que a leitura do trecho da página 1010 revela que não houve a demonstração da necessidade específica da diligência, pelo que não vislumbra a nulidade suscitada, já que não houve prejuízo ao exercício do direito de defesa. Assevera que os argumentos recursais já estavam presentes na defesa inicial, não havendo, assim, qualquer fato novo que justifique a realização de diligência.

Quanto ao pedido de nulidade das multas aplicadas, diz que a Junta de Julgamento Fiscal apreciou o pedido, afastando a alegação sob o argumento de que a Lei 7.667/00 acrescentou o inciso XIII-A ao artigo 42 da Lei nº 7.014/96 e que, portanto, existia previsão legal para a exigência da multa pela não entrega dos arquivos magnéticos solicitados mediante intimação.

Explicou que não houve a exclusão do recorrente do programa do DESENVOLVE, mas sim a exigência do imposto comprovadamente não recolhido pela empresa que infringiu as disposições referentes ao citado programa. Frisa que a fiscalização e a lavratura de Auto de Infração são da competência exclusiva da Secretaria da Fazenda, não podendo ser tais atividades transferidas para o Conselho Gestor de Programa de Incentivo.

Quanto ao alegado cerceamento de defesa em razão do procedimento instaurado pela DITRI, afirma que não há motivo para a nulidade suscitada porque não houve qualquer prejuízo, já que no momento da lavratura do Auto de Infração foi dada ao recorrente a oportunidade de tomar conhecimento e de se pronunciar sobre todos os fatos que lhe foram imputados.

No mérito, a ilustre parecerista afirma que a fiscalização apurou irregularidades que apontam a sucessão de empresas, o que é proibido no art. 3º, § 1º, da Lei nº 7.980/01, que estabelece que os incentivos têm a finalidade de estimular a instalação de novas indústrias e a expansão dos projetos industriais já instalados, não se considerando nova indústria a que resulte de transferências de ativos de outros estabelecimentos do Nordeste. Ao finalizar, opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

**VOTO (Vencido quanto à Redução da Multa – 50%)**

Inicialmente o recorrente suscitou a nulidade da Decisão recorrida, alegando que o seu pedido de realização de diligência não foi apreciado pela primeira instância, o que diz ter cerceado o seu direito de defesa.

Da leitura da defesa e do pronunciamento posterior, observo que em dois momentos, um à fl. 1004 e outro à fl. 1014, foi solicitada a realização de diligência.

Na primeira solicitação de diligência, referindo-se à infração 5, o autuado assim se pronunciou: *Resta evidenciado, então, que os levantamentos quantitativos contêm equívocos, devendo-se, por isso, baixar o processo em diligência para, através de Auditor Fiscal estranho ao feito, atestar as afirmações trazidas pela Impugnante e, então, confirmar a evidente improcedência da autuação fiscal.*

Quanto a essa primeira solicitação, não há razão para a nulidade da Decisão recorrida, pois os argumentos e os demonstrativos elaborados pelo recorrente foram integralmente acolhidos na informação fiscal e na Decisão recorrida e, portanto, a ausência de pronunciamento sobre esse pedido não trouxe qualquer prejuízo ao recorrente.

No segundo pedido de diligência, feito ao final da impugnação, no item “4 – DO PEDIDO”, o autuado assim se pronunciou: *Além disso, requer que seja deferida diligência por Auditor Fiscal estranho ao feito para comprovar os fatos controvertidos demonstrados pelo autuado com base nos elementos constantes dos autos, bem ainda, das provas integrantes desta impugnação e da documentação em poder do contribuinte que precisa ser levada em consideração neste processo.*

Nessa solicitação não foi especificada a qual infração ou infrações o impugnante se referia. Com base na metodologia empregada na elaboração da defesa, depreendo que o pedido de diligência se aplicava à infração 5 e, conforme demonstrado acima, a ausência de pronunciamento não foi suficiente para nulificar a Decisão recorrida. Todavia, admitindo que essa solicitação se referia às demais infrações, entendo que também não houve razão para a nulidade suscitada, conforme passo a me pronunciar.

A realização de diligência ou de perícia destina-se a fornecer ao julgador subsídios para o deslinde de pontos controversos, sendo que o julgador não fica obrigado a decidir a lide segundo esses subsídios. Vê-se, portanto, que a realização de diligência ou de perícia é um procedimento destinado a atender uma necessidade que venha a ter o julgador. Dessa forma, quando o julgador entende que já possui elementos suficientes para decidir a lide, não acarretará cerceamento de defesa o julgamento antecipado da lide.

No caso em tela, ao se confrontar os argumentos trazidos na defesa com o voto proferido pelo ilustre relator da Decisão recorrida, verifica-se que todos os argumentos defensivos foram examinados e acolhidos ou rechaçados com a devida fundamentação. Assim, concluo que o julgador de primeira instância considerou os elementos já existentes no processo como suficientes para a Decisão da lide. Ademais, se o defendante possuía alguma prova que respaldasse os seus argumentos e, por algum motivo, estivesse impossibilitado de apresentá-la, ele deveria ter demonstrado e comprovado essa impossibilidade, para que se justificasse a realização de diligência visando a busca dessas provas que estavam em seu poder.

Comungando com o opinativo da ilustre representante da PGE/PROFIS, considero que os pedidos de diligência foram indeferidos, uma vez que os referidos pedidos constaram no relatório e todos os argumentos, demonstrativos e documentos apresentados na defesa foram analisados no voto proferido na Decisão recorrida.

Pelo acima exposto, afasto a preliminar de nulidade referente à falta de apreciação do pedido de diligência formulado na defesa.

O recorrente também suscita a nulidade da Decisão recorrida sob o argumento de que não foi apreciada pela primeira instância a tese de nulidade das multas indicadas nas infrações 1 e 2.

Conforme se pode observar no sexto parágrafo da fl. 1165, esse argumento defensivo foi consignado no relatório da Decisão recorrida. Ao proferir o seu voto, o ilustre relator, à fl. 1172, tratou da questão da seguinte forma: “*Quanto ao percentual da multa aplicada, entendo que faz parte do mérito da questão e será apreciado no momento próprio.*”

Ao abordar o mérito das infrações 1 e 2, o relator afirmou que: *Com relação ao argumento defensivo de que somente Resolução pelo CD DESENVOLVE poderia desenquadrar e impor multas [...]Já correta a exigência do ICMS pela fiscalização, com aplicação de multa, quando ficar comprovado que o usufruto o benefício fiscal não pode ocorrer face ao não atendimento das condições estabelecidas.*

Pode-se dizer que o pronunciamento da primeira instância sobre a aplicação de multa nas infrações 1 e 2 foi breve ou até equivocado, porém não se pode dizer que, sobre esse argumento defensivo, a Decisão recorrida foi omissa. Sobre a legalidade dessas multas me pronunciarei mais adiante quando abordar a nulidade das infrações 1 e 2.

Considero, portanto, que na Decisão recorrida foi abordada a questão das multas aplicadas nas infrações 1 e 2. Dessa forma, ultrapasso essa preliminar de nulidade da Decisão recorrida.

Foi arguida a nulidade das infrações 1 e 2, sob o argumento de que no Processo nº 192797/2007-7, dirigido à DITRI, não houve a participação do recorrente, o que acarretou cerceamento de defesa.

Inicialmente, saliento que o Regimento da Secretaria da Fazenda, aprovado pelo Decreto nº 7.921/02, no seu artigo 11, II, “b”, “2”, prevê que compete à Diretoria de Tributação (DITRI) “*orientar os servidores e contribuintes quanto à aplicação da legislação tributária e fiscal*”.

Tomando por base o previsto nesse dispositivo, vejo o Processo nº 192797/2007-7 como sendo um pedido de orientação feito pelo autuante à DITRI, acerca de uma ação fiscal a ser desenvolvida. Esse fato fica claro quando se observa que o Parecer da DITRI data de 13/02/08 (fl. 204), ao passo que a ação fiscal iniciou em 02/04/08 (fl. 12). Por se tratar de uma solicitação de orientação, o Processo nº 192797/2007-7 não era regido pelo princípio do contraditório e não havia como o recorrente dele participar, uma vez que o procedimento fiscal não tinha sequer começado. Por fim, é mister salientar que essa orientação emitida pela DITRI não se confunde com o procedimento de “Consulta” previsto no art. 55, do RPAF/99, bem como não vincula o autuante e nem este órgão julgador.

Desse modo, afasto a preliminar de nulidade das infrações 1 e 2 em razão de não ter o recorrente participado do Processo nº 192797/2007-7.

Ainda em preliminar, o recorrente afirma que as infrações 1 e 2 são nulas, pois a fiscalização não poderia desconsiderar o benefício do programa DESENVOLVE, já que o cancelamento de benefícios é da competência do CD do DESENVOLVE.

Não se tem dúvida que o cancelamento de um contribuinte do Programa do DESENVOLVE é da competência exclusiva do Conselho Deliberativo desse Programa. Tendo em vista que esse Programa trata da concessão de benefícios fiscais condicionados, a inobservância das condições previstas acarreta a cobrança do imposto que deixou de ser recolhido e da multa cabível, ao teor do disposto no art. 38 c/c art. 42, ambos da Lei nº 7.014/96. No caso em tela, o autuante entendeu que condição prevista nas Resoluções nºs 167/2005 e 178/2005 não tinha sido atendida e, em consequência, lavrou Auto de Infração para cobrar o imposto que deixou de ser recolhido e para impor as correspondentes multas.

Ao assim agir, o auditor fiscal autuante cumpriu o seu dever funcional de constituir o crédito tributário mediante o lançamento de ofício, amparado no artigo 107 da Lei nº 3956/81 (COTEB), que prevê que compete à Secretaria da Fazenda a fiscalização dos tributos estaduais, cabendo aos auditores fiscais a competência para a lavratura de Auto de Infração para a cobrança de tributos, multas e acréscimos legais. Não vislumbro a existência de conflito entre a Lei nº 7980/01 e o

COTEB, pois, conforme foi bem ressaltado pela ilustre representante da PGE/PROFIS, a fiscalização e a cobrança de tributos estaduais e a aplicação de multa decorrente do descumprimento de obrigação tributária são atividades exclusivas da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, não podendo essas atividades ser transferidas para Conselhos Gestores de Programas de Incentivos Fiscais.

Não se pode, portanto, dizer que o autuante tenha extrapolado a sua função e efetuado o cancelamento de benefício, praticando ato que era da competência exclusiva do CD do Programa do DESENVOLVE.

Ressalto que, caso o presente Auto de Infração venha a ser julgado procedente em caráter definitivo na esfera administrativa, a autoridade competente deverá representar ao Secretário da Fazenda, para que ele solicite ao CD do DESENVOLVE o cancelamento da habilitação do recorrente no referido Programa.

O recorrente também alega que as multas indicadas nas infrações 1 e 2 são ilegais, pois não possuem previsão na Lei nº 7.980/01 e nem no Decreto 8.205/02.

Efetivamente, a Lei nº 7.980/01, que instituiu o Programa do DESENVOLVE, e o Decreto nº 8.205/02, que aprovou o Regulamento desse Programa, não preveem a aplicação de multa. Entendo que não poderia ser de forma diferente, pois essa Lei e o seu correspondente Regulamento se destinam à instituição de benefício fiscal, cabendo, no entanto, à Lei nº 7.014/96 dispor sobre as multas cabíveis nas hipóteses de ocorrências que caracterizem infrações à legislação tributária estadual. Assim, não vislumbro a ilegalidade na aplicação das multas indicadas nas infrações 1 e 2.

Após ter ultrapassado todas as preliminares de nulidade suscitadas pelo recorrente, saliento que não há necessidade da realização de diligência ou de perícia, pois os elementos constantes nos autos já são suficientes para o deslinde das questões, e, a seguir, passo a apreciar o mérito das alegações recursais.

Quanto à infração 1, a qual trata de recolhimento a menos de ICMS em razão de uso indevido de incentivo fiscal – dilação de prazo para pagamento do ICMS – em desacordo com a legislação do DESENVOLVE, transcrevo a seguir o disposto no artigo 3º da Lei nº 7980/01, que instituiu o DESENVOLVE:

*“Art. 3º Os incentivos a que se refere o artigo anterior têm por finalidade estimular a instalação de novas indústrias e a expansão, a reativação ou a modernização de empreendimentos industriais já instalados, com geração de novos produtos ou processos, aperfeiçoamento das características tecnológicas e redução de custos de produtos ou processos já existentes.*

*§ 1º Para os efeitos deste Programa, considera-se:*

*I - nova indústria, a que não resulte de transferência de ativos de outro estabelecimento da mesma empresa ou de terceiros, oriundos da Região Nordeste;*

*II - expansão industrial, o aumento resultante de investimentos permanentes de, no mínimo, 35% (trinta e cinco por cento) na produção física em relação à produção obtida nos 12 meses anteriores ao pedido;*

*III - reativação, a retomada de produção de estabelecimento industrial cujas atividades estejam paralisadas há mais de 12 meses;*

*IV - modernização, a incorporação de novos métodos e processos de produção ou inovação tecnológica dos quais resultem aumento significativo da competitividade do produto final e melhoria da relação insumo/produto ou menor impacto ambiental.*

*§ 2º Considera-se, também, expansão o aumento da transformação industrial que objetive ganhos de escala ou de competitividade, ou a conquista de novos mercados ou que implique em aumento real no valor da produção total do empreendimento.”*

Conforme as Resoluções nºs 167/2005 e 178/2005, do Conselho Deliberativo do DESENVOLVE (fls. 42/44), foi habilitado aos benefícios do Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – DESENVOLVE o projeto de implantação da TOTAL FLEX INDÚSTRIA DE EMBALAGENS LTDA. Cópia desse projeto se encontra acostada às fls. 693/741.

Em outras palavras, o disposto nessas Resoluções do CD do DESENVOLVE habilitava o recorrente aos benefícios nelas citados, em decorrência da implantação da indústria descrita no projeto apresentado pelo recorrente e acostado às fls. 693/741.

Os documentos acostados ao processo, especialmente os contratos de comodato de fls. 96 a 98, a Nota Fiscal nº 019193 (fl. 141) e os contratos de mútuo de fls. 143 a 162, comprovam a transferência dos ativos da Artplástico Indústria de Artefatos Plásticos Ltda. para a Total Flex Indústria de Embalagens Ltda., ambas localizadas na cidade de Jequié-BA. Essa transferência de ativo foi de tal monta que englobou o imóvel, as máquinas e equipamentos, os móveis e utensílios, a subestação elétrica, as matérias-primas e até mesmo o capital de giro.

Uma vez que não se considera uma nova indústria a que resultar da transferência de ativos pertencentes a uma mesma empresa ou de terceiros, oriundos da Região Nordeste (art. 3º, § 1º, I, da Lei nº 7.980/01), está claro que no caso em tela não foi atendida a condição necessária para o gozo dos benefícios previstos nas Resoluções nºs 167/2005 e 178/2005, do CD do DESENVOLVE, que, repito, era a implantação da indústria que foi descrita no projeto apresentado pelo recorrente e que se encontra acostado às fls. 693/741.

O recorrente alega que efetuou os investimentos previstos no projeto, que houve a instalação de uma capacidade de produção de 400 kg/hora de filmes co-extrudados e de 80 kg/hora de filme tubular de polipropileno, que essa capacidade representa um acréscimo de 58% em relação à capacidade dos equipamentos cedidos em comodato pela Artplástica, que a linha de extrusão Carnevalli inovou em termos tecnológicos, que as características superiores desses filmes são reconhecidas pela Agência Estadual de Defesa Agropecuária, que os investimentos resultaram em um aumento da capacidade de impressão em razão da compra de uma impressora flexográfica FR-60 Comexi e que a nova impressora representa inovação tecnológica e importante ganho ambiental.

Todas essas alegações recursais não são capazes de elidir a infração, uma vez que está sobejamente comprovado nos autos que a Total Flex Indústria de Embalagens Ltda. foi resultante da transferência de ativos da Artplástico Indústria de Artefatos Plásticos Ltda., localizada em Jequié-Ba e, portanto, não houve a implantação de uma nova indústria, como exigiam as Resoluções nºs 167/2005 e 178/2005, do Conselho Deliberativo do DESENVOLVE.

Não acolho a tese recursal de que “*sendo um empreendimento já instalado, faria jus ao DESENVOLVE, observadas as disposições do § 4º do art. 3º do Decreto 8205/2002*”, pois o recorrente foi habilitando em um projeto de “implantação”. Por esse mesmo motivo, entendo que a alegação recursal pertinente à quantificação da capacidade instalada não é capaz de modificar a Decisão recorrida.

Não há como se aplicar ao recorrente os benefícios do BAHIAPLAST, a que fazia jus a Artplástico Indústria de Artefatos Plásticos Ltda., tendo em vista que tais benefícios são concedidos a empresa especificada na respectiva Resolução. Dessa forma, por falta de amparo legal, deixo de acolher a solicitação recursal.

A infração 2 trata de falta de recolhimento de ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições interestaduais de bens destinados ao ativo fixo do próprio estabelecimento. Essa infração também decorreu do fato de não ter o recorrente obedecido as condições previstas na legislação do DESENVOLVE para usufruir o incentivo fiscal do diferimento do ICMS referente ao diferencial de alíquotas nas aquisições interestaduais destinadas ao seu ativo imobilizado.

Considerando que, conforme demonstrado na infração 1, restou comprovado que não houve a implantação de uma nova indústria, não foi atendida a condição imposto para o gozo do benefício e, em consequência, foi correta a cobrança do imposto que deixou de ser recolhido, acrescido da multa cabível e dos acréscimos legais.

Quanto ao montante do valor devido nas infrações 1 e 2, saliento que as alegações trazidas na defesa já foram todas apreciadas pela 4ª JJF, sendo que em fase recursal não houve mais questionamento dos valores que remanesceram ou que foram mantidos na Decisão recorrida.

A infração 7 trata do fornecimento de informações através de arquivo magnético exigido na legislação tributária, requerido mediante intimação, com omissão de operações ou prestações. Alega o recorrente que essa multa deveria ter sido reduzida, conforme foi decidido em outros processos similares.

O disposto no § 7º do art. 42 da Lei nº 7.014/96 faculta a este colegiado reduzir multa por descumprimento de obrigação acessória, desde que fique comprovado que a infração tenha sido praticada sem dolo, fraude ou simulação e não implique falta de recolhimento do imposto.

Quando cabível, essa faculdade concedida ao julgador administrativo deve ser utilizada, de forma que haja uma graduação na aplicação da pena. Contudo, o emprego dessa faculdade exige que os requisitos legais para a redução estejam perfeitamente caracterizados nos autos. Somente após ter constatado que o contribuinte atendeu aos requisitos legais para se beneficiar da redução da multa, o julgador administrativo poderá dosar a pena prevista na lei para o caso concreto, observando os diversos fatores que influenciaram no cometimento da infração.

No caso em tela, observo que nos autos não estão caracterizadas as condições necessárias para que se aplique a redução da multa. Tendo em vista as demais infrações listadas no presente lançamento, não há como se afirmar que a entrega de arquivos magnéticos com omissões não tenha causado falta de pagamento de imposto e, portanto, não há como conceder ao recorrente o benefício da redução da multa. Entendo que no caso em comento não há como se aplicar ao recorrente a Decisão contida nos acórdãos citados no Recurso Voluntário como paradigmas, pois aquelas decisões travam de situações distintas. Dessa forma, considero que a 4ª JJF decidiu de forma acertada quando indeferiu a solicitação de redução da multa.

Em face do acima exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

Quanto ao Recurso de Ofício, o qual trata das infrações 2, 5 e 6, não há correção a fazer na Decisão recorrida, conforme passo a me pronunciar.

A infração 2 cuida da falta de recolhimento do ICMS atinente à diferença entre as alíquotas. A parte sucumbente da Fazenda Pública nesse item do lançamento foi decorrente de retificações efetuadas pelo autuante na apuração do valor devido. Foi correta a Decisão da primeira instância, uma vez que os argumentos da defesa foram expressamente acolhidos pelo autuante na informação fiscal, tendo esse auditor refeito a apuração do imposto remanescente.

A infração 5 – falta de recolhimento do ICMS, no valor de R\$ 81.769,57, apurada mediante levantamento quantitativo de estoques – foi julgada em primeira instância procedente em parte no valor de R\$ 813,80.

Na defesa, o recorrente tinha alegado que havia diversos erros na apuração do imposto e apresentou as suas comprovações. O autuante, na informação fiscal, reconheceu a existência dos erros apontados na defesa, explicou que esses equívocos foram decorrentes de inconsistências nos arquivos magnéticos apresentados ao fisco, afirmou que havia a necessidade de refazimento total do levantamento quantitativo e sugeriu que esse item do lançamento fosse julgado nulo.

A Primeira Instância, no entanto, entendeu que a nulidade era apenas parcial e julgou a infração procedente em parte, cobrando a diferença de omissão de saída reconhecida na defesa interposto. Não há retificação a fazer nessa Decisão recorrida, pois a nulidade da autuação foi reconhecida pelo próprio autuante na informação fiscal.

A infração 6 trata de entrada no estabelecimento, sem notas fiscais de origem, de bens obtidos em transferência da empresa ARTPLÁSTICO INDÚSTRIA DE ARTEFATOS PLÁSTICOS LTDA, conforme contagem física dos bens de ativo imobilizado realizada pelo Fisco e Contrato de Comodato firmado entre as empresas.

Não vislumbro correção a fazer na Decisão recorrida, pois não houve no caso em tela os bens foram cedidos em comodato, não tendo havido a entrada de bens no estabelecimento do recorrente. Ademais, caso a multa indicada na autuação fosse cabível, por força do disposto no § 5º do artigo 42, da Lei nº 7.014/96, essa multa decorrente de inobservância de obrigação acessória (infração 6) ficaria absorvida pela multa indicada na infração 1 (por descumprimento de obrigação principal).

Pelo acima exposto, mantenho a Decisão da primeira instância, porém sob outra fundamentação.

Voto, portanto, pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

**VOTO DIVERGENTE (Quanto à Preliminar de Nulidade e à Questão da Competência – Enquadramento da Multa)**

Analizando a decisão recorrida, entendo assistir razão o argumento do sujeito passivo de que o Acórdão proferido pela Primeira Instância administrativa encontra-se eivado de nulidade insanável, vez que não foi enfrentado, de forma objetiva, o seu pedido de diligência.

Como é de sabença notória, tanto os atos administrativos, quanto às Decisões judiciais devem ser fundamentadas sob pena de se encontrarem nula, por violarem os princípios do devido processo legal, cerceamento de defesa e contraditório.

Atendendo ao preceito constitucional, o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal deste Estado, foi enfático em afirmar que “*são nulos as decisões não fundamentadas e àquelas em que proferidas com preterição de defesa*”.

Desta forma, pode-se concluir que se o contribuinte realizou um pedido de diligencia, caberia ao julgador de Primeira Instância se pronunciar expressamente sob tal requerimento, sob pena de violar os princípios acima citados. A ausência de manifestação expressa acerca do pedido de diligência, causa uma nulidade sanável, motivo pelo qual o presente PAF deve retornar ao órgão julgador de primeiro grau administrativo, a fim de sanar a referida omissão.

Destaque-se, ainda, conforme bem destacou o representante da empresa em sede de julgamento, que o pedido de diligência, ao contrário de uma perícia, que possui um cunho mais formal, serve para verificar as alegações trazidas pelo sujeito passivo e no presente caso, serviria para demonstrar se o sujeito passivo preenchia os requisitos do desenvolve.

**DESENQUADRAMENTO:**

Ouso divergir do ilustre relator do processo, no tocante à nulidade arguida pelo sujeito passivo no item 2.2.B (Da impossibilidade de desconsideração do benefício do desenvolve pela fiscalização – da atribuição exclusiva ao Conselho do Desenvolve para este mister) do recurso voluntário.

Tanto a infração 1, quanto a infração 2, foram lavradas para se exigir imposto sob a acusação de que o sujeito passivo utilizou indevidamente o incentivo fiscal previsto no programa do DESENVOLVE. Segundo o Autuante, “*durante o curso da fiscalização foi constatada a infrigência ao disposto no art. 3º, § 1º, I, da Lei nº 7.980/2001, consubstanciada pela transferência total dos ativos da empresa ARTSPLATICO INDÚSTRIA DE ARTEFATOS PLÁSTICOS LTDA (...) conforme atestam contratos de comodatos apresentados após a realização da contagem física de bens, realizada pelo fisco nas dependências dos estabelecimentos das empresas acima citadas*”.

Disse, ainda, que o recorrente “*deixou de cumprir integralmente a realização do investimento projetado, constante no projeto de implantação apresentado, quando do pedido para fruição dos benefícios do programa DESENVOLVE, especialmente as inversões fixas relativas a edificações, sujeitando-se, dessa forma, à imposição do art. 16 do Regulamento do Programa DESENVOLVE, aprovado pelo Decreto nº 8.205/2005.*”

Grosseiramente falando, não é demais lembrar que para uma empresa usufruir dos benefícios fiscais previstos no programa do DESENVOLVE é necessário formular requerimento à Secretaria da Fazenda, a fim de que este órgão, juntamente com o Conselho Deliberativo do DESENVOLVE analise se a requerente preenche os requisitos do programa, e após uma análise criteriosa, conceder ou não o benefício pleiteado.

No presente caso, pode-se constatar que o Estado da Bahia, através de órgão competente, após analisar o requerimento formulado pelo autuado, concedeu o referido benefício fiscal através da Resolução nº 167/2005 da SEFAZ/Ba.

Desta forma, pode-se concluir que se a habilitação da empresa ao programa do Desenvolve é consubstanciado através do Conselho Deliberativo do Programa do Desenvolve, através de um ato administrativo formal, ao meu entender, este é o órgão competente para afirmar se a empresa preenche ou não os requisitos do programa. Ademais, os argumentos utilizados pelo autuante para justificar a lavratura do Auto de Infração são de cunho técnico, necessitando a análise do Conselho Deliberativo do Desenvolve.

Ao contrário do quanto o autuante procedeu, caso fosse constatado o descumprimento de alguma norma do programa de benefício fiscal, caberia ao agente fiscal, comunicar ao Conselho Deliberativo do Programa do Desenvolve, a fim de que este órgão pudesse analisar os argumentos que lhe foram trazidos, respeitando, contudo o princípio do contrário e da ampla defesa.

A tese aqui defendida encontra guarida no §1º, do art. 19 do Decreto Estadual nº 8.205/2002, que assim dispõe:

*Art. 19 – A empresa habilitada aos incentivos do DESENVOLVE terá o benefício cancelado nas seguintes circunstâncias:*

(...)

*§1º - O cancelamento a que se reporta este artigo dar-se-a por Resolução do Conselho Deliberativo com fundamento em parecer da Secretaria Executiva.*

Desta forma, pode-se concluir que o órgão competente para afirmar se determinada empresa não preencheu os requisitos do programa do desenvolve e efetivar o seu desenquadramento é o Conselho Deliberativo do programa, valendo mais uma vez relembrar, que caso o fiscal autuante constatasse que o sujeito passivo não estava preenchendo as exigências do programa, deveria elaborar um relatório circunstanciado, indicando todas as provas do quanto alegado, e entregar ao seu superior hierárquico, a fim de que este último pudesse tomar as demais providências cabíveis.

Desta forma, não vislumbro outra saída a não ser reconhecer a nulidade arguida pelo sujeito passivo, vez que o procedimento fiscal, na forma em que foi efetivado, violou frontalmente o quanto disposto no programa do DESENVOLVE, bem como aos princípios norteadores do processo administrativo.

Quanto ao mérito das infrações 1 e 2, entendo que elas são improcedentes. Diante dos elementos trazidos nos autos, entendo que não restou devidamente caracterizada a violação do quanto previsto no programa do DESENVOLVE, por parte do sujeito passivo.

#### **VOTO VENECEDOR (Quanto à Redução da Multa – 50% do Item 7)**

A infração 7 acusa o recorrente de ter fornecido informações, através de arquivo magnético, exigido na legislação tributária, requerido mediante intimação, com omissão de operações ou prestações, ficando o valor da multa limitado a 1% (um por cento) das saídas do estabelecimento em cada período.

Constata-se que a presente infração imputa ao sujeito passivo uma multa por descumprimento de obrigação acessória, cujo valor pode ser reduzido pelos julgadores do CONSEF, nos termos do § 7º, do art. 42, da Lei nº 7.014/96. Tal previsão legal tem a finalidade de adequar o valor da multa ao caso concreto, à luz dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

No presente caso, entendo que embora o descumprimento da referida obrigação acessória pelo sujeito passivo tenha causado um prejuízo de médio porte à realização da fiscalização, não restou devidamente comprovado que tal conduta ocasionou falta de cumprimento de obrigação principal, requisito que obstaria a concessão da referida benesse legal.

Não há, ainda, como se afirmar que a infração em comento tenha sido praticada com dolo, fraude ou simulação.

Tendo em vista que restaram devidamente preenchidos os requisitos para a concessão do benefício da redução da multa por descumprimento por obrigação acessória, nos termos do § 7º, do art. 42, da Lei nº 7.014/96, entendo que a multa deverá ser reduzida a sua metade, a fim de se adequar à penalidade ao caso concreto, conforme demonstrativo abaixo:

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO DA INFRAÇÃO 7 (50% DA B. DE CÁLCULO)								
Seq.	Infr.	D. Ocorrência	D. Vencimento	Alíq. (%)	Base de Cálculo	Vlr. Histórico	Multa (%)	Vlr. Julgado-CJF
34	7	31/01/2006	09/02/2006	0	6.240,25	62,40	0,5	31,20
35	7	28/02/2006	09/03/2006	0	45.302,25	453,02	0,5	226,51
36	7	31/03/2006	09/04/2006	0	16.580,65	165,81	0,5	82,90
37	7	30/04/2006	09/05/2006	0	108.389,55	1.083,90	0,5	541,94

38	7	31/05/2006	09/06/2006	0	188.685,85	1.886,86	0,5	943,42
39	7	30/06/2006	09/07/2006	0	35.884,40	358,84	0,5	179,42
40	7	31/07/2006	09/08/2006	0	103.583,00	1.035,83	0,5	517,92
41	7	30/09/2006	09/10/2006	0	1.730.737,15	17.307,37	0,5	8.653,69
42	7	31/10/2006	09/11/2006	0	1.360.837,85	13.608,38	0,5	6.804,19
43	7	30/11/2006	09/12/2006	0	975.627,80	9.756,28	0,5	4.878,14
44	7	31/12/2006	09/01/2007	0	152.627,85	1.526,28	0,5	763,14
<b>TOTAL</b>					<b>4.724.496,60</b>	<b>47.244,97</b>		<b>23.622,45</b>

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e, em decisão não unânime, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 210365.0020/08-3, lavrado contra **TOTAL FLEX INDÚSTRIA DE EMBALAGENS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.497.876,36**, acrescido das multas de 100% sobre R\$1.222.328,30, 70% sobre R\$813,80 e 60% sobre R\$274.734,26, previstas no art. 42, IV, “j”, III, II, “f” e VII, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além de multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$23.622,45**, prevista no art. 42, XIII-A, “f” da citada Lei e dos acréscimos moratórios na forma prevista pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Quanto à Questão da Diligência e da Competência (Enquadramento da Multa)

VOTO VENCEDOR – Conselheiros (as): Álvaro Barreto Vieira, Carlos Fábio Cabral Ferreira e Tolstoi Seara Nolasco.

VOTO DIVERGENTE – Conselheiros: Márcio Medeiros Bastos, Fauze Midlej e Nelson Antonio Daiha Filho.

Quanto à Redução da Multa

VOTO VENCEDOR – Conselheiros (as): Márcio Medeiros Bastos, Fauze Midlej, Nelson Antonio Daiha Filho e Tolstoi Seara Nolasco.

VOTO VENCIDO – Conselheiros: Álvaro Barreto Vieira e Carlos Fábio Cabral Ferreira.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de agosto de 2009.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – RELATOR/VOTO VENCIDO (Quanto à Redução da Multa)

MÁRCIO MEDEIROS BASTOS – VOTOS DIVERGENTE (Quanto à Preliminar de Nulidade, Questão da Competência) e VENCEDOR (Quanto à Redução da Multa)

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS