

PROCESSO	- A. I. Nº 299334.0402/09-0
RECORRENTE	- ITAZUL INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PRODUTOS DE LIMPEZA LTDA.
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0105-02/10
ORIGEM	- IFEP INDÚSTRIA
INTERNET	- 11/07/2012

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0197-11/12

EMENTA: ICMS. BENEFÍCIO FISCAL. DESENVOLVE. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO BENEFÍCIO FISCAL. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. A comercialização de mercadorias industrializadas por terceiro não se enquadra no conceito de operações próprias de que trata a legislação do Programa DESENVOLVE. Logo, sobre esse tipo de operação não pode incidir o benefício fiscal. Exigência mantida. Alterada a multa aplicada, uma vez que não houve provas de que o sujeito passivo tenha incorrido em fraude. Preliminar rejeitada. Diligência indeferida. Modificada a Decisão recorrida. Recurso PARCIALMENTE PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão da 2ª Junta de Julgamento Fiscal (Acórdão JJF nº 0105-02/10), que julgou Procedente a presente autuação, por meio da qual foram atribuídas ao sujeito passivo sete irregularidades distintas, sendo objeto da irresignação do sujeito passivo apenas o item 7, a seguir descrito:

INFRAÇÃO 7 - recolhimento a menos do ICMS no valor de R\$205.048,09, acrescido da multa de 100%, em razão de uso indevido de incentivo fiscal - dilação de prazo para pagamento de 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. Consta que o contribuinte possui Programa Desenvolve, de acordo com a Resolução nº 153/2005.

O autuante destaca que “*a concessão do benefício do Desenvolve ocorre com a finalidade de estimular o desenvolvimento industrial no Estado da Bahia*” e “*Isso fica muito claro no Decreto do Programa Desenvolve e na própria Resolução nº 153/2005 no seu art. 1º, senão vejamos: Considerar habilitado ad referendum do Plenário, ao Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia - Desenvolve o projeto de implantação da ITAZUL - INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PRODUTOS DE LIMPEZA LTDA, CNPJ nº 05.116.907/0001-34, localizado nesse Estado, para produzir água sanitária, desinfetante, detergente, amaciante, alvejante e álcool. Acontece que o contribuinte Itazul utilizou no período fiscalizado 2005 e 2006 o artifício de enviar matéria-prima, insumos e material de embalagem para uma terceira empresa industrializar, restando para si a atividade comercial.*”

Completa afirmando que, “*isso pode ser comprovado com muita facilidade a partir dos documentos juntados no Auto de Infração a exemplo de: notas fiscais de saída da ITAZUL para a NASSAU com objetivo de Industrialização, notas fiscais de saída da NASSAU para a Itazul com o retomo dos produtos Industrializados, livros de saída e entrada da Itazul, livros de entrada e saída da Nassau, livros registro de empregados da Itazul e da Nassau.*”

Ressalta também que o principal sócio da Nassau, o Sr. José Dâmaso, possui primeiro grau de parentesco com a principal sócia da Itazul, a Sra. Rafaela Gordilho Damaso e que se depreende dos fatos levantados que o contribuinte não soube utilizar corretamente o benefício fiscal do

desenvolve, infringindo o artigo 1º do Decreto nº 8.205 de 03 de abril de 2002 que instituiu o programa DESENVOLVE no Estado da Bahia.

A Junta de Julgamento Fiscal dirimiu a lide da seguinte forma, *in verbis*:

“(...)

O autuado, inicialmente, procura demonstrar que é o efetivo industrializador dos produtos (água sanitária, desinfetante, detergente, amaciante, alvejante etc.), e a empresa Nassau Indústria e Comércio de Produtos de Limpeza Ltda., é apenas uma ficção jurídica, solicitando, inclusive, diligência para tal comprovação. Faz objeções à validade do lançamento, argüindo a incompetência da autoridade fiscal que procedeu à exigência tributária, por considerar que houve a decretação naquele ato da perda do benefício, sendo este ato sancionatório reservado à competência privativa do Conselho Deliberativo do Programa de Incentivo. Considera incorreta a aplicação da multa de 100%, cabendo, em seu entendimento, a multa de 60%, prevista no art. 42, II, "f", da Lei nº 7.014/96.

Cabe, liminarmente, o exame das argüições que almejam questionar a validade da presente exigência tributária, fundada no entendimento de incompetência da autoridade fiscal por considerar que o mesmo decretou a perda do benefício em questão.

Verifico que, nesse caso, apesar da Decisão, desse CONSEF, trazida pelo autuado, existe entendimento diverso, inclusive mais recente, com o qual me alinho, formulado pela 2ª CJF, através do Acórdão CJF nº 0027-12/09, no qual consta o Dr. Tolstoi Seara Nolasco como Presidente/Relator, in verbis:

(...)

Assim, como já dito, alinho-me as razões e ponderações do acima referido relator, acolhidas por unanimidade pelos demais conselheiros, pois, no mesmo esteio, verifico que, no presente caso, não há razão para a nulidade do Auto de Infração, vez que não houve a cassação do benefício, este sim, ato de competência do aludido Conselho Deliberativo, determinado nas Resoluções nº 01/2002 e nº 02/2007. A ação fiscal do autuante restringiu-se a não aplicação das normas do incentivo fiscal no período em que o contribuinte não cumpriu as exigências fixadas na lei do benefício em análise (DESENVOLVE), exercendo o autuante, por conseguinte, a competência que lhe cabe para o ato administrativo de lançamento, previsto no art. 142 do CTN, sem que, para tanto, dependa da autorização de outra esfera de competência.

O autuado solicita diligência/perícia para demonstrar que efetivamente era o industrializador dos produtos que indica, não lhe cabendo a condição apenas de comercialização, conforme aponta o autuante. Com fulcro no art. 147, inciso I, “a” e inciso II “a” e “b” do RPAF/99, indefiro a solicitação de diligência/perícia, na medida em que os documentos juntados no Auto de Infração, como as notas fiscais de saída, livros de saída e entrada do autuado, bem como os demais livros fiscais das empresas envolvidas NASSAU e ITAZUL, constituem em elementos, existentes no processo, suficientes para a formação do convencimento dos julgadores, além da prova do fato não depender do conhecimento especial de técnicos e não serem necessárias outras provas a serem produzidas.

No que tange à condição de industrializador dos produtos argüido pelo autuado, conforme alinha o autuante, o Decreto do Programa Desenvolve e na própria Resolução nº 153/2005 no seu art. 1º, ao determinar a fruição do benefício, resolve em: considerar habilitado ad referendum do Plenário, ao Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia - Desenvolve, o projeto de implantação da ITAZUL INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PRODUTOS DE LIMPEZA LTDA., CNPJ nº 05.116.907/0001-34, localizado nesse Estado, para produzir água sanitária, desinfetante, detergente, amaciante, alvejante e álcool.

Diferente do entendimento do autuado, a realidade fática das operações realizadas pelo mesmo está consubstanciada nos lançamentos constantes dos livros e documentos fiscais apresentados pelo autuante, visto que ITAZUL e a NASSAU são estabelecimentos distintos, com composições societárias distintas, conforme demonstra o próprio autuado em sua defesa, e autonomias para efeito tributário distintas. Assim, a partir dos documentos juntados no Auto de Infração a exemplo de: notas fiscais de saída da ITAZUL para a NASSAU com objetivo de industrialização, notas fiscais de saída da NASSAU para a ITAZUL com o retorno dos produtos industrializados, livros de saída e entrada da ITAZUL, livros de entrada e de saída da NASSAU, livros registro de empregados da ITAZUL e da NASSAU, ficou caracterizada a realização de operações, pelo autuado, não alcançadas pelo benefício fiscal a ela concedido.

O autuado utilizou no período fiscalizado, 2005 e 2006, a sistemática de enviar matéria-prima, insumos e material de embalagem para uma terceira empresa industrializar. Efetuando tais operações, ainda que tenha sido por um planejamento tributário incorreto, como afirma a defesa, ficou restrita a operações de comercialização, razão que motivou a presente exigência tributária, para recuperar, acertadamente, aos cofres do Estado, o crédito tributário, relativo a tais operações não albergadas pelo aludido benefício.

Lembra muito bem o autuante, em consonância, inclusive, com a regra de hermenêutica prevista no art. 111 do CTN, que “o benefício é individual e que o mesmo foi pleiteado e conquistado pela ITAZUL, CNPJ 05.116.907/0001-34, conforme consta na resolução nº 153/2005 e não pela NASSAU, CNPJ 07.239.845/0001-

83." Não há, também, como aproveitar o disposto no art. 7º da Lei Federal 7798/89, pois se trata de uma lei federal não contemplada para balizar a concessão do aludido benefício.

Quanto ao argumento do autuado de que a fiscalização pode até reputar incorreto o aproveitamento do benefício do Desenvolve neste caso, mas não pode reputar tal procedimento fraudulento e aplicar uma multa penal de 100% e sim a multa de 60%, prevista no art. 42, II, "f", da Lei nº 7.014/96, não vejo como acolher tal pleito, na medida em que, apesar dos bem articulados argumentos trazidos pela defesa, inclusive como o esforço de descrever toda a estratégia montada para o desenho de um planejamento tributário e de custos, não afastou do convencimento desse julgador a pertinência da aplicação do Art. 42, IV, alínea "j" da Lei 7014/96, tendo em vista o próprio histórico das operações, alvo da presente exigência, em que o autuado usufrui do benefício fiscal, apesar de se reservar a condição de comercialização e transferir a condição de indústria a uma empresa, que, segundo a própria defesa, foi criada de forma fictícia para atender um planejamento de custos e tributário.

Isso posto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração".

Inconformado, o sujeito passivo interpôs o Recurso Voluntário de fls. 1522/1545, dirigido à infração 7, preliminarmente suscitando a nulidade do lançamento de ofício por violação ao princípio do devido processo legal, ao argumento de que o auditor fiscal não tem competência legal para decretar a perda do benefício do DESENVOLVE, competência essa atribuída ao Conselho Deliberativo, a teor do artigo 19 do Decreto nº 8.205/02. Alega que os Auditores Fiscais têm apenas o dever de comunicar, àquele órgão, o descumprimento das regras do benefício, de modo que apenas poderia ser exigido o suposto crédito tributário após pronunciamento do Conselho Deliberativo do Desenvolve. Informa, ainda, que o referido Conselho já se pronunciou em ato publicado após a ação fiscal, decidindo ratificar a Resolução nº 153/05, que lhe concedeu o benefício fiscal, por meio da Resolução nº 126/2008.

No mérito, alega que os livros e documentos fiscais analisados pela fiscalização “espelham operações que, de fato, não ocorreram, fruto de erros grosseiros de contabilidade e de um planejamento tributário não tão bem formulado”, porém a realidade fática, baseada em provas robustas, corroboram a infração 7 é improcedente, pois o recorrente (Itazul) produziu todos os produtos que comercializou (água sanitária, desinfetante, detergente, amaciante, alvejante etc.), razão pela qual cumpriu a legislação do Desenvolve e, consequentemente, a Resolução que lhe concedeu o benefício. Acrescenta que isso pode ser comprovado, pois a empresa Nassau Indústria e Comércio de Produtos de Limpeza Ltda. é apenas uma ficção jurídica, jamais exerceu nenhuma atividade, muito menos de industrialização, já que:

1. **“Não possui estabelecimento próprio:** basta observar no contrato social (doc. 02 da impugnação) e nas próprias notas fiscais acostadas pelo autuante que a Nassau apresenta como endereço de seu estabelecimento a Rua Delmiro São Pedro, Quadra 06, Jardim Eldorado, IAPI, Salvador, Bahia. Ocorre que este é o endereço da própria Itazul, como se pode facilmente concluir do seu contrato social (doc. 01 da impugnação). Portanto, na prática, sequer havia movimentação física das mercadorias, ou seja, elas jamais saíram do estabelecimento da impugnante. Apenas ficticiamente havia a remessa “para industrialização” e o suposto retorno dos produtos industrializados.”
2. **“Não possui máquinas e equipamentos:** a Nassau não possui qualquer patrimônio. Todas as máquinas e equipamentos utilizados na produção são da Itazul, como podem comprovar as notas fiscais anexas (doc. 05 da impugnação) e a escrituração contábil (doc. 06 da impugnação). Ademais, a impugnante teve o cuidado de fotografar o local de produção e as máquinas utilizadas, a fim de demonstrar que são propriedades da Itazul (doc. 07 da impugnação). Indaga como uma empresa industrializa produtos sem possuir máquinas ou equipamentos?”
3. **“Não adquire nem vende mercadoria de/para terceiros:** basta observar as notas fiscais sequenciais de 2005 e 2006 (doc. 08 da impugnação) para concluir que a Nassau não possui qualquer relação comercial com terceiros. Isto prova que ela é mero apêndice da Itazul, sem qualquer atividade econômica própria.”

O recorrente prossegue em sua argumentação de que a empresa Nassau não passa de uma ficção jurídica, e para esclarecer os fatos apresenta um tópico denominado “A verdade dos fatos”, em que alega o seguinte:

1. em 2005, quando da aquisição da marca “LISA” para produção de produtos de limpeza pela ITAZUL (o autuado), a sociedade era constituída de três sócios investidores. Em dezembro de 2005, por questões relacionadas a problemas pessoais e financeiros, a sócia Ana Catharina Lemos Pedrosa Baptista deixou a sociedade e, em abril de 2006, foi a vez do sócio Assis Targa Lima deixar de fazer parte da sociedade. Esta mudança do quadro societário investidor alterou e comprometeu de forma significativa o planejamento inicial da empresa, mesmo a partir do compromisso firmado pelos novos sócios que assumiram o empreendimento e a garantia de continuidade do processo fabril;
2. inicialmente, tendo como única fonte os recursos próprios, o plano estratégico de investimentos teve de ser compartilhado com os custos para não comprometer o capital de giro e, consequentemente, a solvência e os resultados futuros da empresa. Diante desse quadro de redução de Recursos, a transferência da empresa para o Município de Simões Filho precisou ser postergada, para que a priorização das ações ocorresse em função da operacionalização e manutenção do processo produtivo;
3. em função da readequação da estratégia, diversas medidas de redução de custos foram tomadas, gerando algumas consequências imprevistas, dentre as quais:
 - 1) **altos custos de produção:** fato gerado pela necessidade de locação de equipamentos usados e ultrapassados tecnologicamente e que não conseguiam atingir a produtividade e qualidade esperadas no processo produtivo e nos produtos finais, dificultando a competitividade da empresa;
 - 2) **terceirização da mão-de-obra operacional:** em função disto, o recorrente manteve seu quadro funcional com apenas três empregos diretos, terceirizando vinte e um empregados;
4. foi exatamente no contexto da redução de custos que se criou, fruto de um legítimo planejamento tributário, a Nassau Indústria e Comércio de Produtos de Limpeza Ltda. (doc. 02 da impugnação), onde foram registrados os funcionários terceirizados que trabalhavam nas dependências da Itazul;
5. o objetivo inicial nunca foi transformar a Nassau em uma indústria; a ideia era simplesmente reduzir o custo tributário da mão-de-obra por meio do pagamento da cota previdenciária conforme a sistemática do SIMPLES, instituído pela Lei nº 9.317/96 (doc. 03 da impugnação). A criação da Nassau também não visou nenhuma espécie de redução do ICMS, de modo que o recorrente continuou recolhendo tempestiva e corretamente o imposto estadual;
6. ocorre que, ao colocar em prática o planejamento tributário, a mesma empresa contábil que o propôs incorreu em erros graves, passando a emitir notas fiscais de saída de toda a matéria-prima adquirida pela Itazul para a Nassau, com retorno de produtos industrializados da Nassau para a Itazul, operações que, evidentemente, jamais foram planejadas pelos sócios do recorrente;
7. a desorganização contábil era tamanha que o próprio autuante anexou ao Auto de Infração inúmeras notas fiscais em que a Nassau devolve à Itazul matérias-primas e materiais de embalagem, algo totalmente incompreensível;
8. não é de se estranhar, assim, que, considerando apenas as notas fiscais, a operação fosse de industrialização por encomenda, tendo a Itazul contratado a Nassau para industrializar as matérias-primas que adquirira, quando, em verdade, a operação era de industrialização própria da Itazul, tanto que as matérias-primas sequer saíram fisicamente do seu estabelecimento;
9. embora mal executado, o planejamento tributário permitiu a manutenção/criação dos postos de trabalho e o investimento na implantação de um Programa de Gestão pela Qualidade, motivado pela busca da melhoria contínua dos processos fabris e pela necessidade de aquisição de novos equipamentos para que, através da tecnologia e do aumento da produtividade, a empresa conseguisse atingir os níveis de qualidade esperados para os produtos desenvolvidos. Em contrapartida, houve, como resultado natural, a elevação do nível

de satisfação dos seus clientes, fornecedores e empregados, possibilitando o alcance de melhor posicionamento e aumento do *market share*;

10. por fim, o apoio do Governo do Estado por meio do programa DESENVOLVE foi fundamental para que o recorrente pudesse alcançar as metas do planejamento estratégico mantendo a empresa competitiva, daí porque a autuação ora em lide, lastreada em documentos que destoam da realidade fática, ameaça comprometer a sua viabilidade empresarial, o que acarretará a eliminação de postos de trabalho e a diminuição da atividade fabril no Estado da Bahia.

Ao fim da explanação, pede a realização de diligência para que possa ser averiguada a veracidade de tudo quanto foi alegado.

O sujeito passivo continuou a argumentação dizendo que, mesmo que este Colegiado conclua que devem prevalecer os documentos fiscais em vez da realidade material, advoga a tese de que restou configurada a “*industrialização por encomenda*” e o cumprimento às regras do programa Desenvolve, tendo em vista que seu estabelecimento, nos termos do inciso III do artigo 7º da Lei Federal nº 7.798/89 (que transcreveu), é equiparado a industrial e contribuinte do IPI. Traz à baila o julgado proferido pelo TRF da 4ª Região, em Apelação Cível, publicado em 30/09/2009.

Conclui que, na presente hipótese, ‘pelas notas fiscais’, a Itazul adquiriu as matérias-primas, produtos intermediários e materiais de embalagem, ‘remetendo-os’ à Nassau para ‘industrialização’ e comercializando o produto devolvido, o que configura, portanto, um estabelecimento industrial pela legislação vigente e, desse modo, entende que, sob qualquer ótica que se aplique ao tema, as vendas do recorrente são de produtos por ela industrializados, seja pela verdade material, seja por uma equiparação legal., não havendo violação ao Programa Desenvolve.

Por fim, alega que a multa aplicada, de 100%, prevista no artigo 42, inciso IV, alínea “j”, da Lei nº 7.014/96, está equivocada, uma vez que não restou configurada ação ou omissão fraudulenta e, portanto, a penalidade, se julgue procedente a obrigação principal exigida, seria de 60%, consoante previsto no artigo 42, inciso II, alínea “f”, da referida Lei.

A PGE/PROFIS, no Parecer de fls. 1549/1551, opinou pelo Não Provimento do Recurso Voluntário, por entender que os documentos juntados aos fólios comprovam que o recorrente descumpriu os requisitos ínsitos à fruição do benefício do DESENVOLVE, especialmente a não realização de atividades industriais. Acrescenta que o argumento recursal, - de que a dissonância entre a realidade fática e a documental foi decorrência de erros de lançamento e de concreção de equivocado planejamento tributário -, “*trafega num trilho de retórica metajurídica*”, pois as provas dos autos demonstram que o autuado utilizou-se de outra empresa para a realização dos processos fabris de sua responsabilidade, descumprindo o objetivo do programa: o fomento à atividade fabril no Estado da Bahia. Conclui que resta evidente, inclusive, a ocorrência de crime contra a ordem tributária, porquanto confessado expressamente pelo sujeito passivo, isto é, a utilização de documentos fiscais dissonantes da realidade fática.

Rejeita a tese recursal, de incompetência do auditor fiscal para promover o cancelamento do benefício do DESENVOLVE, pois, em seu entendimento, não houve a revogação do benefício in casu. Ademais, aduz que o decreto regulamentador do Desenvolve não poderia “*estabelecer restrições ou vedações ao exercício do Direito Potestativo do Estado da Bahia em efetuar lançamentos tributários por intermédio de auditores fiscais e agentes de tributos, uma vez que a definição desta competência tem assento na Constituição do Estado da Bahia e no Código Tributário do Estado da Bahia, normas estas superiores hierarquicamente às normas veiculadas em Decreto Regulamentar*”.

Finaliza dizendo que um raciocínio diferente conduziria à criação de uma condição de procedibilidade do lançamento tributário sem amparo legal e, pior que isso, de competência de órgão sem caráter permanente, ressaltando, ademais, que Resoluções do Conselho Deliberativo do Desenvolve são atos meramente declaratórios, não se prestando a legitimar efeito constitutivo de relação obrigacional oriunda de benesse fiscal.

Foram acostados ao PAF documentos que comprovam o pedido de parcelamento de parte do débito lançado neste Auto de Infração (infrações 1 a 6), bem como a interrupção no pagamento das parcelas deferidas (fls. 1554 a 1566).

VOTO

Não merece acolhimento a preliminar de nulidade da autuação suscitada pelo recorrente, ao argumento de que o auditor fiscal não tem competência legal para decretar a perda do benefício do DESENVOLVE, competência essa atribuída ao Conselho Deliberativo, a teor do artigo 19 do Decreto nº 8.205/02.

Na verdade, a hipótese dos autos não é de perda do benefício do Programa DESENVOLVE, mas apenas de reconstituição do conta-corrente fiscal relativo às operações beneficiadas, para fins de exclusão das operações que, segundo o entendimento do autuante, não poderiam ter sua tributação diferenciada - vendas de mercadorias que, segundo a acusação fiscal, foram industrializadas por terceiro, e não pelo autuado.

Assim, é impertinente sustentar que o auditor fiscal não detém competência para o ato de cancelamento do benefício do DESENVOLVE, pois a autuação, repita-se, não parte da premissa da perda do benefício nem tem tal fato como originário da exigência. Ao revés, a manutenção do benefício é que é a premissa fática da autuação, pois sem o enquadramento do sujeito passivo no Programa Desenvolve, não teria qualquer relevância a discussão sobre o que são operações próprias para fins do benefício fiscal e, mais, a própria tese defensiva acerca do local onde é feita a industrialização perdeira a razão de ser - não importaria onde foi realizada a industrialização caso o benefício tivesse sido cancelado.

Da mesma forma, é irrelevante o fato de o Conselho Deliberativo do DESENVOLVE ter ratificado a Resolução nº 153/05, que concedeu o benefício fiscal do recorrente, por meio da Resolução nº 126/2008.

Rejeita-se, pois, dita prefacial.

Outrossim, deve ser indeferido o pedido de diligência formulado em Recurso Voluntário, uma vez que a autuação encontra-se acompanhada de todos os documentos necessários ao julgamento das razões defensivas e recursais, revelando-se, ademais, impraticável, nos dias atuais, a verificação pretendida pelo sujeito passivo, quanto à pessoa jurídica efetivamente responsável pela industrialização das matérias-primas que foram remetidas à empresa NASSAU.

Quanto ao mérito, vale registrar que este Conselho de Fazenda já pacificou o entendimento no sentido de que o Programa DESENVOLVE, por ter o objetivo de ampliar e diversificar a matriz industrial e agroindustrial do Estado da Bahia, aplica-se, exclusivamente, às **"operações próprias"** do sujeito passivo, assim entendidas aquelas decorrentes de processo de industrialização realizado no estabelecimento beneficiário (art. 3º, do Decreto nº 8.205/2002). As operações de vendas de mercadorias adquiridas de terceiros ou, como na espécie, industrializadas por terceiros, não ensejam a aplicação dos respectivos benefícios.

Veja-se, a propósito, que a Resolução que habilitou o recorrente aos benefícios do DESENVOLVE estabelece, textualmente, em seu art. 1º: "*Considerar habilitado ad referendum do Plenário, ao Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia - DESENVOLVE, o projeto de implantação da ITAZUL - INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PRODUTOS DE LIMPEZA LTDA., CNPJ nº 05.116.907/0001-34, localizado neste Estado, para produzir água sanitária, desinfetante, detergente, amaciante, alvejante e álcool..."* (fl. 666).

Assim, logo se verifica que é infrutífera a tentativa do sujeito passivo de enquadrar o estabelecimento autuado como industrial por equiparação, pois o benefício não é concedido em função da condição do contribuinte, mas, sim, do local onde é efetivamente produzido o produto alvo de posterior comercialização. É dizer, para gozar de enquadramento no DESENVOLVE, as mercadorias vendidas precisam ser produzidas no estabelecimento beneficiado.

Com relação à alegação recursal de que é o próprio autuado o responsável, na prática, pela industrialização das matérias-primas remetidas à empresa NASSAU, vale esclarecer que a autuação está lastreada em livros e documentos fiscais do próprio sujeito passivo e da pessoa jurídica responsável pela industrialização dos insumos recebidos, ainda que por encomenda do recorrente. As notas fiscais, como curial, constituem a prova efetiva da ocorrência do fato gerador para fins de incidência do ICMS. Os livros fiscais, de seu turno, devem refletir, com fidelidade, os documentos fiscais relativos às operações e prestações realizadas pelo contribuinte, consoante se observa do art. 319, do RICMS/97, a seguir transscrito:

"Art. 319. A escrituração dos livros fiscais será feita com base nos documentos relativos às operações ou prestações realizadas pelo contribuinte, sob sua exclusiva responsabilidade e na forma estabelecida pela legislação tributária".

E a análise desses livros e documentos fiscais, ao lado de outras provas constantes dos autos, revela que a ITAZUL e a NASSAU são pessoas jurídicas e estabelecimentos distintos, inclusive formados por pessoas físicas diversas. Além disso, observa-se que a ITAZUL remetia matérias-primas para a NASSAU, para fins de industrialização, e esta devolvia os produtos acabados à recorrente, para posterior comercialização.

Veja-se, a título de exemplo, a Nota Fiscal nº 18, emitida pela empresa NASSAU (fl. 750), indicando o CFOP 5902 - Retorno de Mercadoria Industrializada por encomenda. Ao registrar essa entrada, o recorrente lançou a operação no livro Registro de Entrada indicando o CFOP 1902 - Retorno de Mercadoria Remetida para Industrialização por Encomenda. Logo, pela documentação fiscal, não foi o recorrente quem industrializou os produtos que, posteriormente, foram comercializados. A tese do recorrente, nas circunstâncias, não encontra respaldo nos autos, o que desautoriza a modificação da Decisão de piso.

Por fim, com relação à multa aplicada, entendo que razão assiste ao recorrente, uma vez que, sobretudo diante dos fatos narrados em sede de defesa e de Recurso, não restou comprovada a prática de fraude que justifique a imposição da multa de 100%, prevista no art. 42, inciso IV, alínea "j", da Lei nº 7.014/96. Destarte, entendo que a penalidade correta é de 60%, prevista no artigo 42, inciso II, alínea "f", da referida Lei.

Ante o exposto, rejeitada a preliminar de nulidade e indeferida a diligência solicitada, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, apenas para adequar a multa da infração 7 para o percentual de 60%, consoante estabelece o artigo 42, inciso II, alínea "f", da Lei nº 7.014/96.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 299334.0402/09-0, lavrado contra a **ITAZUL INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PRODUTOS DE LIMPEZA LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$217.252,95**, acrescido das multas 60%, previstas nos incisos II, alíneas "a" e "f" e VI, "a", da Lei nº 7014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$509,60**, prevista nos IX e XI do mesmo diploma legal, com os acréscimos moratórios conforme estabelece a Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de junho de 2012.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

FÁBIO DE ANDRADE MOURA - RELATOR

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO-SE – REPR. DA PGE/PROFIS