

PROCESSO - A. I. N° 207090.0003/13-0
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e IPLASA - INDÚSTRIA DE PLÁSTICOS SALVADOR LTDA.
RECORRIDOS - IPLASA - INDÚSTRIA DE PLÁSTICOS SALVADOR LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 6ª JJF n° 0025-06/14
ORIGEM - INFRAZ INDÚSTRIA
INTERNET - 11/03/2015

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO CJF N° 0039-12/15

EMENTA: ICMS. PROGRAMA DESENVOLVE. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. **a)** ERRO NO CÁLCULO DA PARCELA NÃO SUJEITA À DILAÇÃO DE PRAZO. Prevê a legislação do Programa Desenvolve que, na apuração do saldo devedor mensal do ICMS a recolher passível de incentivo, deverão ser excluídos os valores que não guardem relação com operações próprias do estabelecimento. Porém, o reprocessamento dos sacos defeituosos comomaterial de 2ª qualidade inclui-se no benefício fiscal. Item subsistente em parte. Modificada a Decisão recorrida. **b)** PERDA DO BENEFÍCIO EM RELAÇÃO À PARCELA INCENTIVADA. Restou constatado o recolhimento a menos em diversos meses do exercício de 2009. Há que se estabelecer a necessária distinção entre não recolhimento e recolhimento a menos, o que foi feito por intermédio do §3º do art. 18 do Decreto n° 8205/2002, o que desnatura o cometimento da infração. Correto o reenquadramento da multa da infração 1. Mantida a Decisão recorrida. Indeferidos os pedidos de diligência e de reabertura de prazo de defesa. Rejeitada a preliminar de nulidade. Recurso de Ofício NÃO PROVIDO. Decisão unânime. Recurso Voluntário PARCIALMENTE PROVIDO. Vencido o voto do relator. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recursos de Ofício e Voluntário, previstos no artigo 169, inciso I, alíneas “a” e “b” do RPAF/1999 (Decreto n° 7.629/1999, Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia), interpostos, respectivamente, pela 6ªJunta de Julgamento Fiscal (JJF) e pelo sujeito passivo, contra Decisão que, através do Acórdão JJF n° 0025-06/14, julgou o Auto de Infração acima epigrafado procedente em parte, lavrado no dia 27/03/2013 para imputar ao contribuinte o cometimento de 04 (quatro) irregularidades, sendo objeto do Recurso de Ofício a segunda e do Recurso Voluntário a primeira, abaixo transcritas.

A remessa necessária também decorre do reenquadramento da multa da infração 1, de 100% (art. 42, IV, “j” da Lei n° 7.014/1996) para 60% (art. 42, II, “f” da Lei n° 7.014/1996).

INFRAÇÃO 01 - Recolhimento a menor, em razão de uso indevido do incentivo fiscal relativo às operações próprias, em desacordo com a legislação do Programa Desenvolve, com a mudança das características essenciais da obrigação principal, de modo a reduzir o montante do gravame devido, evitando assim o pagamento nos meses de janeiro a setembro e novembro de 2009. Consta da descrição dos fatos que, refazendo a apuração do ICMS, segregando as operações tanto de entradas quanto de saídas não vinculadas ao projeto aprovado, assim como apurando o ICMS devido nas operações vinculadas ao referido projeto e abatendo o valor do ICMS recolhido, constatou-se o mencionado recolhimento a menor. R\$ 17.530,34 e multa de 100%,

prevista no art. 42, IV, “j” da Lei 7.014/1996.

INFRAÇÃO 02 - Recolhimento a menor, em função de falta de pagamento, na data regulamentar, da parcela não sujeita à dilação de prazo, perdendo o direito ao benefício em relação à incentivada, prevista no Programa Desenvolve, nos meses de janeiro, fevereiro e abril a dezembro de 2009. Está dito que o sujeito passivo é beneficiário do citado Programa desde abril de 2006, consoante a Resolução nº 29/2006, para a produção de sacaria industrial, filmes contráteis, bobinas técnicas e laminados. Nos termos do art. 18 do Decreto nº 8.205/2002 (Regulamento do Programa Desenvolve), a sociedade empresária habilitada no incentivo que não recolher ao Erário, na data regulamentar, a parcela do ICMS não sujeita à dilação de prazo, perderá o direito à postergação de pagamento da fração incentivada naquele mês. Assim procedeu o contribuinte em relação aos fatos geradores dos meses de janeiro, fevereiro e abril a dezembro de 2009. R\$ 947.061,66 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei 7.014/1996.

A JJF apreciou a lide na pauta do dia 01/04/2014, decidindo de forma não unânime pela Procedência Parcial, de acordo com o texto a seguir reproduzido (fls. 657 a 672).

“VOTO (Vencido quanto à Infração 2)

Preliminarmente foi suscitada a nulidade do Auto de Infração, por cerceamento de defesa, sob o argumento de que há imprecisão na descrição das infrações, bem como equívoco no enquadramento dos dispositivos legais.

Ao se examinar o Auto de Infração, depreende-se que a descrição das acusações foi realizada de forma clara e precisa. Observa-se que os autuantes, visando facilitar a compreensão das infrações apuradas, tiveram o cuidado de consignar informações complementares detalhando a metodologia empregada na apuração do imposto. Além disso, os demonstrativos que acompanham o Auto de Infração, bem com os dispositivos legais dados como infringidos, ajudam o entendimento da acusação. Ademais, não se pode olvidar que a leitura da peça defensiva deixa claro que o autuado entendeu perfeitamente a natureza de cada infração, tendo exercido o seu direito à ampla defesa e ao contraditório sem qualquer cerceamento. Dessa forma, afasta essa preliminar de nulidade.

Quanto ao alegado equívoco no enquadramento legal, constato que os dispositivos citados pelos autuantes estão em conformidade com as irregularidades apuradas. Todavia, ressalto que um eventual equívoco na capitulação da infração, a teor do disposto no art. 19 do RPAF/99, não implicaria nulidade da autuação, tendo em vista que a descrição dos fatos deixa evidente o enquadramento legal. Afasto, portanto, essa preliminar de nulidade.

Não há como prosperar a preliminar de nulidade referente à alegada falta de entrega ao autuado do Termo de Encerramento/Auto de Infração e do livro Registro de Inventário. Primeiro, porque o recibo de fl. 04 comprova que o contribuinte recebeu cópia do Auto de Infração; segundo, porque o livro Registro de Inventário que foi extraviado pela repartição fazendária era referente ao exercício de 2008, conforme Termo de Arrecadação acostado à fl. 524, exercício diverso do tratado no presente Auto de Infração (2009).

Ultrapasso a preliminar de nulidade atinente à suposta falta de entrega ao autuado de cópia dos demonstrativos que embasam a autuação, inclusive em meio magnético, pois os demonstrativos trazidos na defesa (fls. 506 a 514) não deixam dúvida de que o autuado recebeu cópia dos demonstrativos que embasam a autuação.

Quanto à entrega ao autuado de demonstrativos em meios magnéticos, ressalto que o art. 46 do RPAF/99, ao tratar da intimação do sujeito passivo acerca da lavratura do Auto de Infração, prevê que serão “fornecidas cópias de todos os termos, demonstrativos e levantamentos elaborados pelo fiscal autuante que não lhe tenham sido entregues no encerramento da ação fiscal e que sejam indispensáveis para o esclarecimento dos fatos narrados no corpo do Auto, inclusive dos elementos de prova obtidos pelo fisco junto a terceiros de que porventura o contribuinte não disponha”. Não há, portanto, previsão de entrega de planilhas em meio magnéticos. O art. 8º, § 3º, do RPAF/99, citado na defesa, é referente à apresentação de defesa, informação fiscal, perícia, Parecer da PGE/PROFIS e de outros pronunciamentos do autuado e do autuante. Contudo, há que ressaltar que os autuantes, por precaução, determinação a entrega ao autuado do CR-ROM, com a concessão do prazo de dez dias para pronunciamento, o que põe por terra a preliminar arguida.

No que tange ao prazo de dez dias concedido após a entrega do CD-ROM com os demonstrativos em meios magnéticos, saliento que a legislação (art. 46 do RPAF/99) não prevê a entrega de tais dados em meio magnético, que o autuado recebeu os dados em demonstrativos impressos e que não se trata de informações novas. Dessa forma, a concessão do prazo de dez dias está correta, não cerceou direito de defesa e não é razão para a nulidade arguida.

Quanto a preliminar de nulidade referente à aplicação da Instrução Normativa nº 27/09, ressalto que essa mencionada Instrução Normativa não trouxe nenhuma inovação à legislação relacionada ao Desenvolve, mesmo porque sendo uma norma interpretativa não tem essa atribuição, se prestando apenas a trazer esclarecimentos aos contribuintes e à própria Fiscalização a respeito de pontos específicos da legislação tributária estadual, que já se encontrava em vigor antes do momento da ocorrência dos fatos geradores que ensejaram o presente lançamento. Afasta, portanto, essa preliminar.

Foi suscitada a nulidade do Auto de Infração sob o argumento de que a fiscalização, por falta de amparo legal, não poderia decretar a perda do direito do autuado ao incentivo patrocinado pelo Programa DESENVOLVE, prerrogativa de era da competência exclusiva do Conselho Deliberativo do referido Programa que o concede via Resolução.

Ultrapasso essa preliminar, pois a exigência do imposto no presente Auto de Infração é decorrente da falta de preenchimento de condição para fruição do benefício fiscal sem que tenha ocorrido o cancelamento do benefício. Nos períodos seguintes, sendo preenchido o requisito regulamentar, inclusive, em relação ao recolhimento do imposto no prazo, o benefício volta a prevalecer e o contribuinte retoma o gozo do benefício.

O defensor também arguiu a nulidade do lançamento, por cerceamento de defesa, haja vista a lavratura de mais dois Auto de Infração na mesma data, o que diz ter dificultado o exercício do direito de defesa, tendo em vista o prazo de trinta dias para se defender dos três lançamentos.

A legislação tributária estadual prevê a hipótese de mais de um Auto de Infração em decorrência de uma mesma ação fiscal. No caso em tela, o procedimento dos autuantes foi autorizado pela autoridade competente, conforme o documento de fl. 64. Do mesmo modo, não há previsão legal para que nessa situação seja concedido prazo de defesa superior ao previsto. Dessa forma, o procedimento dos autuantes está em conformidade com a legislação, não havendo razão para prosperar a nulidade arguida.

Por tudo quanto exposto acima, afasto as preliminares de nulidade suscitadas na defesa, uma vez que não há nos autos qualquer vício formal capaz de inquinar de nulidade o Auto de Infração ou o processo administrativo fiscal dele decorrente.

Indefiro a solicitação de diligência com fulcro no art. 147, I, “a”, do RPAF/99, pois considero que os elementos já existentes nos autos são suficientes para o deslinda das questões.

Adentrando ao mérito da lide, inicialmente ressalto que as infrações 3 e 4 foram reconhecidas como procedentes pelo autuado que, inclusive, efetuou o pagamento dos valores devidos. Assim, em relação a esses dois itens do lançamento não há lide e, portanto, as infrações 3 e 4 são subsistentes.

A infração 1 trata de recolhimento do ICMS efetuado a menos em razão do uso indevido de incentivo fiscal – dilação de prazo para pagamento de ICMS – relativo às operações próprias, em desacordo com a legislação do Programa DESENVOLVE, modificando as características essenciais da obrigação tributária principal, de modo a reduzir o montante do imposto devido, evitando, assim o seu pagamento, nos meses de janeiro a setembro e novembro de 2009.

O Programa Desenvolve tem como objetivos, estimular a instalação de novas indústrias, bem como estimular a expansão, reativação ou modernização de empreendimentos industriais, estando previsto no art. 3º do Regulamento do mencionado Programa, que o Conselho Deliberativo do Desenvolve poderá conceder dilação de prazo de até 72 meses para o pagamento de até 90% do saldo devedor mensal do ICMS, relativo às operações próprias, gerado em razão dos investimentos constantes dos projetos aprovados pelo Conselho Deliberativo.

Visando demonstrar a irregularidade imputada ao sujeito passivo, os autuantes aplicaram roteiros de auditoria fiscal específicos para empresas beneficiadas pelo Programa DESENVOLVE. Nessa auditoria, foram elaborados os demonstrativos às fls. 69/74, apurando as entradas e saídas não beneficiadas pelo projeto aprovado, as quais resultaram na apuração de recolhimentos efetuados a menos, conforme o demonstrativo anexado à fl. 70 dos autos.

Afirmou o autuado que a ação fiscal foi lastreada na Instrução Normativa nº 27/09, a qual somente passou a produzir seus efeitos a partir do mês 07/2009. Sendo assim, entende que os autuantes não poderiam utilizá-la, de forma retroativa, no exercício de 2009.

Conforme já explicado neste voto, a Instrução Normativa nº 27/09, que dispõe sobre a apuração do saldo devedor mensal do ICMS a recolher passível de incentivo pelo Programa Desenvolve, não modificou o texto da norma que complementa e não criou novas regras para o cálculo do imposto, tendo, portanto, efeitos meramente interpretativos.

De acordo como a Resolução nº 29/2006 (fl. 21), do Conselho Deliberativo do DESENVOLVE, o autuado foi habilitado aos benefícios do Programa DESENVOLVE “para produzir sacaria industrial, filmes contráteis, bobinas técnicas e laminados”. Assim, as operações não vinculadas ao projeto, tais como, saídas de resíduos/sucatas, operações relativas a diferenças de alíquotas e doações, devem ser excluídas da apuração do saldo devedor mensal do ICMS a recolher passível de incentivo pelo citado Programa, pois não guardam relação com as saídas de produção do estabelecimento.

O argumento defensivo atinente a operações com aparas, diferenças de alíquotas e clichês não elidem a infração, pois não se trata de operações vinculadas ao projeto, qual seja: “produzir sacaria industrial, filmes contráteis, bobinas técnicas e laminados”. Por esse mesmo motivo o Laudo Técnico e as amostras trazidas na defesa não logram comprovar que as saídas de aparas e clichês e os recolhimentos de diferenças de alíquotas

estivessem relacionados a operações vinculadas ao projeto aprovado.

O Parecer ASTEC nº 0035/2010 da ASTEC não vincula a presente Decisão e, além disso, a matéria tratada no presente Auto de Infração não deixa dúvida: a Resolução nº 0029/06 habilitou o autuado “para produzir sacaria industrial, filmes contráteis, bobinas técnicas e laminados”. Não há como expandir esse conceito a ponto de considerar como vinculado ao Programa Desenvolve todas as operações de saídas decorrentes de seu processo produtivo, como pleiteia o autuado.

Os valores referentes à denúncia espontânea, realizada em 21/05/10, foram considerados pelos autuantes na apuração do débito atinente à infração 1, conforme os demonstrativos de fls. 07 e 70.

O fato de serem de pequena monta o ICMS recolhido a menos e de ter o autuado agido de boa-fé não possui o condão de desconstituir a infração em comento. Ademais, considerando a indisponibilidade do crédito tributário, os valores apurados como a recolher devem ser lançados de ofício, conforme acertadamente fizeram os autuantes.

O fato de os autuantes terem feito alusão ao Acórdão JJF Nº 0336-05/11 representa uma mera referência a uma Decisão de primeira instância, não tendo sido esse acórdão o “respaldo legal” para o Auto de Infração em epígrafe.

Em face ao acima exposto, concluo pela subsistência da infração 1, pois restou comprovado, mediante o roteiro de auditoria fiscal aplicado, que o autuado utilizou incentivo fiscal para recolhimento do imposto sem o cumprimento das condições previstas no Programa DESENVOLVE.

A infração 2 trata de recolhimento do ICMS efetuado a menos em razão da falta de recolhimento, na data regulamentar da parcela não sujeita a dilação de prazo, perdendo o direito ao benefício em relação à parcela incentivada prevista pelo Programa DESENVOLVE, nos meses de janeiro, fevereiro e abril a dezembro de 2009.

Prevê o artigo 18 do Decreto nº 8.205/02, que regulamenta o Programa DESENVOLVE, que “a empresa habilitada que não recolher ao Tesouro do Estado, na data regulamentar, a parcela do ICMS não sujeita à dilação de prazo, perderá o direito ao benefício em relação à parcela incentivada naquele mês”.

De acordo como o demonstrativo de fl. 70, na auditoria fiscal foi apurada a ocorrência de recolhimento a menos do imposto em diversos meses do exercício de 2009, o que implicou perda do benefício com base no artigo 18 do Decreto nº 8.205/02, acima citado.

Ressalto que, no meu convencimento, o “recolhimento a menos” da parcela não sujeita à dilação de prazo constitui uma “falta de recolhimento” dessa citada parcela. Do mesmo modo, não vejo como se aplicar ao caso em tela o disposto no § 3º do art. 18 do Decreto nº 8205/02, pois a vigência desse dispositivo é posterior à ocorrência dos fatos geradores tratados na infração em comento.

O Auto de Infração em comento foi lavrado em decorrência da ação fiscal amparada em Ordem de Serviço emitida pela repartição fazendária competente, estando os autuantes no exercício de sua competência privativa de examinar os créditos e débitos fiscais do ICMS apropriados mensalmente pelo autuado e a consequente repercussão no recolhimento do ICMS devido. Foram cumpridos roteiros de auditoria fiscal e, após os citados exames, foi verificada a ocorrência de infração à legislação do ICMS, conforme os demonstrativos que embasam a autuação.

Prevê em os artigos 107, § 1º, da Lei nº 3956/81 (Código Tributário do Estado da Bahia), e 42, do RPAF-99, que os Auditores Fiscais têm competência para realizar o procedimento fiscal, inexistindo qualquer conflito entre a ação fiscal e as atribuições do Conselho Deliberativo do DESENVOLVE. Inexiste, portanto, qualquer impedimento legal para que os Auditores Fiscais possam efetuar o lançamento tributário de ofício, haja vista que à fiscalização cabe verificar os procedimentos adotados pelos contribuintes em cumprimento à legislação tributária e, sendo constatada qualquer irregularidade, constituir o crédito tributário mediante lançamento de ofício.

A situação descrita na infração em comento não se confunde com o cancelamento da autorização de uso do benefício prevista no art. 41 do Decreto nº 8.205/02, procedimento da competência exclusiva do Conselho Deliberativo do Desenvolve. No caso em análise, o lançamento tributário de ofício não implica cancelamento do benefício fiscal, conforme já explicado no início deste voto.

O autuado afirma que apurou valores diversos dos encontrados pelos autuantes nos meses de janeiro, março e dezembro de 2009. Apesar de o autuado ter anexado planilhas à defesa, não há comprovação de como foram apurados os valores citados pelo contribuinte. Ademais, o autuado não efetua as exclusões e inclusões previstas na Instrução Normativa nº 27/09, mostrando-se refratário à aplicação dessa Instrução Normativa.

Quanto aos meses de outubro e dezembro de 2009, a análise do demonstrativo de fl. 70 mostra que efetivamente naqueles meses houve recolhimento a menos, não obstante os autuantes não terem consignado os valores. Esse fato fica claro quando se observa que naqueles meses o próprio autuado efetuou denúncia espontânea referente

a ICMS não recolhido.

Como restou comprovado que o autuado utilizou incentivo fiscal para recolhimento do ICMS sem o cumprimento das condições previstas no Programa DESENVOLVE, concluo que é devido o imposto lançado de ofício, conforme apurado pelos autuantes.

Quanto às multas aplicadas, observo que na infração 1 os autuantes utilizaram a pena prevista no art. 42, IV, "j", da Lei nº 7.014/96, que se aplica quando se constata qualquer ação ou omissão fraudulenta diversa das especificadas expressamente na mencionada Lei. Ao caso concreto, que não ficou comprovada a ação fraudulenta, deve ser aplicada a multa de 60% prevista no art. 42, II, "f", da Lei nº 7.014/96, pelo que fica retificada a multa indicada na infração 1. Já em relação à infração 2, a multa indicada na autuação está correta e não há reparo a fazer.

Pelo acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

VOTO VENCEDOR (Infração 2)

Peço vênia para discordar do voto do colega Relator, no que concerne à infração 2, respeitante à acusação de recolhimento do ICMS efetuado a menos em razão da falta de recolhimento, na data regulamentar da parcela não sujeita a dilação de prazo, perdendo o direito ao benefício em relação à parcela incentivada prevista no Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – DESENVOLVE, nos meses de janeiro, fevereiro e abril a dezembro de 2009.

Destaco que o ICMS exigido nesta infração perfaz o valor de R\$947.061,66, e multa de 60%.

Passo a tecer as considerações quanto a esta infração, no que se refere aos seguintes pontos: a) Lei nº 7.980/2001; b) Decreto nº 8.205/2002; c) Princípio da legalidade; d) Fato Gerador da Obrigaçāo Tributária; e) Evasão e Elisão Fiscal; f) Denúncia Espontânea; g) Instrução Normativa nº 27/09; h) Lei Interpretativa.

Consequência da infração 1, em que foi detectado o recolhimento a menos de ICMS em razão do uso indevido de incentivo fiscal, haja vista que o sujeito passivo teria recolhido a menor o montante devido referente às parcelas não dilatadas, nos meses de janeiro a setembro e novembro de 2009, sendo lançado o imposto no valor de R\$17.530,34 e multa de 100%.

a) A Lei nº 7.980 de 12 de dezembro de 2001, instituiu o Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia - DESENVOLVE, e revogou a Lei nº 7.024, de 23 de janeiro de 1997, que instituiu o Programa de Incentivo ao Comércio Exterior – PROCOMEX; com o objetivo de fomentar e diversificar a matriz industrial e agro industrial, com formação de adensamentos industriais nas regiões econômicas e integração das cadeias produtivas essenciais ao desenvolvimento econômico e social e à geração de emprego e renda no Estado.

Foram concedidos incentivos com a 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.

Dentre esses incentivos, foram previstos:

I - dilação do prazo de pagamento de até 90% (noventa por cento) do saldo devedor mensal do ICMS normal, limitada a 72 (setenta e dois) meses;

II - diferimento do lançamento e pagamento do Imposto sobre Operações Relativas a Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS) devido.

Parágrafo único. Para efeito de cálculo do valor a ser incentivado com a dilação do prazo de pagamento, deverá ser excluída a parcela do imposto resultante da adição de dois pontos percentuais às alíquotas do ICMS, prevista no art. 16-A da Lei nº 7.014/96 para constituir o Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza.

Importante destacar que no Art. 5º e seu parágrafo único, ficou determinado que “estabelecimento enquadrado no Programa deverá observar os seguintes procedimentos, para fins de apuração e recolhimento do ICMS devido:

I - o valor do ICMS apurado, deduzido o valor do imposto incentivado, será declarado e recolhido na forma e prazos regulamentares;

II - o valor do ICMS incentivado será escriturado em separado na escrita fiscal do estabelecimento, e recolhido nos prazos deferidos na autorização.

Parágrafo único. Sobre o valor do ICMS incentivado incidirão juros limitados a até a Taxa Referencial de

Juros a Longo Prazo - TJLP ou outra que a venha substituir."

Também destaco que as ocorrências tipificadas no art. 9º justificam o cancelamento da autorização para que o beneficiário continue no Programa DESENVOLVE, como segue:

Art. 9º Implicará cancelamento da autorização para uso dos incentivos do Programa:

I - a ocorrência de infração que se caracterize como crime contra a ordem tributária.

II - inobservância de qualquer das exigências para a habilitação do estabelecimento ao Programa, durante o período de sua fruição.

Parágrafo único. O cancelamento da autorização, nos termos deste artigo implicará no vencimento integral e imediato de todas as parcelas vincendas do imposto incentivado pelo Programa, com os acréscimos legais;

Estas foram as linhas traçadas pela Lei que institui o Programa DESENVOLVE no Estado da Bahia.

b) Com base nesta lei, o GOVERNADOR DO ESTADO DA BAHIA, no uso de suas atribuições, por meio do Decreto nº 8.205 DE 03 DE ABRIL DE 2002, aprovou o Regulamento do Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – DESENVOLVE, quando constituiu o Conselho Deliberativo do DESENVOLVE, composto por Secretários de Estados.

Dito Decreto estabelece no art. 3º que o Conselho Deliberativo do DESENVOLVE poderá conceder dilação de prazo de até 72 (setenta e dois) meses para o pagamento de até 90% (noventa por cento) do saldo devedor mensal do ICMS, relativo às operações próprias, gerado em razão dos investimentos constantes dos projetos aprovados pelo Conselho Deliberativo, consoante definição de acordo com o índice de aderência do projeto à matriz de desenvolvimento industrial do Estado, conforme graduação estabelecida na Tabela I, anexa a este Regulamento, determinado com base nas diretrizes do Plano Plurianual e indicadores previstos no art. 3º, § 1º da norma regulamentar.

No que concerne ao recolhimento do ICMS pelo beneficiário do DESENVOLVE, este obedecerá às normas vigentes na legislação do imposto, sendo que as parcelas do imposto cujo prazo tenha sido dilatado serão recolhidas até o dia 20 do mês de vencimento, (art. 4º, parágrafo único).

Outrossim, O contribuinte que usufruir dos incentivos do DESENVOLVE informará mensalmente à Secretaria da Fazenda o valor de cada parcela mensal cujo prazo de pagamento tenha sido dilatado, valendo a informação como confissão do débito. Esta informação constará de documento específico cujo modelo será estabelecido em ato do Secretário da Fazenda.

Como obrigação acessória, o Decreto prevê o registro no Livro RAICMS, no campo 014 - deduções da Apuração dos Saldos, o valor da parcela do ICMS com prazo de pagamento dilatado, devendo, ainda, ser indicada a seguinte expressão: "Dilação do prazo do ICMS autorizada pela Resolução nº 163/2012 do Conselho Deliberativo do DESENVOLVE com vencimento em 30/11/2018. (indicar a data do novo vencimento autorizado), conforme art. 5º, § 2º do Decreto nº 8.205/02, Regulamento DESENVOLVE.

Da leitura do Decreto nº 8.205/02, no que se refere ao cálculo do valor a ser incentivado com a dilação do prazo de pagamento, encontramos no art. 6º como diretriz, qual seja, a exclusão da parcela do imposto resultante da adição de dois pontos percentuais às alíquotas do ICMS, prevista no art. 16-A da lei nº 7.014/96 para constituir o Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza.

Importante para a presente lide é a menção do Art. 18: "A empresa habilitada que não recolher ao Tesouro do Estado, na data regulamentar, a parcela do ICMS não sujeita à dilação de prazo, perderá o direito ao benefício em relação à parcela incentivada naquele mês." (grifo nosso) (Redação do art. 18 dada pelo Decreto nº 9.513, de 10/08/05, DOE de 11/08/05).

A redação original dispunha: "Art. 18. A empresa habilitada que atrasar ou deixar de recolher o ICMS ao Tesouro do Estado, por 03 (três) meses consecutivos, ou 06 (seis) meses alternados, terá automaticamente suspenso o incentivo".

Também importa ressaltar o Parágrafo único:

"A empresa voltará a gozar do financiamento após a regularização total das obrigações vencidas, não tendo direito, entretanto, ao benefício relativo àquelas parcelas correspondentes aos meses em que realizou o pagamento com atraso."

§ 3º Na hipótese do saldo devedor mensal do ICMS passível de incentivo ser apurado a menor, fica assegurado o benefício em relação à parcela calculada como incentivada naquele mês, caso o pagamento correspondente à parcela do ICMS não sujeita à dilação de prazo, escriturada pelo contribuinte, ocorra na data regulamentar. (grifo nosso)

O § 3º foi acrescentado ao art. 18 pelo Decreto nº 11.913, de 30/12/09, DOE de 31/12/09.

Passo pelo exame da legislação pertinente à matéria sob lide, haja vista que o sujeito passivo foi autuado com base com Decreto nº 8.205/02, Regulamento do Desenvolve, art. 18, sob a ótica de que “a empresa habilitada ao Desenvolve que não recolher ao Tesouro do Estado, na data regulamentar, a parcela do ICMS não sujeita à dilação de prazo, perderá o benefício em relação à parcela incentivada, naquele mês”.

A norma em comento exige que a empresa não tenha recolhido, na data regulamentar, a parcela do ICMS não sujeita à dilação de prazo. Condição sine qua non, o cerne da questão é a falta de recolhimento do ICMS, no prazo regulamentar, portanto questão que também se reporta à base de cálculo do imposto, que é a ordem de grandeza que, presta-se a mensurar o fato descrito na hipótese de incidência, e possibilita a quantificação do dever tributário.

c) *Quanto ao princípio da legalidade, garantia fundamental do contribuinte, cláusula pétrea contida no art. 150, I da Constituição Federal, específico e restrito à matéria tributária, “Em relação a este princípio, não basta a existência de lei como fonte de produção jurídica específica; requer-se a fixação, nessa mesma fonte, de todos os critérios de Decisão, sem qualquer margem de liberdade ao administrador. [...] Não basta a Lex scripta; indispensável ainda uma Lex stricta, equivalendo esta à subtração dos órgãos do Executivo de quaisquer elementos de Decisão, que haverão se estar contidos na lei mesma” (Barreto, Aires, F, ISS na Constituição e na lei, 3ª Ed. Dialética, 2009, p. 13/14).*

Sobre este aspecto, leciona Leandro Paulsen, (Direito Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência, Ed. Livraria do Advogado, 12 (edição, 2010, p. 161), “O conteúdo normativo da legalidade tributária extrapola o da legalidade geral. A legalidade tributária implica reserva absoluta da lei, impondo que os tributos sejam instituídos não apenas com base em lei, ou por autorização legal, mas pela própria lei, dela devendo ser possível verificar os aspectos da norma tributária impositiva, de modo a permitir ao contribuinte o conhecimento dos efeitos tributários dos atos que praticar ou posições jurídicas que assumir. Não há a possibilidade de delegação de competência legislativa ao Executivo para que institua tributo, qualquer que seja, tampouco para que integre a norma impositiva, ressalvadas apenas as atenuações através das quais a própria Constituição, de modo excepcional, autoriza a graduação de alíquotas pelo Executivo. Importa que se tenha a possibilidade de determinar, com suporte direto na lei, quais as situações que implicam o surgimento da obrigação tributária, quando e em que momento tal se dá, quais os sujeitos da relação tributária e como calcular o montante devido, independentemente de complementação de cunho normativo, por parte do Executivo, ainda que a título de regulamentos intra legem. A análise do atendimento ou não, por uma lei, à reserva absoluta faz-se pela verificação da determinabilidade mediante o critério da suficiência. A lei deve, necessariamente, conter referências suficientes, em quantidade e densidade, para garantir a certeza do direito.”

d) *Segundo preciosas lições de Amilcar Falcão, Fato Gerador da Obrigaçāo Tributária, (5ª Edição, Ed. Forense, 1994, 13), sobre a previsão em lei, “sem essa previsão ou definição em lei, não se configurará o fato gerador. Haverá um fato da vida comum, ou um fato econômico ou mesmo um fato relevante para outros ramos do Direito para o Direito Tributário, será ele um fato juridicamente irrelevante, no que diz respeito ao nascimento da obrigação tributária. O requisito da legalidade é, pois, um requisito existencial, essencial ou constitutivo para a própria formação do fato gerador e não apenas um simples requisito de validade. Sem definição em lei não há fato gerador.”*

Outrossim, Hugo de Brito Machado, em Curso de Direito Tributário, 30ª Ed. Malheiros, 2009, p. 129 leciona que “o legislador há de se manter nos limites do que em cada situação de fato se possa razoavelmente admitir. Não pode estabelecer, por exemplo, que o fato gerador de determinado tributo considere-se consumado antes de que esteja de fato presente a situação prevista na hipótese de incidência correspondente.”

Entendo que no campo das obrigações tributárias, falta de recolhimento do imposto, não deve ser interpretado como recolhimento a menor do imposto. Ocorrido o fato gerador, surge a obrigatoriedade do pagamento do tributo, do que o contribuinte não pode se furtar. Pode sim é buscar evitar, em momento anterior, a própria ocorrência do fato gerador, o que configura lícita evasão fiscal, também chamada elisão. Lícita quando o contribuinte a pratica sem violação da lei.

e) *Questão das mais relevantes para a obrigação tributária é saber como fixar a economia lícita do tributo e o campo de evasão? Rubens Gomes de Souza pôs uma premissa em que a diferença entre a economia de imposto e a evasão se resolve com a pesquisa para determinar se os atos ou negócios praticados evitaram a ocorrência do fato gerador (e aí teríamos a legítima economia do tributo) ou se eles ocultaram o fato gerador ocorrido (hipótese na qual estaria figurada a evasão. (Amaro, Luciano da Silva. IR: Limites da Economia Fiscal. Planejamento Tributário, RDT, N° 71).*

A evasão é sempre ilegal. A fuga do imposto devido, manifestada sob a forma de fraude, simulação ou embuste de qualquer natureza, é condenável em qualquer sistema jurídico nacional. A prática da evasão consiste em que o contribuinte evite, ardilosamente, de forma consciente e dolosa o surgimento do fato gerador do tributo.

Na presente situação não restou comprovado que o contribuinte tenha utilizado de qualquer artifício para sonegar ou evadir-se de pagar o ICMS não sujeito à dilação do prazo, na data regulamentar. Na verdade, pagou religiosamente o ICMS mensal, e lançou em sua escrita fiscal e contábil toda a movimentação comercial

do estabelecimento. Não ocultou receitas, não utilizou- se de artifícios nem de simulações ou de dissimulações para burlar o erário.

Apesar disso, e em decorrência de ter interpretado, provavelmente, de forma equivocada, o montante da parcela que constituiria a base de cálculo do ICMS a ser postergado, ou dilatado, sofreu a sanção prevista na infração 2, em grande monta, quando os valores que deixou de oferecer à tributação, no prazo regulamentar, foram irrisórios, em vários meses do exercício de 2009, quais sejam os meses de janeiro a setembro e de novembro, no valor de R\$17.530,34. Diante do recolhimento a menor, desse montante, foi apenado com a perda do benefício das parcelas dilatadas no total de R\$947.061,66 e multa de 60%, referente aos meses de janeiro, fevereiro, e abril a dezembro de 2009.

Uma das razões invocadas para a perda do benefício foi que, por meio de denúncia espontânea, o sujeito passivo reconheceu que teria efetuado os cálculos do ICMS mensal, de forma equivocada, o que provocou a autuação. Tanto que foi autuado nos meses de outubro e de dezembro de 2009, na infração 2, períodos não abrangidos na infração 1, pois já tinha oferecido à tributação os valores recolhidos a menos, das parcelas não sujeitas à dilação de prazo, por meio de denúncia espontânea.

f) *A denúncia espontânea, prevista no art. 138 do CTN deve ser acompanhada do pagamento imediato do débito como condição para a exclusão de responsabilidade pelas infrações, e este procedimento foi adotado pelo autuado. Logo, com relação aos meses de outubro e de dezembro, cujas parcelas não sujeitas à dilação estão sendo exigidas, entendo que não encontram fundamentação para a sua cobrança, e deveriam ser excluídas, independentemente das razões que levam à exclusão da cobrança, quanto aos demais meses objeto da infração 2.*

O sujeito passivo desfruta do benefício do Programa DESENVOLVE, desde abril de 2006, (Resolução nº 29/06).

g) *Afirma o contribuinte que a ação fiscal foi lastreada na Instrução Normativa nº 27/09 que dispõe sobre a apuração do saldo devedor mensal do ICMS a recolher passível de incentivo pelo Desenvolve, que teria efeitos somente a partir de 07/2009. Esta Instrução Normativa dispõe sobre a apuração do saldo devedor mensal a ser recolhido, passível de incentivo pelo Programa DESENVOLVE. Dispõe no art. 1º que “Para cálculo da parcela do saldo devedor do ICMS a recolher passível de incentivo pelo Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – DESENVOLVE, o contribuinte deverá efetuar ajustes sobre o saldo devedor do ICMS encontrado no final de cada período de apuração, expurgando os valores referentes às operações e prestações não vinculadas aos investimentos constantes do projeto aprovado pelo conselho deliberativo do programa.”*

h) *Acompanho a disposição do CTN, art. 106, I, de que “em qualquer caso, quando seja expressamente interpretativa, excluída a aplicação de penalidade à infração dos dispositivos interpretados.” Segundo Aliomar Baleeiro, Direito Tributário Brasileiro, 11 ed. Forense, 1999, pg. 670, “Apesar da cláusula, “em qualquer caso”, cremos que o texto se refere à lei realmente interpretativa, isto é, que revela o exato alcance da lei anterior, sem lhe introduzir gravame novo, nem submeter à penalidade por ato que repousou o entendimento anterior.”*

Portanto mesmo considerada interpretativa, não caberia a aplicação de penalidade ao contribuinte que tivesse calculado o montante da parcela a ser dilatada, com outro entendimento, enquanto não publicada a Instrução Normativa. Do contrário, havendo qualquer agravação na situação do contribuinte, será considerada ofensiva ao princípio da irretroatividade das leis.

Com base em todo o exposto, entendo que não houve fraude, em o sujeito passivo, por equívoco de interpretação, ter efetuado o recolhimento da parcela não sujeita à dilação, em valores menores, em percentual mínimo, ao que deveria ter oferecido à tributação. Podemos situar a fraude como todo artifício malicioso que uma pessoa emprega com intenção de transgredir o Direito ou prejudicar interesse de terceiros, o que não restou caracterizado na presente situação. Ademais, concluo que não cabe a exigência contida nessa infração, e fundamento a Decisão com base no art. 18 combinado com o seu § 3º, do Decreto nº 8.205/2002, e pelas razões acima detalhadas.

Por todo o exposto voto pela IMPROCEDÊNCIA da infração.

Assim, o Auto de Infração é pela PROCEDÊNCIA PARCIAL, conforme o quadro abaixo: [Planilha de fl. 672].

Em virtude de a desoneração do autuado ter ultrapassado o limite estatuído no art. 169, I, “a” do RPAF/1999, a 6ª JJF recorreu de ofício da própria Decisão, contida no Acórdão JJF nº 0025-06/14.

Inconformada, com fundamento no art. 169, I, “b” do RPAF/1999 (Decreto nº 7.629/1999), a sociedade empresária apresenta Recurso Voluntário (fls. 683 a 669), no qual inicia sintetizando os fatos e argumentando que não é legal excluir benefício fiscal em decorrência de falta de pagamento de valores irrisórios, apontados pela fiscalização de modo pouco claro e impreciso.

Transcrevendo legislação, jurisprudência e doutrina de Pontes de Miranda, assinala que, movido por boa-fé, encriturou as quantias corretas e as informou mensalmente a esta Secretaria da Fazenda, e que a punição estatuída na legislação do Desenvolve diz respeito às condutas deliberadas, com intenção de transgredir, o que não se verifica no caso concreto (art. 18 do Decreto nº 8.205/2002).

Assim como os contribuintes possuem dúvidas atinentes ao recolhimento mensal previsto no Programa Desenvolve, o fisco também as tem, tanto que elaborou a Instrução Normativa nº 27/2009, que não pode ser aplicada a fatos anteriores à sua publicação, sob pena de desobediência ao princípio da irretroatividade das leis e ao art. 106, I do CTN.

Mais uma vez, desta feita pleiteando a declaração de nulidade do lançamento de ofício e da Decisão recorrida, reclama da falta de clareza da autuação e da suposta insuficiência das informações fornecidas pelos auditores. Segundo alega, os levantamentos em CD somente lhe foram entregues após a informação fiscal, de forma confusa e incompleta, com a concessão do prazo de manifestação (10 dias), e não de reabertura de defesa.

A seu ver, a JJF não observou a necessidade de reabertura de prazo de defesa e não enfrentou os fatos de que os valores não recolhidos são insignificantes, de que não agiu movido por dolo, de que falta de pagamento não é igual a pagamento a menor e não intencional e de que o livro Registro de Inventário (RI) não foi devolvido. Também não apreciou as provas contidas nos autos concernentes ao item “*aparas*”, que são elementos reprocessados de sobras de plástico, ou seja, sacos defeituosos transformados em aproveitáveis. Idêntica situação teria ocorrido no que tange aos “*clichês*” (item “f” de fl. 690).

A primeira instância não teria se debruçado sobre o fato de os auditores terem omitido dos levantamentos os 10% do imposto não incentivado e recolhidos antecipadamente. Também, na sua concepção, a JJF não analisou o argumento de que a lavratura de três Autos de Infração no mesmo dia (27/03/2013, 207090.0001/13-7, 207090.0003/13-0 e 207090.0002/13-3) cerceou o direito de exercer a defesa no prazo legal.

Um dos fundamentos da autuação teria sido a denúncia espontânea efetuada em maio de 2010, por intermédio da qual efetuou os pagamentos correlatos, situação não apreciada no julgamento de base (item “p” de fl. 693).

Prosegue pleiteando reabertura de prazo de defesa, através de diligência, destacando a sua idoneidade e o fato de não ter agido com malícia, do que resultou a redução da multa da infração 1 de 100% para 60%, por inexistência de fraude, bem como tecendo considerações acerca da finalidade do Programa em enfoque (DESENVOLVE).

Por fim, requerendo o provimento recursal, encerra insurgindo-se contra o alegado fato de a JJF nada ter dito sobre a jurisprudência citada e sobre as saídas de amostras grátis.

A PGE/PROFIS, no Parecer de fls. 728 a 735, da lavra do procurador José Augusto Martins Júnior, sustenta que não é possível emprestar suporte às teses do Recurso Voluntário, inclusive as de nulidade, pois não há na legislação qualquer dispositivo que obrigue a fiscalização a entregar mídias em CD com demonstrativos.

Quanto ao prazo de 10 (dez) dias, concedido após a informação fiscal, o procedimento seguiu as determinações das normas de regência, inexistindo ranhura ao direito de defesa. Não há mácula referente aos três Autos lavrados no mesmo dia, pois em todos o prazo de defesa é igualmente observado.

Em relação à Instrução Normativa nº 27/2009, pontua que é ato meramente administrativo, norma complementar destinada ao aclaramento dos ditames legais e à explicitação da adequada forma de apuração do saldo devedor não incentivado, não existindo intercessão com matérias reservadas à lei.

Opina pelo Não Provimento do apelo voluntário.

VOTO (Vencido quanto ao Recurso Voluntário)

No que diz respeito à validade do procedimento administrativo e da Decisão recorrida, que analisou todas as questões ventiladas na peça de defesa e nas manifestações, os auditores fiscais e os julgadores de primeira instância expuseram com clareza a fundamentação de fato e de direito, descreveram as acusações, indicando os documentos e demonstrativos, com seus dados e cálculos, assim como apontando o embasamento jurídico, que se mostra claro e compreensível.

Não foi identificada violação ao princípio da busca da verdade material, do devido processo legal ou a quaisquer outros de direito constitucional, administrativo ou tributário, em especial os do processo administrativo fiscal (art. 2º, Decreto nº 7.629/1999), tendo sido observada a garantia à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizada nos aspectos abordados pelo contribuinte, quer na petição recursal, quer nas suas intervenções processuais anteriores.

Não há óbices na legislação relativos à lavratura de mais de um lançamento de ofício no mesmo dia concernentes a um específico sujeito passivo, razão por que não acolho a tese de cerceamento de direito de defesa decorrente deste fato.

Quanto à idoneidade do recorrente, ao ânimo que lhe moveu, à boa ou má-fé, à falta de malícia ou ao caráter supostamente irrisório dos montantes auditados, são aspectos de natureza subjetiva, os quais não ensejam repercussão no presente julgamento.

A Instrução Normativa nº 27/2009 jamais poderá estiolar o princípio da irretroatividade das leis, principalmente porque não é lei, tampouco decreto ou portaria. A Instrução Normativa pode ser definida como ato puramente administrativo, norma complementar que tende a esclarecer o conteúdo, por exemplo, de decreto. Desta forma, não inova no ordenamento jurídico e não colide com leis, decretos ou portarias.

Concordo com o posicionamento da Procuradoria relativo ao prazo de 10 (dez) dias concedidos após a informação fiscal, porquanto não existe obrigação de o fisco entregar mídia em CD com os demonstrativos das imputações. Quando da lavratura do Auto de Infração, o recorrente recebeu todos os elementos necessários e suficientes ao exercício pleno da defesa e do contraditório.

Não há como prosperar a alegação de nulidade referente à suposta falta de entrega ao autuado do livro Registro de Inventário. O RI que foi extraviado pela repartição fazendária era concernente ao exercício de 2008, conforme Termo de Arrecadação de fl. 524, exercício diverso do fiscalizado no procedimento em análise (2009).

As questões atinentes à parcela não incentivada, semelhanças ou dessemelhanças entre falta de pagamento e pagamento a menor e denúncia espontânea, todas abordadas na Decisão de base, serão julgadas no mérito dos Recursos.

No que diz respeito às *"amostras grátis"*, não há alusões às mesmas na impugnação, tampouco nas manifestações. Transcrevo trecho do Acórdão originário, no qual há expressa menção a fatos não previstos no projeto aprovado, como doações, por exemplo, os quais não devem ser incluídos no benefício.

"De acordo como a Resolução nº 29/2006 (fl. 21), do Conselho Deliberativo do DESENVOLVE, o autuado foi habilitado aos benefícios do Programa DESENVOLVE "para produzir sacaria industrial, filmes contráteis, bobinas técnicas e laminados". Assim, as operações não vinculadas ao projeto, tais como, saídas de resíduos/sucatas, operações relativas a diferenças de alíquotas e doações, devem ser excluídas da apuração do saldo devedor mensal do ICMS a recolher passível de incentivo pelo citado Programa, pois não guardam relação com as saídas de produção do estabelecimento".

Portanto, fica rejeitada a preliminar de nulidade.

Tomo como fundamento o art. 147, I, "a" do Decreto nº 7.629/1999 (RPAF/BA) para concluir que todos os elementos aptos a formar a convicção dos membros deste órgão estão presentes no processo, em virtude de que indefiro os pedidos de diligência e de reabertura de prazo de defesa.

Passo ao julgamento do mérito do Recurso de Ofício.

Relativamente à multa da infração 1, os auditores propuseram o art. 42, IV, “j” da Lei nº 7.014/1996, com eficácia nos casos de ação ou omissão fraudulenta, que, com efeito, não ficou comprovada. Portanto, reputo correto o reenquadramento para a penalidade de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/1996.

No que diz respeito à infração 2, destaco como precedente de Segunda Instância deste Conselho de Fazenda o Acórdão CJF Nº 0390-11/14, que teve como relator o conselheiro Eduardo Ramos de Santana, responsável por relatar Recurso Voluntário atinente a idêntica matéria, no qual figurou como recorrente a mesma sociedade empresaria.

Os fatos objeto do precisado julgamento, referentes à infração 2 do respectivo Auto, diziam respeito a 2008, enquanto as ocorrências da contenda ora em enfoque se referem a 2009, conforme relatado acima.

Com efeito, o art. 18 do Decreto nº 8.205/2002 estatui que “*a empresa habilitada que não recolher ao Tesouro do Estado, na data regulamentar, a parcela do ICMS não sujeita à dilação de prazo, perderá o direito ao benefício em relação à parcela incentivada naquele mês*”.

Entretanto, há que se estabelecer a necessária distinção entre não recolhimento e recolhimento a menor, o que foi feito por intermédio do § 3º do art. 18 do Decreto nº 8205/2002, acrescentado pelo Decreto nº 11.913, de 30/12/2009, publicado no Diário Oficial do Estado de 31/12/2009. Não cabem interpretações contrárias com fulcro em argumentos relativos à aplicação supostamente retroativa do mencionado dispositivo, porquanto o mesmo apenas tratou de esclarecer a necessária diferenciação, já existente, entre falta de pagamento e pagamento a menor, com a distinção das respectivas consequências legais.

Voto pelo Não Provimento do Recurso de Ofício.

No que tange ao Recurso Voluntário, cabe ressaltar que o Programa DESENVOLVE tem como metas estimular a instalação de novas indústrias e a expansão, reativação ou modernização de empreendimentos fabris (art. 1º do Regulamento respectivo).

“Art. 1º - O Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia - DESENVOLVE, instituído pela Lei nº 7.980, de 12 de dezembro de 2001, tem por objetivos de longo prazo complementar e diversificar a matriz industrial e agroindustrial do Estado, mediante diretrizes que tenham como foco: I - o fomento à instalação de novos empreendimentos industriais ou agro-industriais e à expansão, reativação ou modernização de empreendimentos industriais ou agro-industriais já instalados; II - a desconcentração espacial dos adensamentos industriais e formação de adensamentos industriais nas regiões com menor desenvolvimento econômico e social; III - a integração e a verticalização das cadeias produtivas essenciais ao desenvolvimento econômico e social e à geração de emprego e renda no Estado; IV - o desenvolvimento tecnológico dos processos produtivos e assimilação de novas tecnologias; V - a interação da empresa com a comunidade em que pretenda atuar; VI - a geração de novos produtos ou processos e redução de custos de produtos ou processos já existentes; VII - prevenção dos impactos ambientais dos projetos e o relacionamento da empresa com o ambiente”.

Prevê a legislação que, na apuração do saldo devedor mensal do ICMS a recolher passível de incentivo, deverão ser excluídos os valores que não guardem relação com operações próprias do beneficiário.

Nos demonstrativos de fls. 69 a 74 foram apuradas as entradas e saídas não beneficiadas pelo projeto aprovado, as quais resultaram na constatação de recolhimentos efetuados a menor (fl. 70).

Nos termos da Resolução nº 29/2006 (fl. 21), do Conselho Deliberativo do DESENVOLVE, o recorrente foi habilitado nos benefícios do Programa “*para produzir sacaria industrial, filmes contráteis, bobinas técnicas e laminados*”. Assim, os negócios não vinculados ao projeto, como saídas de resíduos, operações relativas às diferenças de alíquotas, doações e similares, a exemplo de cessão de amostras grátis, devem ser excluídas da apuração do saldo devedor passível de incentivo.

As sustentações concernentes às aparas e clichês não descharacterizam o ilícito, pois não se trata de operações vinculadas ao projeto. Por esse mesmo motivo, como muito bem assinalado pelos julgadores da JJJ, “o *Laudo Técnico e as amostras trazidas na defesa não logram comprovar que as saídas de aparas e clichês e os recolhimentos de diferenças de alíquotas estão relacionados a operações vinculadas ao projeto aprovado*”.

Assinale-se que estamos a tratar de benefício fiscal, norma de exceção, que reclama interpretação restritiva, em relação à qual não cabem intelecções extensivas ou resultantes de analogia.

De acordo com o que restou corretamente assinalado na Decisão combatida, os valores referentes à denúncia espontânea, realizada em 21/05/2010, assim como os recolhidos a título de parcela não incentivada, foram considerados pelas autoridades fiscalizadoras na apuração do débito atinente à infração 1, conforme os demonstrativos de fls. 05 a 07 e 70 (colunas “*Rec 0806 ICMS Recolhido*” e “*DENÚNCIA ESPONTÂNEA 21/05/10*”).

Recurso Voluntário Não Provido.

Em face do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO dos Recursos de Ofício e Voluntário.

VOTO VENCEDOR (Quanto ao Recurso Voluntário)

Discordo, com a devida *vênia*, do entendimento do ilustre Relator, apenas quanto ao mérito da infração 1, objeto de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo, na qual se exige o recolhimento a menos do ICMS, no valor de R\$17.530,34, sob a acusação de uso indevido do incentivo fiscal relativo às operações próprias, em desacordo com a legislação do Programa Desenvolve, conforme demonstrado à fl. 69 a 74 dos autos, em razão de: a) operações de saídas de resíduos/sucatas; b) operações relativas a diferencial de alíquota e c) doações e outras operações de entradas / saídas e devoluções, cujos créditos e débitos fiscais não são vinculados ao projeto aprovado através da Resolução nº 29/2006 (fl. 21).

No Recurso Voluntário, em síntese, o recorrente alega que não se apreciou as provas contidas nos autos concernentes ao item “aparas”, questão “sacos defeituosos reprocessados”, com as mesmas especificações normalmente produzidos, conforme laudo técnico e amostras nos autos. Assim, do valor de R\$17.530,34, o recorrente reconhece devido o ICMS de R\$10.111,89, como demonstrado à fl. 562 dos autos.

É crível que o recorrente com atividade de fabricação de embalagens de material plástico (fl. 9), destine *aparas* de polietileno para a fabricação de sacos de lixo e/ou reembalagem, conforme alega, às fls. 535 dos autos, e exemplifica, às fls. 538 a 546 dos autos, fato este que não foi destituído.

Assim, em que pese haver na Resolução nº 29/2006 a habilitação aos benefícios do DESENVOLVE para produzir sacaria industrial, filmes contráteis, bobinas técnicas e laminados, em consequência inexistir benefício para *aparas*, neste caso específico de resíduo de matéria-prima da sua atividade industrial, vislumbro admissível sua alegação de reprocessar os sacos defeituosos e comercializá-los como material de 2^a qualidade, a exemplo das amostras às fls. 538 a 547 dos autos, por se tratar de sacos com defeitos de impressão, sacos reprocessados com aparas e sacos com defeitos em corte e solda, apesar da discriminação nos documentos fiscais como “aparas”.

Diante de tais considerações, relevando as saídas de aparas como se fossem subprodutos dos habilitados ao aludido benefício, a primeira exação fiscal reduziria para R\$11.345,25, após exclusão dos valores de ICMS, relativos às aparas, ínsitos à fl. 71 dos autos, conforme abaixo discriminados:

DATA	ICMS EXIGIDO AI	EXCLUSÃO ICMS "APARAS" (fl. 71)	ICMS DEVIDO
31/01/2009	2.256,53	742,70	1.513,83
28/02/2009	3.536,41	1.080,03	2.456,38

31/03/2009	2.236,74	470,42	1.766,32
30/04/2009	591,05	221,51	369,54
31/05/2009	956,60	231,54	725,06
30/06/2009	1.303,16	541,23	761,93
31/07/2009	1.577,60	-	1.577,60
31/08/2009	2.370,88	196,29	2.174,59
30/09/2009	2.000,32	2.079,04	0,00
30/11/2009	701,05	875,62	0,00
TOTAIS (R\$)	17.530,34	6.438,38	11.345,25

Do exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, para modificar a Decisão recorrida e julgar a infração 1 subsistente em parte, no valor de R\$11.345,25.

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 207090.0003/13-0, lavrado contra **IPLASA INDÚSTRIA DE PLÁSTICOS SALVADOR LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$11.345,25**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/1996, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações acessórias no montante de **R\$2.299,64**, previstas nos incisos IX e XI, do mesmo Diploma Legal, com os acréscimos moratórios previstos na Lei nº 9.837/2005, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

VOTO VENCEDOR (Recurso Voluntário) - Conselheiros(as): Daniel Ribeiro Silva, Oswaldo Ignácio Amador, José Antonio Marques Ribeiro e Fernando Antonio Brito de Araújo.

VOTO VENCIDO (Recurso Voluntário) - Conselheiros: Paulo Danilo Reis Lopes e Maurício Souza Passos.

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de fevereiro de 2015.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE/VOTO VENCEDOR
(Recurso Voluntário)

PAULO DANILO REIS LOPES – RELATOR/VOTO VENCIDO
(Recurso Voluntário)

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS