

PROCESSO - A. I. Nº 232884.0017/14-6
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - INDÚSTRIA BAIANA DE COLCHÕES E ESPUMAS LTDA. (ORTOBOM)
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 3ª JJF nº 0148-03/15
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET 11/11/2015

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C/JF Nº 0283-11/15

EMENTA: ICMS. PROGRAMA DESENVOLVE. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. ERRO NO CÁLCULO DA PARCELA SUJEITA À DILAÇÃO DE PRAZO. A Instrução Normativa nº 27/2009, prevê a possibilidade de mais de uma Resolução ativa. A Resolução que transfere a titularidade do benefício para a incorporadora, permanece vinculada aos produtos contidos no projeto original da incorporada, não podendo transferir mais benefícios do que a incorporada possui. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO**. Auto de Infração **Procedente**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de Recurso de Ofício, em razão da Decisão proferida pela 3ª JJF, constante no Acórdão nº 0148-03/15, ter desonerado o sujeito passivo do débito a ele imputado, consoante determina o art. 169, I, “a”, do RPAF/99.

O Auto de Infração, lavrado em 18/12/2014, refere-se à exigência de R\$1.539.465,52 de ICMS, acrescido da multa de 60%, em razão de recolhimento do ICMS efetuado a menos devido a erro na determinação do valor da parcela sujeita a dilação de prazo, prevista pelo Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – DESENVOLVE, no período de fevereiro a dezembro de 2010.

Após análise dos argumentos delineados pelo Autuado e pelo fiscal Autuante, a 3ª JJF proferiu a Decisão unânime, transcrita abaixo (fls. 263/269):

Inicialmente, rejeito as preliminares de nulidade apresentadas nas razões de defesa, haja vista que não está comprovada nos autos a existência de vícios formais; a descrição dos fatos no presente Auto de Infração foi efetuada de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada, relativamente à irregularidade apurada, não foi constatada violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos.

O defendente alegou que o autuante utilizou, para motivar a exação, cálculos que não identificam de forma clara e precisa a autuação. Diz que as planilhas anexadas pelo fisco estadual, identificadas como “resumo de apuração” (Planilhas II e III) são obtidas, de forma não clara, a partir da listagem do faturamento da ORTOBOM de 2009. Afirma que as mencionadas planilhas levam, ainda, em consideração o nome comercial e não o código de NCM dos produtos. E a partir desse nome comercial conclui que determinado produto compõe ou não o espectro de fabricação da BOJUY e da ORTOBOM.

Na autuação foram informados os motivos que levaram o autuante a efetuar o levantamento fiscal e apurar o imposto exigido, sendo elaborado, além dos demonstrativos citados pelo defendente, um “Relatório da Ação Fiscal”, com diversas informações, inclusive quanto ao Auto de Infração anteriormente lavrado de nº 279196.0002/12-9. Também foi informado: “Considerando que diversos produtos fabricados pela ORTOBOM não eram fabricados pela BOJUY (VIDE ANEXO I – PLANILHAS IV e V), procedemos a segregação das saídas de produtos fabricados exclusivamente pela ORTOBOM e sobre estes aplicamos o benefício considerando o PISO constante na Resolução que concedeu o benefício a ORTOBOM. Esta segregação foi efetuada a partir dos arquivos magnéticos do SINTEGRA, transmitidos pelo contribuinte e constante no Banco de Dados da SEFAZ/BA” Também foi explicada a metodologia para encontrar o saldo devedor do ICMS referente aos produtos exclusivos da ORTOBOM.

Neste caso, os demonstrativos elaborados pelo autuante apurando as parcelas referentes ao valor do imposto sujeito à dilação de prazo são compreensíveis, inclusive quanto aos produtos considerados no levantamento fiscal, inexistindo os motivos alegados pelo defendente quanto à nulidade da autuação.

No mérito, o Auto de Infração refere-se à exigência de ICMS, em razão de recolhimento do referido imposto efetuado a menos devido a erro na determinação do valor da parcela sujeita a dilação de prazo, prevista pelo Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – DESENVOLVE, no período de fevereiro a dezembro de 2010.

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.

A exigência do imposto no presente Auto de Infração ocorreu em decorrência de levantamento fiscal, que resultou da conclusão de que não houve recolhimento de parte do ICMS não sujeito à dilação do prazo, e apesar de não ser informado na descrição dos fatos os motivos que levaram o autuante a efetuar o referido levantamento, foi consignado que a exigência fiscal está amparada em planilhas constantes dos Anexos I e II e na Relatório da Ação Fiscal.

Nas razões defensivas o autuado alegou que a partir do mês de junho de 2008, com a incorporação da Bojuy Indústria e Comércio de Poliuretanos Ltda., o Conselho Deliberativo do Desenvolve, através da Resolução 061/2008, e amparado por parecer final da DITRI nº 14947/2007, Processo 11425420076 de 05/12/2007, transferiu o benefício da incorporada para a empresa autuada. Disse que o incentivo que foi concedido à incorporada através da Resolução 090/2005, a enquadrava na Classe II, da Tabela, I, anexa ao Decreto 8.205/02, e isso significa dilação de prazo para recolhimento de 80% do saldo devedor apurado em relação às operações próprias, vinculadas ao projeto incentivado, mas não estabelecia piso de arrecadação e teve sua titularidade transferida para a empresa autuada.

A incorporação de empresas é resultado de uma operação, pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações. Portanto, no caso de incorporação a sociedade incorporada desaparece e a incorporadora assume o ativo e passivo da incorporada, e conforme se depreende do contrato social apresentado pelo defendente, a empresa incorporada a partir da data de incorporação não efetuou qualquer operação em nome próprio, tendo em vista que a incorporação de empresas importa, necessariamente, no desaparecimento da empresa incorporada.

Efetivamente, no PARECER DITRI Nº 14947, datado de 04/12/2007, consta a informação de que “a empresa incorporadora sucede à incorporada em todos os seus direitos e obrigações, no tocante aos benefícios do Desenvolve a habilitação que foi concedida à empresa incorporada (Bojuy Indústria e Comércio de Poliuretanos Ltda.) constituiu-se em direito a ser transferido à incorporadora (Indústria Baiana de Colchões e Espumas Ltda.), a qual para exercê-lo, deverá ingressar com requerimento junto à Secretaria da Indústria, Comércio e Mineração – Conselho Deliberativo do Desenvolve, solicitando edição de uma nova Resolução, nos mesmos termos da que foi deferida à empresa incorporada, ou seja, sem alteração das condições ali dispostas e com observância estrita das premissas estabelecidas no projeto original”.

Observe que após o mencionado PARECER DITRI Nº 14947 é que foi publicada a Resolução 61/2008, alterando a Resolução nº. 090/2005, ratificada pela Resolução nº. 096/2006 e retificada pela Resolução nº. 124/2006, que concedeu o benefício à Bojuy Indústria e Comércio de Poliuretanos Ltda., retificando a titularidade do benefício para a INDÚSTRIA BAIANA DE COLCHÕES E ESPUMAS LTDA., CNPJ nº. 02.748.342/0002-09, face à incorporação por esta última, inexistindo na mencionada Resolução qualquer restrição à utilização dos benefícios concedidos à empresa incorporada.

Na informação fiscal prestada pelos autuantes no PAF de nº 279196.0002/12-9, relativo ao mesmo fato os autuantes reconheceram que em relação ao benefício fiscal, a incorporadora (INDÚSTRIA BAIANA DE COLCHÕES E ESPUMAS LTDA.) assumiu as prerrogativas da incorporada (Bojuy Indústria e Comércio de Poliuretanos Ltda) eliminando a parcela fixa na apuração do Desenvolve (fl. 178 deste PAF). Dessa forma, os cálculos foram refeitos naquele processo, apurando as diferenças de imposto no período fiscalizado. O procedimento fiscal que resultou na lavratura do presente Auto de Infração a acusação fiscal é a mesma da infração 04 do Auto de Infração de nº 279196.0002/12-9.

Vale salientar que na apuração do saldo devedor mensal do ICMS a recolher passível de incentivo pelo Programa DESENVOLVE, o mencionado saldo devedor mensal será apurado utilizando a seguinte fórmula: saldo devedor passível de incentivo pelo DESENVOLVE é igual ao saldo apurado no mês, menos os débitos fiscais não vinculados ao projeto aprovado, mais os créditos fiscais não vinculados ao projeto. Ou seja, devem ser efetuados 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.

Em face da incorporação comprovada pelo defendente, inexistindo na Resolução 61/2008 qualquer restrição à utilização dos benefícios concedidos à empresa incorporada e, foi realizado o procedimento fiscal sem os necessários ajustes quanto às operações e prestações não vinculadas aos investimentos constantes do projeto aprovado pelo Conselho Deliberativo do programa DESENVOLVE.

Conforme estabelece o art. 155 do RPAF/BA, “A decisão resolverá as questões suscitadas no processo e concluirá pela procedência ou improcedência, total ou parcial, do lançamento do crédito tributário ou do pedido do contribuinte, ou ainda quanto à nulidade total ou parcial do procedimento”. Por outro lado, “quando houver possibilidade de se decidir o mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta” (Parágrafo único).

Com base nos elementos constantes no presente PAF, constato que embora os procedimentos e métodos aplicados na apuração do imposto exigido neste lançamento, não tenham sido os mesmos do auto de infração anterior (AI 279196.0002/12-9), se referem aos mesmos fatos apurados que já foram objeto de julgamento anteriormente realizado, inclusive pela Câmara de Julgamento Fiscal (Acórdãos JJF 0555-03/13 e CJF 0468-13/13), conforme mencionado pelo autuado nas razões de defesa.

Dessa forma, nos moldes como foi efetuado o levantamento fiscal, não restou comprovado nos autos que o autuado utilizou incentivo fiscal para recolhimento do ICMS sem o cumprimento de todas as condições previstas no Programa DESENVOLVE. Neste caso, é insubsistente a exigência fiscal, considerando que não ficou caracterizada a irregularidade apontada.

Face ao exposto, voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

De ofício, a 3ª Junta de Julgamento Fiscal recorreu da Decisão prolatada para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a” do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

A representante da PGE/PROFIS presente a sessão de julgamento, Dra. Maria Helena de Mendonça Cruz, pediu a palavra para esclarecer que na incorporação de empresas a incorporadora sucede em todos os direitos e obrigações da incorporada nos limites que a esta foi concedido. Logo como o piso do DESENVOLVE foi concedido para a incorporadora, o mesmo deverá ser mantido mesmo após a incorporação.

Entende que o parecer DITRI constante nos autos reflete a pergunta nos termos em que foi formulada.

VOTO

Trata-se de Recurso de Ofício por ter a Decisão recorrida exonerado o sujeito passivo da totalidade do débito originalmente exigido, conforme previsto no art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF.

Foi imputado ao sujeito passivo o recolhimento a menor do ICMS, devido a erro na determinação do valor da parcela sujeita a dilação de prazo, prevista pelo Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – DESENVOLVE.

Consta no relatório da ação fiscal que a acusação decorre da segregação das saídas fabricadas pela autuada e sobre estas foi aplicado o benefício fiscal considerando o piso constante da resolução que concedeu o benefício à autuada.

No entender do autuante a autuada utilizou, indevidamente, na apuração do ICMS DESENVOLVE, o benefício concedido aos produtos fabricados pela incorporada Bojuy Indústria e Comércio de Poliuretanos Ltda., mas o referido incentivo não alcançaria seus produtos originalmente previstos na Resolução Desenvolve nº 68/2005.

Em sua defesa a autuada refuta a imputação, ao argumento que a partir do mês de junho de 2008, com a incorporação da Bojuy Indústria e Comércio de Poliuretanos Ltda., o Conselho Deliberativo do DESENVOLVE, através da Resolução nº 061/2008 e amparada pelo Parecer Final da DITRI nº 14.947/2007, Processo 11425420076 de 05/12/2007, transferiu o benefício da incorporada para a empresa autuada.

Pela análise dos elementos contidos no processo, verifico que:

- a) A Resolução nº 090/05 de 28/03/05 (fl. 31) habilitou a Bojuy Indústria e Comércio de Poliuretanos Ltda. ao benefício fiscal de dilação de prazo, cujo art. 2º estabelece:

Conceder dilação de prazo de 72 (setenta e dois) meses para pagamento do saldo devedor do ICMS, relativo às operações próprias, gerado em razão dos investimentos previstos no projeto incentivado, conforme estabelecido na Classe II, Tabela I, anexa ao Regulamento do DESENVOLVE;

- b) A Resolução nº 068/05 de 22/03/05 (fl. 33) habilitou a Indústria Baiana de Colchões e Espumas Ltda. aos seguintes benefícios:

I - Diferimento do lançamento e do pagamento do ICMS nas importações e nas aquisições neste Estado e em outra unidade da Federação, relativamente ao diferencial de alíquotas, de bens destinados ao ativo fixo, para o momento em que ocorrer a sua desincorporação;

II - Conceder dilação de prazo de 72 (setenta e dois) meses para pagamento do saldo devedor do ICMS, relativo às operações próprias, gerado em razão dos investimentos previstos no projeto incentivado, conforme estabelecido na Classe II, Tabela I, anexa ao Regulamento do DESENVOLVE;

O art. 2º fixou parcela do saldo devedor mensal do ICMS passível de incentivo, o que exceder a R\$183.830,22.

- c) A Resolução nº 061/08 (fl. 70) alterou a Resolução nº 090/05, dispondo em seu art. 1º. “... *que concedeu o benefício à Bojuy Indústria e Comércio de Poliuretanos Ltda., retificando a titularidade do benefício para a INDÚSTRIA BAIANA DE COLCHÕES E ESPUMAS LTDA., CNPJ 02.748.342/0002-09, face a sua incorporação*”;

- d) No Parecer DITRI nº. 14.947/2007 (fl. 87), foi questionado se face a incorporação poderia usufruir dos benefícios concedidos e se afirmativo, se “*serão mantidas as condições e prazos de fruição do incentivo*”. Foi respondido que considerando que a incorporadora suceda a incorporada, dependia de nova Resolução do Conselho Deliberativo do DESENVOLVE;

- e) Na informação fiscal (fl. 258), foi esclarecido que a Resolução nº 061/08 retifica a titularidade do benefício para a Indústria Baiana de Colchões e Espumas Ltda. “*somente quanto aos produtos fabricados pela BOJUY*” e a apuração do imposto incentivado pelo DESENVOLVE, se aplica a duas classes de produtos fabricados:

1. Alcançados pela Resolução nº 090/05 (projeto da Bojuy Indústria e Comércio de Poliuretanos Ltda.)
2. Alcançados pela Resolução nº 68/05 (projeto da Indústria Baiana de Colchões e Espumas Ltda.)
3. O imposto exigido se refere exclusivamente em relação aos produtos fabricados pelo autuado e alcançados pela Resolução nº 68/05, considerando o piso fixado.

Na planilha IV foram relacionados os produtos fabricados pela Bojuy Indústria e Comércio de Poliuretanos Ltda. (fls. 12 a 16);

No planilha V foram relacionados os produtos não fabricados pela Bojuy Indústria e Comércio de Poliuretanos Ltda. (fls. 17 a 20);

Na planilha III foi apurado o imposto sobre as operações próprias considerando os produtos fabricados pela Indústria Baiana de Colchões e Espumas Ltda. (fl. 11);

Na planilha II foi apurado o imposto sobre as operações próprias considerando os produtos fabricados pela Bojuy Indústria e Comércio de Poliuretanos Ltda. (fl. 10);

Na planilha I foi apurado o imposto considerando a dilação da Bojuy Indústria e Comércio de Poliuretanos Ltda. e da Indústria Baiana de Colchões e Espumas Ltda.

Entendo que não há como dar guarida ao procedimento da autuada, posto que a Resolução nº

61/08 transferiu o benefício da Bojuy Indústria e Comércio de Poliuretanos Ltda. para a Indústria Baiana de Colchões e Espumas Ltda. somente quanto aos produtos fabricados pela Bojuy Indústria e Comércio de Poliuretanos Ltda.

O benefício fiscal do DESENVOLVE é vinculado ao projeto apresentado ao Conselho Deliberativo, sendo concedido apenas para os produtos que estão especificados no referido projeto.

Por mais que se entenda que após a incorporação todos os produtos passaram a ser fabricados pela Indústria Baiana de Colchões e Espumas Ltda., para fruição do benefício, deve-se observar os produtos constantes nos projetos aos quais as resoluções se referem.

Isto porque a Instrução Normativa nº 27/2009, que dispõe sobre a apuração do saldo devedor mensal do ICMS a recolher passível de incentivo pelo DESENVOLVE, no item 7 demonstra claramente a possibilidade de mais de uma resolução ativa.

Desta forma, para os produtos que faziam parte da Resolução nº 090/05 o autuante apurou o imposto considerando a dilação e a não obrigatoriedade de piso da Bojuy Indústria e Comércio de Poliuretanos Ltda. e para os produtos que faziam parte da Resolução nº 068/05 o autuante apurou o imposto considerando a dilação e a obrigatoriedade de piso da Indústria Baiana de Colchões e Espumas Ltda.

Considero que o Parecer da DITRI apenas esclarece que a incorporadora poderia usufruir dos benefícios concedidos a incorporada e que as condições e prazos de fruição do incentivo dependia de nova Resolução do Conselho Deliberativo do DESENVOLVE.

Assim, a Resolução nº 061/08 transfere a titularidade do benefício para a Indústria Baiana de Colchões e Espumas Ltda., contudo somente quanto aos produtos que eram fabricados pela Bojuy Indústria e Comércio de Poliuretanos Ltda., pois permanece vinculado ao projeto original e não poderia transferir mais benefícios do que a incorporada possui, principalmente para produtos que não estavam no projeto para o qual o benefício foi concedido.

Entendo que o procedimento adotado pelo autuante está de acordo com a Instrução Normativa nº 27/2009, pois apurou o imposto considerando as duas resoluções, tanto a dilação da Bojuy Indústria e Comércio de Poliuretanos Ltda., quanto a da Indústria Baiana de Colchões e Espumas Ltda.

Ante ao exposto, voto pelo PROVIMENTO do Recurso de Ofício, para reformar a Decisão recorrida de IMPROCEDENTE para PROCEDENTE.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso de Ofício apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 232884.0017/14-6, lavrado contra **INDÚSTRIA BAIANA DE COLCHÕES E ESPUMAS LTDA. (ORTOBOM)**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.539.465,52**, acrescido da multa de 60%, prevista do art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de outubro de 2015.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

RAISA CATARINA OLIVEIRA ALVES FERNANDES – RELATORA

MARIA HELENA DE MENDONÇA CRUZ – REPR. DA PGE/PROFIS