

A. I. Nº - 232884.0016/14-0
AUTUADO - INDÚSTRIA BAIANA DE COLCHÕES E ESPUMAS LTDA.
AUTUANTE - EDUARDO TADEU SANTANA
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
INTERNET - 29/07/2015

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0144-03/15

EMENTA: ICMS. PROGRAMA DESENVOLVE. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. ERRO NO CÁLCULO DA PARCELA SUJEITA À DILAÇÃO DE PRAZO. Não restou comprovado nos autos que o autuado utilizou incentivo fiscal para recolhimento a menos do imposto com o benefício previsto no Programa DESENVOLVE. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 18/12/2014, refere-se à exigência de R\$2.237.514,17 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 janeiro de 2009 a janeiro de 2010.

O autuado, por meio de advogado, apresentou impugnação às fls. 66 a 83 do PAF. Suscita nulidade da autuação, alegando que ao discorrer sobre a leitura dos Anexos, o cerceamento do direito de defesa fica caracterizado pela falta de explicitação da forma de apuração da base de cálculo. Nesse sentido invoca a Súmula nº 1, do CONSEF, que reproduziu.

Afirma que o autuante utiliza, para motivar a exação, cálculos que não identificam de forma clara e precisa a autuação. Parte de presunções rechaçadas pelo ordenamento e que não refletem a verdade material corolário do processo administrativo fiscal. Transcreve a Súmula nº 5 do CONSEF e 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 (Planilha V) expurgados os itens listados na Planilha de faturamento da BOJUY de 2008 (Planilha IV). A partir daí, conclui que os itens listados não compõem a gama de fabricação da ORTOBOM.

Afirma que as mencionadas planilhas levam, ainda, em consideração o nome comercial e não a 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. Diz que o nome comercial do produto fabricado após a incorporação é fruto da estratégia operacional e comercial da ORTOBOM. Indaga por que repetir na codificação de produtos os mesmos itens com códigos BOJUY e ORTOBOM. Informa que a BOJUY deixou de existir e passou a fazer parte da estrutura industrial da incorporadora ora autuada, e não faz qualquer sentido se referir a produtos BOJUY e ORTOBOM após a incorporação. São todos eles ORTOBOM.

Destaca que foram listados, por exemplo, como produtos não fabricados pela BOJUY, conforme Planilha V, LIG.C/TEC DO EXCL. SP.C/ALÇA/SUSPIRO; LIGHT C/ ESP D33 SELADA; LIGTH C/ ESP.D33SELADA; LIGHT OROBOM C/ESPER.D28 SELADA; LIGTH ORTOBOM SM; ABSOLUT SPRG C TEC OUROSPRG SM; ABSOLUT SPRING; ABSOLUT SPRING MAQUETE; ABSOLUT SPRING C/TEC BELLONA SM; ABSOLUT SPRING SM; BABY (PRO) SAÚDE SM; BABY FASHION; BABY LIGHT; BELLE MAISON, PRO SAUDE; PREMIER D20 MAKRO; STANDARD SPRING entre outros que, por sua vez, são marcas construídas a partir de apelo e estratégias comerciais de mera influência mercadológica, todas elas utilizadas para denominar produto da mesma natureza, definido pela mesma NCM, *portanto*, são todos, colchões passíveis de benefício conforme delineado na própria resolução da indústria incorporada.

Alega que o Ato Administrativo que estendeu os benefícios da BOJUY para a ORTOBOM não limita itens de fabricação. No caso em concreto, diz que o Auditor do Fisco Estadual aplicou metodologia, interpretação e cálculos próprios sem qualquer respaldo legal. Indaga onde está escrito, em que norma, e qual instrumento legal prevê a forma de cálculo que o autuante utilizou.

O defendente ressalta que pautou seu procedimento conforme foi orientado pela própria Secretaria da Fazenda, e o lançamento do crédito tributário é ato vinculado devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação. A resolução incorporada não faz qualquer restrição quanto a modelos e marcas e não cabe à autoridade fiscal dar interpretação diversa da publicação.

Também afirma que o Código Tributário Nacional, em seu art. 100 confirma a importância da administração não poder voltar-se contra seus próprios atos, devendo proteger a confiança e a boa-fé objetiva do contribuinte, ao dispor que a observância da orientação fiscal não pode ser penalizada.

O sujeito passivo assegura que pautou seu procedimento em uma orientação externada pelo sujeito ativo conforme parecer da DITRI Nº 14947/2007, e no caso em concreto o cálculo da parcela sujeita ao Desenvolve do período apontado foi objeto de autuação e homologado pelo CONSEF, ACORDÃO CJF, tornando a matéria incontroversa.

Comenta sobre as regras estabelecidas no art. 173-A do RPAF/BA quanto às decisões do CONSEF e diz que, corroborando com este entendimento, invoca precedente do STF em julgamento do Recurso Extraordinário nº 68253, cuja Ementa transcreveu.

Também comenta sobre a boa-fé objetiva, afirmando que é norma (princípio) de conduta, em consonância com os padrões éticos consagrados em dado tempo e espaço, e diz que este lançamento de ofício contraria o posicionamento manifestado pela própria SEFAZ, e tal matéria, para a SEFAZ, é de entendimento pacífico sedimentado através de Parecer GECOT.

Salienta que a informação Fiscal referente ao auto de infração tombado sob o número 279196.002/12-9, que foi citado pelo autuante em seu Relatório da Ação Fiscal registra o entendimento da SEFAZ ao asseverar à pag. 04 o seguinte: *“Os autuantes reconhecem as argumentações da autuada no que se refere o benefício fiscal, onde a incorporadora assume as prerrogativas da incorporada eliminando assim a parcela fixa na apuração do DESENVOLVE. Foram refeitos os Cálculos...”* (sic)

Entende que é incabível o argumento esposado pelo autuante por flagrante falta de embasamento técnico/legal, visto que conflitante com orientação da administração fazendária, pareceres e decisões oportunamente colacionadas. Diz que se depreende das justificativas do autuante é que não acatou o julgamento deste Conselho utilizando de sofismas para autuar sobre mesmo fato e período já fulminado pelo transitado em julgado administrativo. Entende que surpreender o contribuinte com lavratura deste Auto de Infração configura uma verdadeira afronta ao princípio da segurança jurídica.

Em respeito aos princípios da boa fé e da lealdade administrativa, reafirma que restou patenteada a nulidade da autuação por flagrante ilegalidade a luz do art. 100 do CTN e 173-A do RPAF. Diz que em razão do princípio da eventualidade, passa a discorrer sobre o mérito da autuação fiscal.

Quanto ao mérito, reproduz os termos da imputação fiscal e afirma que a exigência do imposto é decorrente de equívocos cometidos pelo fisco na interpretação da abrangência dos benefícios transferidos à ORTOBOM pela incorporação da BOJUY. E, igualmente, na determinação dos valores com espeque em planilhas que refutou, porque separam, sem nenhuma base legal, o que seriam itens de fabricação da BOJUY após sua incorporação, período esse em que não faz mais nem sentido se referir à BOJUY, dado que essa empresa juridicamente não mais existe.

Também alega que o Auto de Infração de número 279196.0002/12-9 aborda o mesmo tema e mesmo período conforme consignado na Infração 04. A Informação Fiscal a esse AI (fls. 432 a 440

do respectivo Processo – fls. 175/183 deste PAF) é muito clara em aceitar as razões da defesa no que concerne à transferência dos direitos e obrigações da empresa incorporada para a incorporadora, na queda do piso, assim como os cálculos foram refeitos pela fiscalização da época, homologado pelo CONSEF/BA e cujos valores condenados foram pagos pelo autuado, fulminando a presente autuação por vício insanável conforme já mencionado em preliminar de nulidade (DAE anexo)

Salienta que o Incentivo fiscal enquadra a empresa defendente na Classe II, da Tabela, I, anexa ao Decreto 8.205/02. Isso significa dilação de prazo para recolhimento de 80% do saldo devedor apurado em relação às operações próprias, vinculadas ao projeto incentivado. O benefício era determinado pela Resolução 68/2005, que previa além das outras regras do programa, a incidência do incentivo a partir do Piso de Arrecadação R\$ 183.830,22, (cento e oitenta e três mil, oitocentos e trinta reais e vinte e dois centavos) reajustado anualmente.

Informa 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. Ressalta que o incentivo que foi concedido à incorporada através da Resolução 090/2005, a enquadrava na mesma Classe II e Tabela I, mas não estabelecia piso de arrecadação e teve sua titularidade transferida para a empresa autuada.

O defendente ressalta que em razão da transferência do incentivo, pela incorporação, passou a utilizar o benefício fiscal de acordo com a Resolução indicada conforme autorizado mediante publicação em DOE. Além disso, o PARECER DITRI, resultante da consulta formal em anexo, também assevera tal entendimento. Afirma que, tendo sua titularidade alterada, ratificada e transferida, passou a gozar do benefício nos mesmos moldes determinados pela indicada Resolução 090/2005 que considera habilitada no programa Desenvolve a empresa incorporada para produzir retangulares de poliuretano e colchões.

Também ressalta que não consta da aludida resolução qualquer limitação de quantitativos e tampouco de tipos e modelos. Ademais o *modus operandi* adotado pela empresa já foi avaliado em julgamento do CONSEF conforme Acórdão CJF-0468-13/13 (fl. 145/155), Acórdão JJF-0055-03/13 (fls. 156/172), Acórdão JJF-0246-05/14 (fls. 184/191) e Acórdão CJF-0141-11/13 (fls. 193/201), e destaca que somente o Conselho Deliberativo do DESENVOLVE possui competência para estabelecer as condições para os benefícios, como se infere do artigo 7º Decreto nº 8.205/2002, que transcreveu.

Afirma que não cabe ao autuante alterar o sentido das Resoluções veiculadas pelo Conselho Deliberativo do DESENVOLVE que não condicionou o benefício a qualquer quantitativo, marca ou modelo e, com a incorporação, as máquinas e equipamentos decorrentes do projeto incentivado BOJUY passaram a produzir produtos da mesma natureza, contudo, com a marca e especificidade ORTOBOM. E não poderia ser diferente, porque aquela planta passou a integrar o parque fabril da autuada.

Informa que os produtos da BOJUY atendiam mercado de menor poder aquisitivo e eram, em média, 20% mais baratos. Após a incorporação os produtos produzidos pelas máquinas e equipamentos da incorporada passaram a ser de maior valor agregado. A incorporação ensejou evidente otimização da capacidade de produção da planta incorporada estimulada pela marca ORTOBOM, que é líder de mercado no Nordeste. Os produtos antes fabricados pela BOJUY passaram a ter acesso a um mercado maior, com uma estrutura de vendas mais capilarizada. Esse foi o principal ganho da estratégia de incorporação adotado pelo grupo Ortobom.

Frisa que no Relatório Fiscal, o autuante reconhece a incorporação, inclusive acatando as alegações defensivas, mas se contradiz ao elaborar planilhas fazendo excluir do alcance da Resolução nº 061/2008 parte da produção que atribui serem produtos que seriam fabricados apenas pela ORTOBOM. Comenta sobre o conceito de “incorporação” e invoca pareceres da SEFAZ, de números 06483/2010 e 05024/2012.

Em relação aos cálculos feitos pelo autuante, alega que são equivocados pelo fato de desconsiderar a aplicação da RESOLUÇÃO Nº 90/2005 para toda a produção da ORTOBOM visto que a RESOLUÇÃO Nº 061/2008, *ao transferir a titularidade, não fez qualquer condicionante e tampouco vincula a transferência do benefício para produção de determinados modelos, marcas ou quantidades.*

Salienta que os produtos fabricados pela Ortobom são os mesmos fabricados pela Bojuy conforme se verifica através da amostragem de notas fiscais anexas, onde restam consignados códigos da NCM idênticos assim como o objeto social da incorporada é similar ao da incorporadora, demonstrando, desta forma, que ambas possuem o mesmo objetivo de produzir colchão. Ou seja, ambas as empresas, incorporada e incorporadora, possuem o mesmo objeto social (contratos sociais anexos) e fabricavam produtos da mesma natureza definidos pela mesma NCM. (amostragem de notas fiscais anexas)

Pondera que o tributo há de ser cobrado mediante atividade administrativa plenamente vinculada, e isso significa que não cabe à autoridade administrativa preencher com seu juízo pessoal ou subjetividade o campo da indeterminação normativa. Repete o argumentado apresentado em preliminar de nulidade, de que os cálculos da autoridade autuante são totalmente equivocados e impõem arbitramento rechaçado pelo ordenamento tributário pátrio.

Também reproduz parte dos Acórdãos CJF 0468-13/13 e JJF 0246-05/14 e parte do PARECER ASTEC Nº 079/2014, e reafirma que procede à apuração da parcela sujeita ao Desenvolve observando pareceres e decisões discutidas no âmbito do CONSEF. Transcreve parte do Parecer DITRI 14947/2007 e do Parecer DITRI 16626/2013.

Apresenta o entendimento de que autuações como esta, criam insegurança jurídica porque não guardam coerência com as demais decisões administrativas e colocam em descrédito a transparência e a segurança jurídica no Estado da Bahia. Que ao proceder a transferência da titularidade o benefício, o Conselho Deliberativo não impôs qualquer condição relacionada a modelos ou quantitativos, devendo a fiscalização se ater aos estritos limites delineados na Resolução concessiva visto que sua função é vinculada e limitada pela legalidade estrita.

Por fim, requer seja acolhida a preliminar suscitada culminado na declaração de nulidade do auto em tela e caso este não seja esse o entendimento deste Órgão Julgador, requer a improcedência, por ser destituída de qualquer amparo legal. Protesta provar o alegado por todos os meios de prova admitidos em lei.

A informação fiscal foi prestada às fls. 265/266 dos autos por Auditor Fiscal estranho ao feito, dizendo que o presente Auto de Infração exige ICMS decorrente de erro cometido pelo autuado na apuração do ICMS relativo ao DESENVOLVE.

Diz que o autuado é beneficiário do incentivo fiscal através da Resolução Desenvolve nº 68/2005 (fl. 34), que ficou restrito ao beneplácito ali expresso. Ainda no ano de 2005 estabeleceu-se no Estado a Bojuy Indústria e Comércio de Poliuretanos Ltda., com benefícios mais amplos do que os obtidos pelo autuado, conforme Resolução Desenvolve nº 90/2005 (fls. 36). Posteriormente, em novembro de 2008, o autuado incorporou a Bojuy (fls. 40 a 55).

Informa que a partir do ano de 2009 o autuado passou a fazer apuração do ICMS utilizando-se dos benefícios previstos na Resolução Desenvolve nº 90/2005. Por isso, deixou de considerar na apuração do imposto o piso previsto na Resolução Desenvolve nº 68/2005.

Quanto à nulidade suscitada pelo defendente, informa que os demonstrativos de fls. 13 a 15 obedecem às instruções do Decreto nº 8205/02. Retratam com exatidão os valores capturados nos livros fiscais do autuado e Notas Fiscais de saídas de mercadorias.

Em relação ao mérito, apresenta o entendimento de que ao autuado não lhe cabe usufruir dos benefícios concedidos à incorporada uma vez que não há Resolução específica sobre esses terem sido *“transferidos à ORTOBOM pela incorporação da BOJUY”* (fls. 72). Frisa que a Resolução

Desenvolve nº 61/2008 retifica a titularidade do benefício para a Indústria Baiana de Colchões e Espumas Ltda., o autuado, somente quanto aos produtos fabricados pela BOJUY. Neste caso, afirma que se tem duas classes de produtos (mercadorias) fabricadas: a primeira alcançada pela Resolução Desenvolve nº 68/2005 e a segunda pela Resolução Desenvolve nº 90/2005.

Esclarece que o recolhimento do imposto ora exigido é com base, exclusivamente, nos produtos fabricados pelo autuado e alcançados tão somente pela Resolução Desenvolve nº 68/2005. Que o defendente se engana quando entende que seu procedimento (fl. 75) está correto ao declarar que *“...tendo sua titularidade alterada, retificada e transferida, a empresa autuada, passou a gozar do benefício nos mesmos moldes determinados pela indicada Resolução 090/2005...”*.

Finaliza afirmando que está comprovado no PAF que o autuado utilizou, indevidamente, na apuração do ICMS Desenvolve, o benefício concedido aos produtos fabricados pela incorporada Bojuy. Tal incentivo não alcança seus produtos originalmente previstos na Resolução Desenvolve nº 68/2005.

VOTO

Inicialmente, rejeito a preliminar de nulidade apresentada 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 janeiro de 2009 a janeiro 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 na 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 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) constitui-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”.

Observo 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 período fiscalizado os autuantes reconheceram o fato de 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.

No Auto de Infração consta a ressalva ao direito da Fazenda Estadual apurar em qualquer época, enquanto não extinto o prazo decadencial a ocorrência de outros elementos que possam

configurar obrigações tributárias. Entretanto, no presente caso, não ficou configurado nos autos que foram apurados novos elementos, nem realizada revisão do lançamento anterior. Ou seja, foi efetuado novo procedimento fiscal sobre o mesmo período e 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. Portanto, 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.

Considerando que em face da incorporação comprovada pelo defendente, inexistindo na Resolução 61/2008 qualquer restrição à utilização dos benefícios concedidos à empresa incorporada e, tendo sido realizado novo 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, tais fatos implicariam nulidade da autuação.

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 elementos e mesmo período de apuração (janeiro de 2009 a janeiro de 2010), e os fatos apurados 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, concluo que não restou comprovado nos autos que o defendente utilizou incentivo fiscal para recolhimento do ICMS sem o cumprimento de todas as condições previstas no Programa DESENVOLVE, sendo insubsistente a exigência fiscal, considerando que não ficou caracterizada a irregularidade apontada.

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

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **232884.0016/14-0**, lavrado contra **INDÚSTRIA BAIANA DE COLCHÕES E ESPUMAS LTDA**.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de julho de 2015

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA