

PROCESSO	- A. I. Nº 108580.0070/14-8
RECORRENTE	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO	- PRODUMASTER ADVANCED COMPOSITES NORDESTE INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA. (PRODUMASTER DO NORDESTE LTDA.)
RECURSO	- RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 1ª JJF nº 0197-01/15
ORIGEM	- INFAS INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO	- INTERNET 18/03/2016

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0023-11/16

EMENTA: ICMS. 1. DIFERIMENTO. AQUISIÇÃO DE REFEIÇÕES PARA ALIMENTAÇÃO DOS EMPREGADOS. RESPONSABILIDADE DE RECOLHIMENTO DO ICMS PELO DESTINATÁRIO. A desoneração realizada pela JJF decorreu da aplicação da redução da base de cálculo de 30% prevista no art. 87, XX do RICMS/BA, que já tinha sido observada no demonstrativo originário. Reestabelecido o valor inicialmente lançado. Modificada a Decisão recorrida. 2. DESENVOLVE. RECOLHIMENTO A MENOS. ERRO NA DETERMINAÇÃO DO VALOR DA PARCELA SUJEITA À DILAÇÃO DE PRAZO. Na existência das duas Resoluções (44/06 e 043/09), não poderia a fiscalização concluir que deveria prevalecer uma e não a outra. A forma como foi construído o lançamento de ofício não guarda relação com a legalidade, a verdade material e o devido processo legal. Infração Nula. Mantida a Decisão recorrida quanto à este item. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de Recurso de Ofício em razão da Decisão proferida, através do Acórdão nº 0197-01/15, ter desonerado o sujeito passivo de parte do débito a ele imputado, consoante determina o art. 169, I, “a”, do RPAF/99.

O Auto de Infração, lavrado em 23/09/2014, imputa ao Sujeito Passivo o cometimento de cinco infrações, sendo objeto de Recurso de Ofício as infrações 2 e 3:

INFRAÇÃO 2 – Deixou de recolher o ICMS deferido nas entradas de refeições destinadas a consumo por parte dos seus funcionários. Valor R\$52.148,78. Multa de 60%.

INFRAÇÃO 3 – Recolheu a menor o ICMS em razão de 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 ainda que o contribuinte desconheceu a Resolução 043/2009, de 17 de junho de 2009, art. 2 do Programa Desenvolve que fixou a parcela do saldo devedor de ICMS passível de incentivo, ao que exceder a R\$ 20.299,68, corrigido este valor a cada 12 meses pela variação do IGP-M. Valor R\$1.087.634,63. Multa de 60%.

Após análise dos argumentos delineados pelo Autuado e pelo fiscal Autuante, a 1ª JJF proferiu a Decisão não unânime, transcrita abaixo:

O lançamento de ofício contempla as 4 infrações descritas e relatadas na inicial dos autos, que serão objeto da apreciação nas linhas que seguem, exceto a aplicação da multa (infração 4), por descumprimento de obrigação acessória, no valor de R\$140,00, reconhecida pelo autuado e afastada da lide.

(...)

Na infração 02, a acusação é da falta de recolhimento do ICMS deferido nas entradas das refeições destinadas ao consumo por parte dos funcionários do contribuinte autuado.

O demonstrativo de fls. 25/28 encerra o levantamento fiscal de serviços de fornecimento de alimentação, totalizando R\$52.148,78.

Inverossímil a alegação da defesa de vedação aos optantes do Simples Nacional delegar a sua responsabilidade tributária aos adquirentes de refeições, a teor do art. 393 do RICMS-97/BA ou não realizar a retenção, por entender indevida.

Não é o que trata o presente caso.

Ressalto, de início, que o imposto exigido nessa infração é referente ao período de janeiro de 2009 a dezembro de 2011, de forma que ao caso em questão se aplica o RICMS-BA aprovado pelo Decreto nº 6.284/97. Conforme disposto no art. 343, XVIII do RICMS/BA é deferido o lançamento do ICMS incidente sobre as operações de fornecimentos de refeições a quaisquer estabelecimentos de contribuintes localizado neste Estado, destinadas a consumo por parte de seus empregados, para o momento em que ocorrer a entrada no estabelecimento do adquirente. A regra não excepciona qualquer estabelecimento do regime de deferimento.

Assim, estabelece o artigo 349, RICMS/BA, a responsabilidade tributária por substituição relativa ao imposto cujo lançamento seja deferido, correspondente às operações ou prestações antecedentes, é atribuída ao contribuinte em cujo estabelecimento ocorrer a operação, evento, fato ou circunstância que encerre a fase do deferimento.

A responsabilidade pelo pagamento do imposto incidente sobre as operações de aquisição de refeições destinadas ao consumo dos empregados é transferida para o adquirente da mercadoria, na condição de sujeito passivo por substituição, ficando adiado o lançamento e o pagamento do tributo para o momento em que ocorrer o fornecimento da refeição no estabelecimento adquirente e o fornecedor desonerado da responsabilidade de lançamento e pagamento do imposto sobre tais operações.

No caso, a responsabilidade pelo lançamento e pagamento do ICMS sobre operações de aquisição de refeições recai sobre o estabelecimento autuado, que deveria fazer o pagamento até o dia 9 do mês subsequente (art. 348, §1º, IV do RICMS/BA) do evento que seja termo final do deferimento.

Além disso, observo que no demonstrativo juntado pelo autuante (fls. 25/28) foram relacionadas às notas fiscais emitidas pela BAG REFEIÇÕES COLETIVAS, inscrição estadual 58.094.491 (fls. 248 a 278) e sem a indicação de qualquer recolhimento pelo estabelecimento optante pelo SIMPLES NACIONAL (LC 123/06). O art. 386, I, do RICMS-BA, prevê que o recolhimento do tributo pelo SIMPLES NACIONAL não exclui a incidência do ICMS nas operações alcançadas pela substituição tributária, da qual, o deferimento é uma espécie.

Diante de tais pressupostos, dúvidas não permanecem que o adquirente das refeições destinadas ao consumo dos seus empregados é o responsável tributário pelo pagamento do imposto incidente sobre tais operações, na condição de sujeito passivo por substituição.

Todavia, o fiscal laborou em erro ao calcular o valor do imposto devido, adicionando também à sua base de cálculo o valor do próprio ICMS, o que, no caso, não tem previsão na norma regente. O valor de cada operação deverá ter a base de cálculo reduzida em 30%, conforme o art. 87, XX, do RICMS/BA., o que altera o valor do ICMS devido de R\$52.148,78 para R\$43.283,47, conforme demonstrativo acostado aos autos em mídia CD, fls. 340

A terceira infração trata do recolhimento a menor de ICMS em razão de 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. A exigência totaliza R\$1.087.634,63.

Nas razões, questiona o autuado que apurou o valor da parcela dilatada de acordo com a Instrução Normativa 27/2009, o que não foi observado pelo fiscal. Explica que em setembro de 2004, lhe foi concedido o incentivo de dilação de prazo de pagamento, classificando o empreendimento na Classe II, tabela I, com 80% de percentual do ICMS incentivado, pelo prazo de 12 anos, conforme Resolução nº 44/04, cópia acostada aos autos, fls. 36/37

Em junho de 2009, o estabelecimento autuado foi habilitado para um outro incentivo para ampliação do projeto, através Resolução nº 043/2009 (fls. 30/31), prevendo a dilação por 72 meses do valor excedente ao Piso de R\$ 20.299,68, enquadrando o benefício na mesma Classe II da tabela I. Benefício que vigerá por 12 anos e até maio/2021.

O Auditor Fiscal informou que o contribuinte desconheceu a Resolução 043/2009, de 17 de junho de 2009 e que a existência de duas resoluções sobre a mesma matéria e o mesmo estabelecimento é um tema polemico, controverso; diz que falta "consenso" entre os órgãos fazendários e gestores do DESENVOLVE na solução da questão. Indaga não entender porque uma resolução entraria em vigor se o piso só fosse utilizado com o fim do outro benefício.

Considerando a Lei nº 12.376/10, que trata da revogação ou não das leis no sistema brasileiro, define que a partir de 17/06/2009, os benefícios do DESENVOLVE atribuídos ao contribuinte estão inteira e unicamente estabelecidos na Resolução 043/2009, que tem piso de R\$20.998,68 corrigido a cada 12 meses pela variação do

IGP-M.

Destaco, de início, que 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 como objetivo 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 da Bahia. Os incentivos fiscais previstos no Decreto nº 8.205/2002, que aprova o Regulamento do Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia - DESENVOLVE e constitui o seu Conselho Deliberativo, têm por finalidade precípua estimular a instalação de novas indústrias no Estado da Bahia e a expansão, a reativação ou a modernização de empreendimentos industriais já instalados, com geração de novos produtos, aperfeiçoamento tecnológico e redução de custos. Justamente por isso, qualquer operação que extrapole o objetivo do Programa não serão alcançadas pelos benefícios fiscais ali previstos.

No caso em tela, a Resolução nº 44/2004, publicada no Diário Oficial de 15/09/2004 (ratificada pela Resolução nº 09/2005 e alterada pelas Resoluções nº 172/10, 51/11 e 143/13), do Conselho Deliberativo do Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia - DESENVOLVE, habilitou projeto de implantação do contribuinte autuado para produzir composto de polietileno e polipropileno, aditivos e polipropileno recuperado, concedendo ao seu estabelecimento os seguintes benefícios:

I) diferimento do lançamento e do pagamento do ICMS:

a) na importação e aquisição em relação ao diferencial de alíquotas de bens destinados ao ativo fixo, para o momento em que ocorrer desincorporação;

b) nas aquisições internas de polietileno, polipropileno e dióxido de titânio de estabelecimentos industriais enquadrados no CNAE-FISCAL 2431-7/00 e CNAE 2419-8/00, nos termos da Resolução 05/2003 para o momento que ocorrer a saída dos produtos resultantes da sua industrialização;

A resolução 172/10, efeitos a partir de 01/11/10, alterou a redação dessa alínea "b" para incluir o diferimento nas aquisições internas de fibras, fios, cabos e filamentos contínuos, nos termos do art. 2º, inciso XI, do Decreto 6.734/97, para o momento que ocorrer a saída dos produtos resultantes da sua industrialização;

A resolução 51/11, efeitos a partir de 01/05/11, acrescentou a alínea "c" ao inciso I, art. 1º, da Resolução nº 44/2004 para incluir o diferimento nas importações de copolímeros NCM 3902.3000, igualmente nos termos do art. 2º, inciso IX, do Decreto 6.734/97, para o momento que ocorrer a saída dos produtos resultantes da sua industrialização;

A resolução 143/13, efeitos a partir de 01/11/13, acrescentou a alínea "d" ao inciso I, art. 1º, da Resolução nº 44/2004 para incluir o diferimento nas importações de polipropileno sem carga - NCM 3902.1020, nos termos do art. 2º, inciso XXXV, alínea g do Decreto 6.734/97, para o momento que ocorrer a saída dos produtos resultantes da sua industrialização;

II) dilação do prazo de 72 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 da Tabela I, anexa ao regulamento do DESENVOLVE.

Para as operações consistentes nessa Resolução nº 44/2004, nenhum piso foi estabelecido e ocorre a incidência integral da taxa de juros da TJLP (taxa de juros de longo prazo) ao ano sobre cada parcela do ICMS com prazo de pagamento dilatado.

Por outro lado, a Resolução nº 43/2009, publicada no Diário Oficial de 19/06/2009 (alterada também pelas Resoluções nº 172/10, 51/11, 26/12 e 142/13), do Conselho Deliberativo do Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia - DESENVOLVE, habilitou o projeto de ampliação da fábrica do contribuinte autuado para produzir composto de polietileno e polipropileno, aditivos e polipropileno recuperado, polietileno micronizado, resina de nylon e compostos de poliestireno, concedendo-lhe os seguintes benefícios:

I) diferimento do lançamento e do pagamento do ICMS:

a) na importação e aquisição em relação ao diferencial de alíquotas de bens destinados ao ativo fixo, para o momento em que ocorrer desincorporação;

b) nas aquisições internas de masterbach, resina termoplásticas - polietileno, polipropileno e poliestireno - e dióxido de titânio, de estabelecimentos que exerçam as atividades enquadradas na CNAE-FISCAL 2029-1/00 e 2031-2/00, nos termos dos itens 3 e 4, alínea a, inciso XI e item 10, inciso XII, do art. 2º do Decreto nº 6.734/97, para o momento que ocorrer a saída dos produtos resultantes da sua industrialização;

A resolução 172/10, efeitos a partir de 01/11/10, alterou a redação dessa alínea "b" para incluir o diferimento nas aquisições internas de fibras, fios, cabos e filamentos contínuos, nos termos do item 8, alínea "a", inciso XI, art. 2º, do Decreto 6.734/97, para o momento que ocorrer a saída dos produtos resultantes da sua

industrialização;

c) nas importações de ABS, poliamida 6, poliamida 6,6, PET e copolímeros de polipropileno NCM 3902.3000, nos termos das alíneas "a", "d", "e", "f" e "p" do inciso IX, do art. 2º, do Decreto nº 6.734/97, para o momento que ocorrer a saída dos produtos resultantes da sua industrialização;

A resolução 51/11, efeitos a partir de 01/05/11, alterou a redação da alínea "c" ao inciso I, art. 1º, da Resolução nº 43/2009 para acrescentar o diferimento nas importações de copolímeros de polipropileno NCM 3902.3000, nos termos da alínea "p", inciso IX, do art. 2º, do Decreto 6.734/97, para o momento que ocorrer a saída dos produtos resultantes da sua industrialização;

A resolução 26/12, efeitos a partir de 01/03/12, acrescentou a alínea "d" ao inciso I, art. 1º, da Resolução nº 44/2004 para incluir o diferimento nas importações de polietileno linear - NCM 3901.1010; polietileno sem carga - NCM 3901.1092; polietileno com densidade > 0,94 - NCM 3901.2029 e polipropileno com carga - NCM 3902.1010, nos termos do art. 2º, inciso XXXV, do Decreto 6.734/97, para o momento que ocorrer a saída dos produtos resultantes da sua industrialização;

A resolução 142/13, efeitos a partir de 01/11/13, acrescentou a alínea "e" ao inciso I, art. 1º, da Resolução nº 43/2009 para incluir o diferimento nas importações de polipropileno sem carga - NCM 3902.1020, nos termos do art. 2º, inciso XXXV, alínea g do Decreto 6.734/97, para o momento que ocorrer a saída dos produtos resultantes da sua industrialização;

II) dilação do prazo de 72 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 da Tabela I, anexa ao regulamento do DESENVOLVE.

Para as operações consistentes nessa Resolução foi fixada a parcela do saldo devedor mensal passível de incentivo, no que excede ao valor de R\$20.299,68, corrigido anualmente a cada 12 meses, além da incidência da taxa de juros de 85% da TJLP ao ano sobre cada parcela do ICMS com prazo de pagamento dilatado.

Ora, a partir da transcrição literal dos termos das Resoluções retro mencionadas, importantes na solução da lide, vê-se que se trata de benefícios autônomos e que envolvem a aquisição de produtos diversos e específicos. À guisa de exemplo, na redação original da Resolução 44/2004, o benefício fiscal do diferimento do ICMS incide nas aquisições internas de polietileno, polipropileno e dióxido de titânio, adquiridos de estabelecimentos industriais, sob os códigos de atividades CNAE-FISCAL 2431-7/00, Fabricação de resinas termoplásticas e CNAE-FISCAL 2419-8/00, Fabricação de outros produtos inorgânicos; na Resolução 43/2009, o diferimento do ICMS incide nas aquisições internas de masterbach, resina termoplásticas (polietileno, polipropileno), além do dióxido de titânio, de estabelecimentos que exerçam as atividades enquadradas no CNAE-FISCAL 2029-1/00, Fabricação de produtos químicos orgânicos não especificados anteriormente e CNAE-FISCAL 2031-2/00, Fabricação de Resinas Termoplásticas.

Observo ainda que a resolução 44/2004, cujo prazo de vigência para fruição dos benefícios é de 12 anos, contado a partir do início das operações comerciais do projeto incentivado (art. 2º), foi desconsiderada pelo Auditor Fiscal, com fundamento na Lei nº 12.376/10, que trata da revogação das leis no sistema brasileiro. Definiu o autuante que a partir de 17/06/2009, os benefícios do DESENVOLVE atribuídos ao contribuinte estariam unicamente estabelecidos na Resolução 043/2009 e cujo piso da parcela incentivada, deve exceder R\$20.998,68 corrigido pelo IGP-M.

O direito não assiste ao preposto do Fisco. A lei referida trata-se de uma alteração na Ementa da antiga Lei de Introdução ao Código Civil - Decreto-Lei nº 4.657/42, que passou a ser tratada por Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, mas, sem criar nenhum fato novo substancial, pois a antiga LICC sempre foi aplicada à todo o ordenamento jurídico e não somente ao Código Civil. A norma invocada, a seguir transcrita, conforme entendeu o preposto do Fisco, não há de ser aplicado ao caso em concreto:

"Art. 2º Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.

§ 1º A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior".

Como consequência, não logra êxito o entendimento fiscal, uma vez que não houve, conforme já apreciado, revogação de norma anterior, a Resolução nº 44/2004, de 15.09.2004.

Não consta dos autos qualquer vedação aos benefícios fiscais oferecidos ao contribuinte no seu projeto incentivado; as operações alcançadas pelos benefícios estão descritas tanto na Resolução nº 44/2004, de 15.09.2004, como na Resolução nº 43/2009, de 19.06.2009. No momento dos fatos geradores descritos no presente Auto de Infração, ambas as resoluções estavam em pleno vigor.

Tanto assim é verdade que, por exemplo, a Resolução nº 172/2010 (fl. 38) foi expedida pelo Conselho Deliberativo do DESENVOLVE, em vigor a partir de 26.10.2010, para alterar concomitantemente as Resoluções nº 44/2004 e nº 43/2009, que habilitaram o estabelecimento autuado aos benefícios do

DESENVOLVE ou ainda, a Resolução nº 143/2013, publicada no Diário Oficial do Estado da Bahia, no dia 21/11/2013, para retificar a Resolução nº 44/2004.

Sabe-se que o Programa DESENVOLVE tem natureza jurídica de incentivo fiscal e a concessão de incentivo e a sua perda encontram-se fulcradas em disposição de Lei stricto sensu, no caso, Lei Estadual nº 7.980/01. O objetivo do incentivo fiscal é agregar, é incorporar nova industria, novos métodos, expandir, inovar tecnologicamente, o aumento da transformação industrial com ganho de escala, de competitividade ou conquista de novos mercados. Assim, as operações alcançadas pela dilação de prazo do pagamento, a que se refere o Programa DESENVOLVE, devem guardar relação com a atividade industrial incentivada, a fim de aferir a correta aplicação do benefício.

Dessa forma, não obstante a crítica acerca da existência das duas resoluções, ao mesmo tempo, não poderia a fiscalização concluir que a partir de 17/06/2009, os benefícios do Programa DESENVOLVE atribuídos ao contribuinte estão inteira e unicamente estabelecidos na Resolução Nº 043/2009, por conta do piso da parcela incentivada, que deve exceder R\$20.998,68 corrigido pela variação do IGP-M ou por conta da diferença do tempo de benefício nas duas resoluções.

Como foi construído o lançamento de ofício, não se tem certeza se guarda alguma relação com a legalidade, com a verdade material, princípios caros ao direito tributário; carentes dos elementos que possam determinar com segurança a existência da infração ou sua efetiva base de cálculo. O processo tributário que não assegure a prevalência da cláusula do "due process of law" não pode prevalecer validamente. Ademais, o lançamento de crédito tributário é um ato vinculado, devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação.

Por derradeiro, a autuação contém vícios que afetam a sua eficácia e o lançamento de ofício em tais circunstâncias não pode resistir, seja pela imprecisão material, pela mácula na formação da base de cálculo, como algo que possa dimensionar a materialidade da hipótese de incidência e as proporções reais do fato. O resultado apurado resta comprometido, bem como todos os atos subsequentes de formação da relação jurídico-tributária, seja o lançamento, a constituição definitiva do crédito tributário, a inscrição de dívida ativa, etc.

Dessa forma, em face de tais considerações, da confusão e incertezas geradas na lavratura do presente Auto de Infração, com amparo no art. 18, do RPAF, é nulo o lançamento efetuado com preterição de aspectos essenciais do ponto de vista formal e sem cumprimento do devido processo legal. Diante do exposto, julgo NULA a infração 03 do presente auto de infração.

No entanto, como a próprio estabelecimento usuário do benefício, apresentou demonstrativo, refazendo o período fiscalizado e apurou recolhimento a menor na ordem de R\$573,08, em janeiro de 2010, represento a repartição de origem para examinar, em nova fiscalização a pertinência do demonstrativo e valor encontrado.

Posto isso, o Auto de Infração é PROCEDENTE EM PARTE, no valor de R\$97.487,71, além da multa por descumprimento de obrigação acessória. no valor de R\$140,00.

E o voto.

VOTO DISCORDANTE – ITEM 1º

(...)

De ofício, a 1^a 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.

VOTO

Trata-se de Recurso de Ofício, em razão da decisão de primeira instância, ter desonerado parte do débito originalmente cobrado, consoante disposto no art. 169, inciso I, alínea “a” do RPAF/99.

A infração 2 versa sobre a falta de recolhimento do ICMS deferido nas entradas de refeições destinadas a consumo por parte dos seus funcionários.

A desoneração realizada pela JJF, de R\$52.148,78 para R\$43.283,47, decorreu da aplicação da redução da base de cálculo de 30%, prevista no art. 87, XX do RICMS/BA.

Ocorre que, nos demonstrativos que deram azo a autuação, fls. 25/28, já consta a redução da base de cálculo, tornando indevida a redução da referida infração.

Deve ser mantido o valor originário de R\$52.148,78 para a infração 2.

Já a infração 3 imputa ao sujeito passivo o recolhimento a menor do ICMS em razão de 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 entender do autuante, o contribuinte desconheceu a Resolução 043/2009, de 17 de junho de 2009, art. 2º do Programa DESENVOLVE que fixou a parcela do saldo devedor de ICMS passível de incentivo, ao que exceder a R\$ 20.299,68.

Em sua defesa, a autuada historia os incentivos que lhe foram concedidos: 1) Resolução nº 44/2004, dilação de prazo de pagamento, classificando o empreendimento na Classe II, tabela I, portanto 80%, pelo prazo de 12 anos. Este benefício tem vigência até agosto de 2016. 2) Resolução, nº 043/2009, ampliação do projeto industrial, prevendo a dilação por 72 meses do valor excedente ao Piso de R\$ 20.299,68, enquadrando o benefício na mesma Classe II da tabela I. Este novo benefício vai viger por 12 anos, ou seja, até maio/2021.

Ato contínuo, a autuada aduz que o benefício dado pela Resolução nº. 44/2004 continuo vigente quando da concessão do novo benefício pela Resolução nº. 043/2009 e somente a partir de 08/2016 é que os benefícios concedidos pela Resolução nº. 44/2004 deixarão de existir.

Ressalta que não há óbice na vigência simultânea das resoluções e considera que o Auditor desconsiderou os efeitos da Resolução nº. 44/04, revogando a referida Resolução, que, no seu entender, continua vigente até a presente data, paralelamente à nova.

Pela sua importância, merece transcrição de parte do voto de Primeira Instância que compilou todas as resoluções concedidas ao contribuinte:

No caso em tela, a Resolução nº 44/2004, publicada no Diário Oficial de 15/09/2004 (ratificada pela Resolução nº 09/2005 e alterada pelas Resoluções nº 172/10, 51/11 e 143/13), do Conselho Deliberativo do Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia - DESENVOLVE, habilitou projeto de implantação do contribuinte autuado para produzir composto de polietileno e polipropileno, aditivos e polipropileno recuperado, concedendo ao seu estabelecimento os seguintes benefícios:

I) diferimento do lançamento e do pagamento do ICMS:

a) na importação e aquisição em relação ao diferencial de alíquotas de bens destinados ao ativo fixo, para o momento em que ocorrer desincorporação;

b) nas aquisições internas de polietileno, polipropileno e dióxido de titânio de estabelecimentos industriais enquadrados no CNAE-FISCAL 2431-7/00 e CNAE 2419-8/00, nos termos da Resolução 05/2003 para o momento que ocorrer a saída dos produtos resultantes da sua industrialização;

A resolução 172/10, efeitos a partir de 01/11/10, alterou a redação dessa alínea "b" para incluir o diferimento nas aquisições internas de fibras, fios, cabos e filamentos contínuos, nos termos do art. 2º, inciso XI, do Decreto 6.734/97, para o momento que ocorrer a saída dos produtos resultantes da sua industrialização;

A resolução 51/11, efeitos a partir de 01/05/11, acrescentou a alínea "c" ao inciso I, art. 1º, da Resolução nº 44/2004 para incluir o diferimento nas importações de copolímeros NCM 3902.3000, igualmente nos termos do art. 2º, inciso IX, do Decreto 6.734/97, para o momento que ocorrer a saída dos produtos resultantes da sua industrialização;

A resolução 143/13, efeitos a partir de 01/11/13, acrescentou a alínea "d" ao inciso I, art. 1º, da Resolução nº 44/2004 para incluir o diferimento nas importações de polipropileno sem carga - NCM 3902.1020, nos termos do art. 2º, inciso XXXV, alínea g do Decreto 6.734/97, para o momento que ocorrer a saída dos produtos resultantes da sua industrialização;

II) dilação do prazo de 72 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 da Tabela I, anexa ao regulamento do DESENVOLVE.

Para as operações consistentes nessa Resolução nº 44/2004, nenhum piso foi estabelecido e ocorre a incidência integral da taxa de juros da TJLP (taxa de juros de longo prazo) ao ano sobre cada parcela do ICMS com prazo de pagamento dilatado.

Por outro lado, a Resolução nº 43/2009, publicada no Diário Oficial de 19/06/2009 (alterada também pelas Resoluções nº 172/10, 51/11, 26/12 e 142/13), do Conselho Deliberativo do Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia - DESENVOLVE, habilitou o projeto de ampliação da fábrica do contribuinte autuado para produzir composto de polietileno e polipropileno, aditivos e polipropileno recuperado, polietileno micronizado, resina de nylon e compostos de poliestireno, concedendo-lhe

os seguintes benefícios:

I) deferimento do lançamento e do pagamento do ICMS:

a) na importação e aquisição em relação ao diferencial de alíquotas de bens destinados ao ativo fixo, para o momento em que ocorrer desincorporação;

b) nas aquisições internas de masterbatch, resina termoplásticas - polietileno, polipropileno e poliestireno - e dióxido de titânio, de estabelecimentos que exerçam as atividades enquadradas na CNAE-FISCAL 2029-1/00 e 2031-2/00, nos termos dos itens 3 e 4, alínea a, inciso XI e item 10, inciso XII, do art. 2º do Decreto nº 6.734/97, para o momento que ocorrer a saída dos produtos resultantes da sua industrialização;

A resolução 172/10, efeitos a partir de 01/11/10, alterou a redação dessa alínea "b" para incluir o deferimento nas aquisições internas de fibras, fios, cabos e filamentos contínuos, nos termos do item 8, alínea "a", inciso XI, art. 2º, do Decreto 6.734/97, para o momento que ocorrer a saída dos produtos resultantes da sua industrialização;

c) nas importações de ABS, poliamida 6, poliamida 6,6, PET e copolímeros de polipropileno NCM 3902.3000, nos termos das alíneas "a", "d", "e", "f" e "p" do inciso IX, do art. 2º, do Decreto nº 6.734/97, para o momento que ocorrer a saída dos produtos resultantes da sua industrialização;

A resolução 51/11, efeitos a partir de 01/05/11, alterou a redação da alínea "c" ao inciso I, art. 1º, da Resolução nº 43/2009 para acrescentar o deferimento nas importações de copolímeros de polipropileno NCM 3902.3000, nos termos da alínea "p", inciso IX, do art. 2º, do Decreto 6.734/97, para o momento que ocorrer a saída dos produtos resultantes da sua industrialização;

A resolução 26/12, efeitos a partir de 01/03/12, acrescentou a alínea "d" ao inciso I, art. 1º, da Resolução nº 44/2004 para incluir o deferimento nas importações de polietileno linear - NCM 3901.1010; polietileno sem carga - NCM 3901.1092; polietileno com densidade > 0,94 - NCM 3901.2029 e polipropileno com carga - NCM 3902.1010, nos termos do art. 2º, inciso XXXV, do Decreto 6.734/97, para o momento que ocorrer a saída dos produtos resultantes da sua industrialização;

A resolução 142/13, efeitos a partir de 01/11/13, acrescentou a alínea "e" ao inciso I, art. 1º, da Resolução nº 43/2009 para incluir o deferimento nas importações de polipropileno sem carga - NCM 3902.1020, nos termos do art. 2º, inciso XXXV, alínea g do Decreto 6.734/97, para o momento que ocorrer a saída dos produtos resultantes da sua industrialização;

II) dilação do prazo de 72 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 da Tabela I, anexa ao regulamento do DESENVOLVE.

Para as operações consistentes nessa Resolução foi fixada a parcela do saldo devedor mensal passível de incentivo, no que exceder ao valor de R\$20.299,68, corrigido anualmente a cada 12 meses, além da incidência da taxa de juros de 85% da TJLP ao ano sobre cada parcela do ICMS com prazo de pagamento dilatado.

Como bem concluiu a JJF, as resoluções versam sobre benefícios distintos e referem-se aquisição de produtos diversos e específicos.

O entendimento do fiscal autuante, de que a Resolução nº 44/2004 fora revogada pela Resolução nº 043/2009 encontra-se equivocado, haja vista que no momento dos fatos geradores descritos no presente Auto de Infração, ambas as resoluções estavam vigentes concomitantemente.

A Instrução Normativa nº 27/2009 dispõe como deverá ser efetuado o cálculo da parcela sujeita a dilação de prazo no caso de mais de uma resolução ativa, cálculo que não foi observado pelo autuante, pois, como visto, os benefícios concedidos pela Resolução nº 44/2004 foram ignorados.

De fato, a presente autuação não contém os elementos que possam determinar com segurança a existência da infração ou sua efetiva base de cálculo, vícios que atingem diretamente a autuação e que não podem ser sanados, sob pena de caracterização de um novo lançamento.

A mácula na constituição da base de cálculo demonstra, claramente, a insegurança em relação a acusação fiscal, suficiente para nulidade da infração, na forma do artigo 18, inciso IV, alínea "a", do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99, *in verbis*:

Art. 18. São nulos:

...
IV - o lançamento de ofício:

a) que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator;

Portanto, por tudo acima exposto, entendo que a infração 03 não contém elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e mantendo a decisão de piso, neste particular.

Diante do exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso de Ofício.

Represento a repartição de origem para que, nos termos do artigo 21 do RPAF, verifique se há indicativos que permitam o refazimento da ação fiscal à salvo de falhas, observando o prazo decadencial.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso de Ofício apresentado e modificar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **108580.0070/14-8**, lavrado contra **PRODUMASTER ADVANCED COMPOSITES NORDESTE INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA. (PRODUMASTER DO NORDESTE LTDA.)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$106.353,02**, acrescido da multa 60%, prevista no art. 42, II, alíneas "a" e "f", da Lei nº 7014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$140,00**, prevista inciso XVIII, "c", do mesmo diploma legal citado, com os acréscimos moratórios, de acordo norma da Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores já pagos. Representa-se a repartição de origem para que, nos termos do artigo 21 do RPAF, verifique se há indicativos que permitam o refazimento da ação fiscal à salvo de falhas, observando o prazo decadencial.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de fevereiro de 2016.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

RAISA CATARINA OLIVEIRA ALVES FERNANDES – RELATORA

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