

PROCESSO - A. I. N 269096.3002/16-8
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - KIMBERLY-CLARK BRASIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PRODUTOS DE HIGIENE LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO - Acórdão 3ª JJF nº 0079-03/17
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET 10/11/2017

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0275-11/17

EMENTA: ICMS. BASE DE CÁLCULO. REDUÇÃO INDEVIDA. OPERAÇÕES DE SAÍDAS NÃO AMPARADAS PELO BENEFÍCIO FISCAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Contribuinte possui controle interno de suas operações, autorizado pela SEFAZ, onde segrega as operações próprias (submetidas ao Programa DESENVOLVE) daquelas referentes à comercialização de mercadorias não produzidas pelo estabelecimento autuado (submetidas ao Decreto nº 7799/00). Não restou comprovado nos autos, a utilização de forma cumulativa de benefício fiscal do Decreto nº 7799/00, com o benefício fiscal do Programa DESENVOLVE. Infração insubsistente. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício em razão de a Decisão de piso ter julgado Improcedente o Auto de Infração em lide, lavrado em 20/12/2016, o qual exige o recolhimento a menos do ICMS no valor de R\$1.505.074,35, acrescido da multa de 60%, em razão de utilização indevida do benefício fiscal da redução da base de cálculo.

Consta na descrição da infração, que o autuado utilizou indevidamente o benefício da redução da base de cálculo prevista no art. 3º, II do Decreto nº 7799/00, posto que, por ser beneficiário do Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia - Desenvolve, necessitaria da chancela do Conselho Deliberativo do Programa, para fazer jus a um segundo benefício fiscal, conforme prescrito no art. 10 da Lei nº 7980/2001. Esta ocorrência se deu nos meses de abril de 2013 a fevereiro e maio a dezembro de 2014. (Infração 03.02.06).

Após a devida instrução processual, a referida Junta de Julgamento Fiscal entendeu pela Improcedência nos seguintes termos abaixo colacionados:

VOTO

Preliminarmente, o defendente arguiu nulidade alegando que existiria mácula no lançamento fiscal, considerando que o autuante não teria apontado na legislação a norma que teria infringido e que motivou a presente autuação. Disse que, apesar dos dispositivos invocados pela fiscalização, em nenhum momento, o autuante conseguiu indicar qual inciso do artigo 267 ou 268 do RICMS/BA seria aplicável ao fato concreto.

Analizando esta alegação, constato que, de fato, o autuante ao subsumir a ocorrência tida como infracional à legislação tributária, não o fez com clareza e precisão, como requer a lei. Tanto que deixou em aberto qual seria o inciso dos artigos indicados, mantendo a expressão do regulamento “a depender da hipótese” na própria descrição da infração que entendeu ter sido cometida.

Este procedimento cerceou o direito de defesa do contribuinte, o que nos termos do art.18 do RPAF/99, inquina de nulidade o lançamento de ofício.

Neste caso, todavia, em cumprimento ao dispositivo do art. 155, parágrafo único do RPAF/99, prossigo no julgamento de mérito, por vislumbrar a sua improcedência.

Parágrafo único. 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.

No mérito, a acusação fiscal é de que o autuado teria efetuado o recolhimento a menos do ICMS, em razão de utilização indevida do benefício fiscal da redução da base de cálculo prevista no art. 3º, II do Decreto 7799/00, visto que, por ser beneficiário do Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia - Desenvolve, necessitaria da chancela do Conselho Deliberativo do Programa, para fazer jus a um segundo benefício fiscal, conforme prescrito no art. 10 da Lei 7980/2001.

O defendente alegou que não teria incorrido em tal infração, pois, a Lei que instituiu o DESENVOLVE, expressamente estabeleceu que os beneficiários dos incentivos nela previstos pudessem cumulá-los com outros incentivos, se estes não fossem considerados incompatíveis com o DESENVOLVE.

Esclareceu que se tornou beneficiário do Programa, por meio da Resolução 193/2011, que habilitou o seu empreendimento. Informou que fabrica e comercializa produtos abrangidos pelo Programa DESENVOLVE. Disse que por outro lado, também se dedica à comercialização de produtos não abrangidos pelo citado Programa, que são fabricados por outros estabelecimentos da empresa localizados em outros Estados.

Explicou que, considerando que mantém em seu estoque, em razão dessa situação, produtos por ele fabricados, que gozam dos benefícios do Programa DESENVOLVE, e produtos recebidos em transferência de estabelecimentos situados em outros Estados, que não gozam dos benefícios do Programa, teria requerido ao Fisco estadual, a concessão de Regime Especial, para a realização de procedimentos voltados à segregação das mercadorias por ele produzidas, daquelas recebidas em transferência. Destacou que esse pedido, firmado no processo nº 001844/2013-2, foi deferido em 19/02/2013, com fundamento no Parecer Final nº 3513/2013, exarado pela GECOT/DITRI.

Apresentou entendimento de que não se tratando de operações realizadas com produtos por ele fabricados, os quais gozam dos benefícios do Programa DESENVOLVE, mas de operações realizadas com produtos transferidos por outros estabelecimentos – que não gozam dos benefícios desse Programa -, não teria aplicação a norma do artigo 10 da Lei nº 7.980/2001.

Examinando estas alegações defensivas, conjuntamente com os elementos que compõem o presente PAF, constato que o deslinde da questão consiste em decidir se o fato de o autuado ser beneficiário do programa Desenvolve, haveria impedimento de cumular com os benefícios constantes do Decreto 7799/00, sem prévia anuência do Conselho Deliberativo do Programa Desenvolve, conforme acusa o autuante.

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 DESENVOLVE e constitui o seu Conselho Deliberativo, estimula a instalação de novos empreendimentos industriais ou agroindustriais e a expansão, reativação ou modernização de empreendimentos industriais ou agroindustriais já instalados, concedendo alguns benefícios, tais como: dilação de prazo de 72 meses para o pagamento de 90%, 80% ou 70% do saldo devedor mensal do ICMS; diferimento do ICMS na aquisição de bens destinados ao ativo fixo e diferimento na aquisição interna de insumos.

Por sua vez, o Decreto 7799/00 estabelece que nas operações de saídas internas de estabelecimentos inscritos no Cadastro de Contribuintes do ICMS (CAD-ICMS) sob os códigos de atividades econômicas constantes do Anexo Único que integra este Decreto, destinadas a contribuintes inscritos no CAD-ICMS do Estado da Bahia, a base de cálculo das mercadorias relacionadas aos códigos de atividades constantes nos itens 1 a 16 do referido anexo, poderá ser reduzida em 41,176% (quarenta e um inteiros e cento e setenta e seis milésimos por cento).

Compulsando os autos, verifico que o defendente, em sua atividade econômica, realiza operações de industrialização e de revenda de mercadorias de terceiros (transferências de filiais estabelecidas em outros Estados) e nesta condição, requereu à Secretaria da Fazenda a celebração de Termo de Acordo para usufruir dos benefícios do Decreto 7799/00.

Para tanto, submeteu ao crivo da SEFAZ a metodologia estabelecida para a segregação dos seus estoques, de forma a manter individualizadas as operações próprias, daquelas resultantes das aquisições de terceiros. Os procedimentos a serem realizados para o citado controle foi submetido a apreciação e aprovado pela GECOT/DITRI através do Parecer nº 3513/2013, cuja ementa registra: ICMS. Regime Especial. Desenvolve. Identificação da origem do estoque existente no estabelecimento, segregando-se as mercadorias produzidas daquelas recebidas em transferência. Pelo diferimento.

Este Parecer, em síntese, registra que: a proposta de operacionalização da segregação dos produtos, por meio de um sistema baseado em controle por lotes, de forma que cada pallet de produto terá uma identificação (etiqueta) com a indicação numérica de que o produto foi produzido no local ou transferido. A identificação permitirá que o sistema indique automaticamente qual a posição de cada produto e sua origem. Notamos, por outro lado, que a proposta apresentada pela requerente para identificar o seu estoque por meio de etiquetas,

para fins de segregar os produtos aqui fabricados das mercadorias recebidas em transferência, se coaduna com a orientação contida na mencionada norma, nada impedindo, portanto, que os procedimentos sugeridos sejam objeto de regime especial.

Assim, finaliza o citado Parecer GECOT/DITRI, registrando ter verificado que o pedido está direcionado para a realização de procedimentos voltados à segregação de mercadorias produzidas, daquelas recebidas em transferência, por estabelecimento industrial e distribuidor contemplado com os benefícios proporcionados pelo Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – Desenvolve.

Analizando o teor do Parecer em comento, resta indubitoso que a Secretaria da Fazenda, através do Órgão competente para interpretar e integrar a legislação tributária estadual, ao deferir o pleito do defendente para celebração do Termo de Acordo que o autorizava a usufruir do benefício fiscal previsto no Decreto 7799/00, entendeu não ocorrer qualquer violação ao art. 10 do Regulamento do Desenvolve, conforme acusa o autuante. Em outras palavras, a Secretaria da Fazenda do estado da Bahia através do DITRI, entendeu, no presente caso, inexistir incompatibilidade na fruição dos dois benefícios.

Ressalto por importante, que o Programa Desenvolve não trata de redução de carga tributária. Os contribuintes que usufruem dos incentivos fiscais previstos no Decreto nº 8.205/2002, conforme dito anteriormente, têm a possibilidade de postergar o recolhimento da parcela mensal do ICMS devido. Esse diferimento se refere exclusivamente a parcela incentivada (referente às operações próprias) e no prazo contratado será recolhida com a devida atualização monetária.

Saliento que o sistema do Programa DESENVOLVE é específico e não se confunde com os motivos determinantes para a concessão do benefício previsto no Decreto nº 7799/00. Entendo que as operações praticadas pelo autuado e consignadas no levantamento fiscal estão amparadas pela disposição legal contida no artigo 1º, do multicitado Decreto.

Examinando a questão, verifico que não existem provas nos autos de que o autuado tenha utilizado o benefício do Programa Desenvolve (direcionado às operações próprias) cumulado com a redução de carga tributária prevista no Decreto 7799/00, (direcionada às operações nas aquisições de terceiros). Ou seja, não restou comprovado neste processo, que o sujeito passivo tenha simultaneamente, aplicado a regra da redução de carga tributária (Decreto 7799/00), na comercialização de mercadorias de fabricação própria (sujeitas ao Programa Desenvolve).

Nessa esteira, concluo que em respeito ao princípio constitucional da segurança jurídica que rege as decisões deste CONSEF, salvo seja regularmente aplicado a Cláusula Quinta do Parecer, onde consta a previsão de alteração ou cassação, a qualquer tempo, do Termo de Acordo - Atacadista celebrado entre o Autuado e o Estado da Bahia, deve ser respeitado o Parecer GECOT/DITRI nº 3513/2013 que concedeu o benefício para redução da base de cálculo do ICMS, nos termos do Decreto nº. 7.799/00.

Assim, voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Com base nos termos do art.169, I, “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537, com efeitos a partir de 20/12/11, a 3ª JF recorreu de ofício da presente Decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal deste CONSEF.

VOTO

Visa o presente Auto de Infração a cobrança de suposto ICMS recolhido a menos no valor de R\$1.505.074,35, acrescido da multa de 60%, em razão de utilização indevida do benefício fiscal da redução da base de cálculo.

Aponta a infração que o autuado utilizou indevidamente o benefício da redução da base de cálculo prevista no art. 3º, II do Decreto nº 7799/00, posto que, por ser beneficiário do Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia - Desenvolve, necessitaria da chancela do Conselho Deliberativo do Programa, para fazer jus a um segundo benefício fiscal, conforme prescrito no art. 10 da Lei nº 7980/2001. O período da ocorrência se deu nos meses de abril de 2013 a fevereiro e maio a dezembro de 2014. (Infração 03.02.06).

Em sede de defesa, a empresa autuada suscitou nulidade do Auto de Infração, visto que o autuante não teria apontado na legislação a norma infringida, deixando em aberto qual seria o inciso dos artigos indicados, citando de forma genérica a expressão “a depender da hipótese” na própria descrição da infração que entendeu ter sido cometida.

Ora, incontestemente que tal situação enseja a aplicação do art. 18, IV do RPAF, uma vez que restou comprovada a insegurança na determinação da infração supostamente infringida. Todavia, como

bem suscitado pelo julgador de piso, o art. 155 deste mesmo Regulamento prevê a superação da nulidade em sendo a Decisão benéfica para o contribuinte.

De início, antecipo que nenhum reparo merece a Decisão de piso, vez que, conforme restou demonstrado nos autos, o Contribuinte agiu em total conformidade com o disposto pela Fiscalização Baiana, baseando sua conduta em Parecer realizado junto à GECOT/DITRI, estando toda sua ação vinculada e corroborada por opinativo emitido pelo próprio Estado, por meio de órgão competente para tais determinações.

A celeuma em relação a este processo se dá pelo fato de a empresa recorrente, que é beneficiária do Programa DESENVOLVE, também gozar de um segundo benefício fiscal, previsto no Decreto nº 7799/00, deferido mediante Termo de Acordo.

O fiscal autuante defende o posicionamento de que, em sendo a empresa autuada já beneficiária do DESENVOLVE, somente o Conselho Deliberativo poderia cancelar a concessão de um segundo benefício fiscal, conforme prescrito no art. 10 da Lei nº 7980/2001.

Imperioso destacar que não há utilização de dois benefícios numa mesma operação. O benefício do DESENVOLVE é aplicado nos produtos produzidos pela empresa autuada no Estado (atividade industrial), ao passo que o benefício de redução da base de cálculo estipulado no Decreto nº 7799/00 diz respeito às mercadorias recebidas em transferência (atividade de distribuidor).

Conforme registrado pelo julgador de piso, o Parecer, em síntese, registra que: *a proposta de operacionalização da segregação dos produtos, por meio de um sistema baseado em controle por lotes, de forma que cada pallet de produto terá uma identificação (etiqueta) com a indicação numérica de que o produto foi produzido no local ou transferido. A identificação permitirá que o sistema indique automaticamente qual a posição de cada produto e sua origem. Notamos, por outro lado, que a proposta apresentada pela requerente para identificar o seu estoque por meio de etiquetas, para fins de segregar os produtos aqui fabricados das mercadorias recebidas em transferência, se coaduna com a orientação contida na mencionada norma, nada impedindo, portanto, que os procedimentos sugeridos sejam objeto de regime especial.*

Deste modo, coaduno meu entendimento com o da Junta de Julgamento Fiscal pela IMPROCEDÊNCIA deste Auto de Infração, visto que não restou comprovado neste processo, que a empresa autuada tenha simultaneamente, aplicado a regra da redução de carga tributária (Decreto nº 7799/00), na comercialização de mercadorias de fabricação própria (sujeitas ao Programa DESENVOLVE).

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **269096.3002/16-8**, lavrado contra **KIMBERLY CLARK BRASIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PRODUTOS DE HIGIENE LTDA.**

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de setembro de 2017.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

LAÍS DE CARVALHO SILVA – RELATORA

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JUNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS