

PROCESSO - A. I. 269278.0009/13-5
RECORRENTE - KEP INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PLÁSTICOS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0063-02/14
ORIGEM - INFAZ VITÓRIA DA CONQUISTA
PUBLICAÇÃO - INTERNET 08/08/2018

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0156-11/17

EMENTA: ICMS. BENEFÍCIOS FISCAIS. DESENVOLVE. UTILIZAÇÃO INCORRETA DO BENEFÍCIO. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. Restou configurada a ocorrência do recolhimento de ICMS a menos, em virtude da inclusão indevida no cálculo das parcelas sujeitas à dilação de prazo, de operações não contempladas no benefício, ocorridas por razões distintas das previstas no projeto incentivado. Falta de atendimento de requisito regulamentar para fruição do benefício. Modificado o lançamento, conforme entendimento do ilustre procurador, no sentido de aplicar o dispositivo legal previsto no art. 100, I do CTN. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Vencido o voto da relatora. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte, com base no art. 169, I, “b”, do RPAF/BA, contra a decisão da 2ª JJF que julgou Procedente o Auto de Infração, lavrado em 29/11/13, exigindo recolhimento a menos do ICMS, no valor de R\$2.081.802,84, acrescido de multa de 60%, em razão de erro na determinação do valor da parcela sujeita a dilação de prazo prevista pelo Programa DESENVOLVE (2010 e 2011), tendo o contribuinte utilizado o benefício fiscal em desacordo com a Resolução 27/2006 relativamente ao estabelecimento nela credenciado, pois foi habilitada à concessão apenas o estabelecimento matriz da empresa, conforme caput do art. 1º, agravado ainda do fato deste ato concessivo se referir apenas à produção de tubo PVC, levando, no limite máximo de interpretação admitido pela legislação tributária, a estender a inteligência da concessão a conexões e acessório relativos aos produtos industrializados.

Foi ressaltado que a planilha de “Cálculo Desenvolve” foi elaborada na forma prevista na Instrução Normativa nº 27/09 e no que tange às exclusões do benefício estas se referem apenas às transferências de crédito da filial para a matriz, os créditos dos produtos adquiridos para comercialização e sua antecipação parcial. Quanto aos débitos, foram excluídos da base de cálculo do benefício aqueles referentes ao diferencial de alíquota, os produtos não industrializados pela empresa e o valor agregado na industrialização de forros e perfis no estabelecimento filial, conforme “Planilha de Cálculo do Valor Agregado”. Consta, ainda, que, neste cálculo, em função da omissão de remessas de insumo da matriz para a industrialização na filial no ano de 2011, utilizou-se o valor médio praticado no ano de 2010.

Na Decisão proferida (fls. 321/327), inicialmente foi apreciado que o Auto de Infração preenche todas as formalidades legais previstas, não ensejando em qualquer violação ao devido processo legal e a ampla defesa e que à arguição de nulidade do lançamento trata-se de razões de mérito.

Foi afastado o pedido de declaração de inconstitucionalidade da multa aplicada, dado que o art. 167, I, do RPAF/BA prevê falta de competência deste Conselho de Fazenda para tal apreciação.

No mérito foi apreciado que:

Compulsando os elementos constantes do processo, verifico constar às fls. 44 e 45 a Resolução 27/2006 que

habilita o autuado aos benefícios do Desenvolve, de cuja análise, verifica-se que a citada resolução, em seu art. 1º, resolve: “Considerar habilitado aos benefícios do Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – DESENVOLVE, o projeto da KEP INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PLÁSTICOS LTDA., CNPJ nº 02.723.988/0001-42, instalada no município de Vitória da Conquista – neste Estado, para produzir tubos de PVC, sendo-lhe concedido os seguintes benefícios:”

I – diferimento do lançamento e do pagamento do ICMS, nas seguintes hipóteses:

- a) 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 sua desincorporação e*
- b) nas aquisições internas de resina de PVC e dióxido de titânio, de estabelecimentos onde sejam exercidas as atividades enquadradas na CNAE-Fiscal sob os códigos nºs 2431-7/00 e 2419-8/00, nos termos do item 4, alínea a, inciso XI e item 10, inciso XII do art. 2º do Decreto nº 6.734/97 e alterações, para o momento em que ocorrer a saída dos produtos resultantes da sua industrialização.*

II – 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 previsto no projeto incentivado, conforme estabelecido na Classe I, da Tabela I, anexa ao Regulamento do DESENVOLVE.

De início, há de se ressaltar que, nos termos previstos no art. 179 do CTN, a isenção, quando não concedida em caráter geral, é efetivada, em cada caso, por despacho da autoridade administrativa, em requerimento com o qual o interessado faça prova do preenchimento das condições e do cumprimento dos requisitos previstos em lei ou contrato para sua concessão.

Já o art. 111 do próprio CTN, determina que se interpreta literalmente a legislação tributária que disponha sobre: I - suspensão ou exclusão do crédito tributário; II - outorga de isenção; III – dispensa do cumprimento de obrigações tributárias acessórias.

Assim, à semelhança do que trata tais dispositivos em relação ao instituto da isenção, os benefícios fiscais concedidos a cada contribuinte integrante do programa DESENVOLVE são concedidos condicionalmente sob Resolução individual do órgão administrador do programa.

Por sua vez, o art. 38 da Lei nº 7.014/96, estabelece que, quando o reconhecimento do benefício do imposto depender de condição, não sendo esta satisfeita, o imposto será considerado devido no momento em que ocorreu a operação ou prestação.

Portanto, o benefício fiscal do Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – DESENVOLVE é concedido em caráter individual e sob determinadas condições estipuladas pelo CD DESENVOLVE, consignadas na Resolução, as quais o agente público, através do controle administrativo, aprecia o cumprimento dos requisitos básicos estipulados para fruição do benefício fiscal, cujo benefício concedido é utilizado como meio de se conseguir determinado objetivo socialmente desejado e constitucionalmente protegido, com vistas a proporcionar o desenvolvimento econômico e o bem estar social.

No caso em tela, a dilação de prazo de 72 (setenta e dois) meses para pagamento do saldo devedor do ICMS, previsto no inciso II do art. 1º da Resolução nº 27/2006, é relativa às operações próprias do estabelecimento KEP INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PLÁSTICOS LTDA., CNPJ nº 02.723.988/0001-42, instalada no município de Vitória da Conquista, para produzir tubos de PVC, gerado em razão dos investimentos previsto no projeto incentivado, conforme estabelecido na Classe I, da Tabela I, anexa ao Regulamento do DESENVOLVE. Em consequência, não poderia abarcar as operações de quaisquer produtos industrializados no estabelecimento filial, sob CNPJ 02.723.988/0002-23, inclusive de forros e perfis, conforme o caso em lide.

O artigo 22 do Decreto nº 8.205/2002, que regulamenta o Programa de Incentivo DESENVOLVE, dispõe que: “No caso de remessa interna e interestadual para industrialização, os incentivos previstos neste Decreto somente incidirão sobre a parcela produzida no estabelecimento beneficiário, salvo situações excepcionais por deliberação do Conselho”.

Sendo assim, os documentos constantes às fls. 307 a 310 dos autos, data venia, não destituem ou modificam as disposições contidas na Resolução do Conselho Deliberativo nº 27/2006.

Por fim, uma vez não contestados os números apurados e verificada a impertinência das razões de defesa, restou comprovada a acusação fiscal de recolhimento a menos do ICMS, visto que, como aduziu o autuante, o crédito exigido não é proveniente só da industrialização fora do estabelecimento, mas de outros aspectos relatados na acusação fiscal, os quais não foram contestados.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

No Recurso Voluntário interposto (fls. 338/350), o recorrente comenta a autuação, defesa, informação fiscal, fundamentação do voto cuja Decisão alega não deve prosperar pelos motivos

que passou a expor, tendo inicialmente dado conhecimento dos seguintes fatos que antecederam a lavratura do Auto de Infração:

- a) Habilitou-se ao Programa *Bahiaplast*, com prazo de benefício fiscal 7 (sete) anos;
- b) Migrou para o Programa DESENVOLVE em 28/04/06, conforme Res. 27/2006, com prazo de benefício doze anos, tendo precedido de alteração contratual em 06/04/06, alterando o seu objeto social para fazer constar a fabricação e comercialização de laminados planos e tubulares de plásticos e artefatos de plásticos em geral (CNAE 22.21800) e para ampliar a estrutura física da empresa, passou a utilizar um galpão próximo onde funcionava uma unidade de produção com CNPJ 02.723.988/0002-23 e IE 69.000.486-NO;
- c) Informou a Secretaria de Indústria e Comércio e Mineração/BA (SICIM) que formalizou no Programa *Desenvolve* a referida unidade, salientando que a unidade era “(...) *exclusivamente fabril sendo toda sua produção comercializada pela matriz*” (documento anexo, protocolado em Julho/2009);
- d) Em 05/12/13, atendendo a sua solicitação, a SICIM, por meio do Conselho Deliberativo do Desenvolve (Of. Nº. 150/2013 – Desenvolve), informou que: “(...) *à luz da legislação pertinente, entendemos que a prática de produção no estabelecimento filial exclusivamente fabril, objeto de correspondência protocolada nesta Secretaria em julho de 2009, inscrita no CNPJ sob o nº 02.723.988/0002-23 e IE nº 069.000.486 NO está contemplada pelos incentivos concedidos à KEP INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PLÁSTICOS, CNPJ nº 02.723.988/0001-42 e IE nº 049.221.949 NO através da Resolução nº 27/2006, publicada no DOE de 28/04/2006*” (grifo nosso).

Ressalta que a SICIM entendeu que a filial da empresa sendo uma unidade exclusivamente fabril, está contemplada com os benefícios fiscais concedidos à matriz, fato que já era de conhecimento no momento que migrou do *Bahiaplast* para o *Desenvolve*, com a alteração contratual realizada em 6/04/06, a qual mencionava como objeto social a fabricação e comercialização de laminados planos e tubulares de plásticos e artefatos de plásticos em geral (CNAE 22.21800).

Argumenta que ao contrário do que afirmou o autuante, quando disse que a alteração contratual “(...) *não foi levada ao processo do benefício Desenvolve para produzir os efeitos pretendidos*” e que “(...) *o documento que a defesa considera hábil para a formalização de seu procedimento é um protocolo juntado à folha 309 que sequer foi incorporado ao processo Desenvolve da empresa e não se sujeito a qualquer análise por parte da SICIM, pois, afinal, se avaliado o pedido e considerado pelo Conselho este deveria ser parte da Resolução 27/2006 o qual não faz referência à produção realizada fora do estabelecimento*”, a SEFAZ foi cientificada quanto à alteração contratual, posteriormente foram efetivadas fiscalização sem qualquer lavratura de Auto de Infração.

Diz que embora o art. 111 do CTN imponha interpretação literal da legislação tributária, o benefício fiscal concedido pela Res. 27/06, ratificada pela SICIM por meio de ofício ora anexado, diz respeito às atividades da empresa realizadas tanto na matriz quanto na filial.

Contesta a afirmação do autuante de que “(...) *a posição adotada no ofício ultrapassa os limites da legislação pertinente sob diversos aspectos*”, restringindo que foi habilitada apenas a matriz para produzir tubos de PVC e não laminados na filial industrial, sem projeto para produção na filial de laminados, mas o fato é que a SEFAZ foi devidamente cientificada quanto à alteração contratual realizada, no que diz respeito à alteração do objeto social da empresa.

Rebate a fundamentação da Decisão de que nos termos do art. 111 e 179 do CTN, os *benefícios fiscais concedidos do programa DESENVOLVE são condicionados a Resolução em caráter individual, no caso a dilação de prazo para pagamento do saldo devedor do ICMS, previsto no inciso II do art. 1º da Resolução nº 27/2006, relativa às operações próprias do estabelecimento KEP INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PLÁSTICOS LTDA., CNPJ nº 02.723.988/0001-42, para produzir tubos de PVC e que não poderia abarcar as operações de quaisquer produtos industrializados no*

estabelecimento filial, sob CNPJ 02.723.988/0002-23, inclusive de forros e perfis, reafirmando que antes de ser inserida no Programa Desenvolve, já havia realizado alteração contratual, alterando o seu objeto social para fazer constar a fabricação e comercialização de laminados planos e tubulares de plásticos e artefatos de plásticos em geral (CNAE 22.21800), fato que foi informado a SICIM, a qual reconheceu o usufruto do benefício fiscal por meio do Of. Nº. 150/2013, atestando que a produção no estabelecimento filial (CNPJ sob o nº 02.723.988/0002-23 e IE nº 069.000.486 NO) estava contemplada pelos incentivos concedidos à matriz.

Destaca que a expansão do portfólio de produtos dentro do mesmo CNAE faz parte da política de expansão da empresa, sendo essencial para o sucesso do projeto em consonância com os objetivos do *Desenvolve*, para não estabelecer qualquer espécie de engessamento às empresas.

Ressalta que o procedimento adotado não causou qualquer tipo de prejuízo, visto que o crescimento da atividade gerou mais empregos, maior pagamento de tributos para os cofres públicos, foi fiscalizada pela Secretaria Executiva do Programa *Desenvolve*, em conjunto com a Secretaria da Fazenda, em relação ao cumprimento do projeto, além de alvo de várias fiscalizações rotineiras da SEFAZ/Bahia, sem identificar qualquer irregularidade no que diz respeito à inclusão da filial no Programa *Desenvolve*.

Entende que é equivocada a autuação, não razoável a aplicação das penalidades por recolhimento a menor de ICMS, restringindo o benefício concedido ao estabelecimento matriz, visto que a própria SICIM reconhece que a produção no estabelecimento filial está contemplada pelos incentivos concedidos à KEP INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PLÁSTICOS, cujo objeto social foi alterado para constar a fabricação e comercialização de laminados planos e tubulares de plásticos e artefatos de plásticos em geral (CNAE 22.21800).

No que se refere à multa e demais encargos, ressalta que atinge valor de R\$1.249.081,59, demonstrando ser abusiva e ilegal, por entender que os fatos que não guardam relação com a infração a legislação tributária aplicável e não existir a obrigação tributária correspondente que não configure infração, indo de encontro aos limites impostos pelo princípio da proporcionalidade, subvertendo o arcabouço principiológico constante do texto constitucional, que oferta parâmetros imodificáveis ao poder de tributar. Ressalta que a autuação e indevida aplicação da multa colidem inteiramente com diretriz adotada pelo STF, que afronta ao princípio da não-confiscabilidade.

Requer que seja conhecido e dado provimento ao presente Recurso Voluntário, para fins de anulação do lançamento do tributo ICMS e da multa, declarando a inexistência de infrações por parte da empresa/RECORRENTE.

A PGE/PROFIS no novo Parecer às fls. 363/364, inicialmente comenta a infração, julgamento da primeira instância e ressalta que no presente recurso o autuado alega que mediante alteração do seu contrato social, em momento precedente de sua inserção no DESENVOLVE, passou a fabricar e comercializar laminados planos e tubulares de plásticos e artefatos de plástico em geral, que deveriam ser considerados como integrantes do citado Programa, tese que discorda, mas que deve ser apreciado quando da emissão de parecer conclusivo.

Observa que outro ponto levantado foi que o estabelecimento fabril da filial foi incluído na Res. 27/06, consoante documentos de fl. 309/310 e 355/356, mediante resposta em ofício do Conselho Deliberativo do Programa Desenvolve afirmando que o estabelecimento filial é contemplado com os incentivos concedidos pela Res. 27/06 (fl. 54).

Conclui que, em busca da verdade material, sugere que a Câmara Julgadora do CONSEF converta o processo em diligência ao Conselho Deliberativo do Desenvolve, objetivando confirmar se houve legalmente a inclusão da filial fabril inscrita no CNPJ 02.723.988/0002-23 na Res. 27/06. Em seguida que seja concedido vistas aos interessados para emissão de parecer conclusivo.

Esta 1ª CJF converteu o processo em diligência (fls. 367/368) contextualizando que o

estabelecimento autuado (CNPJ 02.723.988/0001-42) foi habilitado pela Res. 27/06 (fl. 106) para produzir *tubos de PVC* e que na apuração do ICMS incentivado dos exercícios de 2010/2011 incluiu as operações de comercialização de *forros e perfis* produzidos pela filial (CNPJ 02.723.988/0002-23).

E que tendo a fiscalização exigido o ICMS em 29/11/13, ICMS relativo às operações de comercialização (forros e perfis), solicitou a Secretaria do Conselho do Desenvolve em 05/12/13 (fl. 310) comunicou à Secretaria de Indústria e Comércio e Mineração do Estado da Bahia (SICIM) que *“vem formalizar no mesmo programa uma unidade exclusivamente fabril que funciona vizinha a matriz...”* e a SICIM informou por meio do ofício 150/2013 que *“... a prática de produção no estabelecimento filial exclusivamente fabril, objeto de correspondência ... está contemplada pelos incentivos concedidos à KEP.*

Por fim questionou que: se não foi apresentado qualquer Resolução que tenha concedido benefício fiscal do DESENVOLVE para o estabelecimento filial, que o CD Desenvolve confirme se o *“benefício fiscal para os produtos fabricados pelo estabelecimento filial e comercializados pelo estabelecimento matriz... usufruem do mesmo benefício fiscal concedido ao estabelecimento matriz”* da mesma forma que o concedido ao estabelecimento filial (Res. 27/06).

No Parecer ASTEC nº 0111/2016 (fl.370/371) foi informado que tendo requisitado pessoalmente ao Coordenador do DESENVOLVE (Sr. Cristiano Parreiras Horta Penido) confirmação se os *produtos fabricados pelo estabelecimento filial e comercializados pelo estabelecimento matriz usufruem do mesmo benefício fiscal concedido ao estabelecimento matriz*, foi informado por email (fl.372) que *“Informo que não há resolução do Conselho Deliberativo do Desenvolve em favor da KEP INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PLÁSTICOS LTDA, CNPJ nº 02.723.988/0002-23 (filial)”*.

Cientificado do Parecer ASTEC o recorrente manifestou-se (fls. 379 a 392) inicialmente transcreveu o parecer, fez um resumo da infração, impugnação, informação fiscal, solicitação de audiência a SICIM que resultou no ofício expedido pelo CD DESENVOLVE confirmando que a produção do estabelecimento filial estava contemplada com os benefícios fiscais concedidos na Res. 27/2006.

Em seguida comenta o posicionamento do autuante afirmando que devida ser aplicado à interpretação literal (art. 111 do CTN) e que tendo sido concedido benefício fiscal apenas para o estabelecimento matriz para produzir PVC, não pode ser estendido ao estabelecimento filial.

Comenta a fundamentação contida no Acórdão proferido pela 2ª JF pela Procedência da autuação, o parecer da ASTEC que entende não deva prosperar tendo em vista que:

- 1) Foi habilitada pelo Bahiaplast; alterou o objeto social para a *“fabricação e comercialização de laminados planos e tubulares de plásticos e artefatos de plásticos; migrou para o Programa Desenvolve; ampliou a produção utilizando um galpão próximo a empresa onde funcionava o estabelecimento filial (fabril);*
- 2) Informou ao CD Desenvolve em julho/2009 que os produtos fabricados pelo estabelecimento filial eram comercializados pelo estabelecimento matriz;
- 3) Em 05/12/2013 por meio do ofício 150/13 o CD Desenvolve comunicou que a prática de produção no estabelecimento filial estava contemplada pelos incentivos fiscais da matriz.
- 4) Registra que desde o mês de abril de 2006 já tinha comunicado que o objeto social passava a ser a fabricação e comercialização de laminados planos e tubulares de plásticos e artefatos de plásticos, o que foi cancelado pela SICIM quando afirmou que os produtos fabricados no seu estabelecimento filial estava contemplado com os incentivos fiscais
- 5) Quanto ao parecer Astec, questiona o fundamento jurídico sobre a produção da sua filial e contemplação dos benefícios fiscais concedidos ao estabelecimento matriz. Também, qual a autoridade que determina se a empresa está ou não inserida no benefício fiscal, visto que em 05/12/13 foi confirmado e agora negado pelo mesmo órgão (SICIM).

Discorre sobre o Decreto 8.205/02, resolução de concessão do benefício fiscal, extensão ao estabelecimento filial, mudança de objeto social, equívoco da fiscalização ao desenquadrar o benefício fiscal às mercadorias produzidas pelo estabelecimento filial, concluindo que não houve descumprimento de qualquer obrigação tributária.

Ressalta que a multa aplicada ultrapassa valor de um milhão de Reais, o que a caracteriza como abusiva e ilegal, sem ter havido descumprimento da legislação tributária, além de contrariar a jurisprudência de que possui natureza confiscatória.

Por fim, requer provimento do Recurso Voluntário.

Cientificado do parecer ASTEC, o autuante afirmou que além da falta de compatibilidade das atividades industriais incentivadas que se restringe a tubos de PVC, repetidas vezes esclareceu que na transição do BAHIAPLAST para o Desenvolve o objeto da empresa era a produção de tubos e conexões de PVC e a mudança de projeto requer novo processo de aprovação.

E que na situação presente, à época da transição do Bahiaplast para o Desenvolve houve alteração do contrato social da empresa que modificou o seu objeto, acrescentando laminados e forros, sem ter sido contemplado na Res. 27/06, que é o instrumento legal.

Conclui que em se tratando de benefício fiscal, a legislação deve ser interpretada literalmente, conforme disposto no art. 111 do CTN. Reitera os argumentos já apresentados.

Na pauta de julgamento do dia 30/03/17 o processo foi retirado de pauta e encaminhado a Secretaria Executiva do Programa DESENVOLVE, solicitando informação quanto ao pedido de deferimento acerca da extensão do benefício fiscal ao estabelecimento filial.

No ofício 021/2017 (fl. 415) o Secretário Executivo comunicou ao presidente do CONSEF que na 66ª reunião do CD DESENVOLVE, foi indeferido o mencionado pedido, conforme Resolução 159/2014, fazendo se acompanhar do Relatório do Conselheiro Manoel Vitório da Silva Filho (fls. 416/417) no qual exarou parecer pelo indeferimento do pedido de extensão do benefício fiscal concedido ao estabelecimento matriz ao estabelecimento filial.

Juntou cópia da Res. 159/2014 do CD DESENVOLVE de 16/12/14 na qual foi indeferido o pedido formulado pelo estabelecimento autuado, nos termos do parecer do Cons. Relator.

Em sessão de julgamento realizada em 28 de setembro de 2017, esta 1ª CJF diante dos fatos expostos, converteu o feito em diligência à PGE/PROFIS para que esta emitisse Parecer Jurídico sobre a eficácia jurídica dos dois atos administrativos relativos à extensão da concessão dos benefícios fiscais ao estabelecimento filial que foram concedidos ao estabelecimento matriz pela Resolução 27/2006.

Em Parecer da lavra do i. Procurador Dr. José Augusto Martins Júnior, o mesmo se debruçou sobre a matéria da competência estabelecida pela Lei nº 7980/2001 e seu consectário normativo, o Decreto nº 8205/02 para o Conselho Deliberativo do DESENVOLVE.

Afirma que da leitura dos textos, revela-se que o Conselho Deliberativo do Desenvolve é o órgão competente, definido pelo legislador, para deferimento de habilitação de empresas proponentes no benefício do Desenvolve, restando definido tratar-se dum órgão deliberativo “colegiado”.

Assim, a condição de efetividade das duas decisões demanda a deliberação de todos os seus componentes. É uma manifestação de vontade do Estado que decorre da conclusão de várias pessoas.

Deste modo, no entendimento da douta procuradoria, a manifestação manejada por intermédio do ofício da Secretaria de Indústria, Comércio e Mineração da lavra exclusiva do Presidente do Conselho Deliberativo do Desenvolve falece de eficácia legal, porquanto não amparado pelas normas estruturais de competência fixadas no ordenamento jurídico Estadual, que estabelece a colegialidade como vetor das deliberações do órgão.

Apresenta, via raciocínio inverso, como válida e eficaz a deliberação instrumentalizada pela

Resolução 159/2014 (fl. 419), oriunda da manifestação colegiada do Conselho Deliberativo do Desenvolve.

Aponta que para o ato administrativo seja válido se faz necessária a existência de um sujeito capaz que o realize, sendo necessário ainda que esse sujeito possua competência para praticar o ato, falecendo claramente ao Presidente do Conselho Deliberativo do Desenvolve competência para estender benefício expedido pelo órgão colegiado, fixado em estritos termos estabelecidos no ato normativo autorizativo.

Quanto aos atos administrativos “inválidos”, seus efeitos e sua possibilidade de convalidação, informa que, com suporte no princípio da autotutela dos interesses do Estado, caso reconheça que praticou ato contrário ao direito vigente, cumpre-lhe anulá-lo, restabelecendo a legalidade administrativa. Cita as Súmulas do STF 346 e 473.

Todavia, frisa que não se está falando neste momento de convalidação ou não de ato administrativo inválido, mas sim do seu reflexo na esfera do Direito Tributário, especificamente no que se refere a aplicação de reprimendas em cotejo com o princípio da boa-fé administrativa.

Por tais razões, entende o ilustre procurador ser perfeitamente viável no julgamento administrativo a ser realizado na 2ª Instância do CONSEF, a discussão da aplicabilidade do art. 100, I do CTN, sob a perspectiva da excludente supralegal de culpabilidade da “inexigibilidade de conduta diversa”, na esteira do julgamento do Auto de Infração nº 2069730010 14-5.

Em Despacho, a Procuradora Assistente Dra. Paula Gonçalves Morris Matos acompanhou o pronunciamento do então procurador, por seus próprios fundamentos, o qual também foi acolhido pelo Procurador Chefe da PROFIS Dr. Nilton Almeida Filho.

VOTO VENCIDO

O Auto de Infração acusa recolhimento a menos do ICMS em decorrência de erro na determinação do valor da parcela sujeita a dilação de prazo pelo Programa DESENVOLVE.

A questão central é que o estabelecimento autuado comercializou produtos fabricados pelo estabelecimento filial CNPJ 02.723.988/0002-23 (*filial*) e a fiscalização entendeu que tais produtos não estão contemplados com o benefício fiscal Desenvolve que foi concedido ao estabelecimento matriz (autuado) de acordo com a Res. 27/06 que lhe concedeu tal benefício fiscal.

A Res. 27/2006 de 19/04/06 (fls. 44 e 45) habilitou o estabelecimento autuado aos benefícios fiscais do Desenvolve, *para produzir tubos de PVC*, inclusive com diferimento nas aquisições internas de resina de PVC e dióxido de titânio, concedendo prazo de 72 meses para pagamento do saldo devedor do ICMS relativo às operações próprias, gerado em razão dos investimentos previstos no projeto incentivado;

O sujeito passivo afirma que alterou o objeto social para a “*fabricação e comercialização de laminados planos e tubulares de plásticos e artefatos de plásticos*”, cuja produção passou a ser feita em parte por estabelecimento filial, o que foi informado ao CD Desenvolve em julho/2009, tendo aquele CD em ofício nº 150 de 05/12/2013 comunicado que a produção do estabelecimento filial estava contemplada pelos incentivos fiscais da matriz.

Tomando por base a alteração do seu objeto contratual, o recorrente incluiu no texto da consulta conexões e perfis de PVC, como se estes itens constassem na Resolução 27/06.

Em 05 de dezembro de 2013, em resposta, o Presidente do órgão, informou que: *à luz da legislação pertinente, o estabelecimento filial exclusivamente fabril, estaria contemplado pelos incentivos concedidos à KEPINDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PLÁSTICOS, através da Resolução 27/2006, publicada no DOE de 28/04/2006.*

Percebe-se claramente um equívoco no procedimento adotado, uma vez que a concessão de tal benefício está atrelada a uma decisão colegiada por parte do Conselho Deliberativo, não sendo competente para tal o Presidente do Conselho. Conforme observado pelo Procurador da

PGE/PROFIS em seu Parecer:

“... a manifestação manejada por intermédio do ofício da Secretaria de Indústria, Comércio e Mineração da lavra exclusiva do Presidente do Conselho Deliberativo do Desenvolve falece de eficácia legal, porquanto não amparado pelas normas estruturais de competência fixadas no ordenamento jurídico Estadual, que estabelece a colegialidade como vetor das deliberações do órgão.”.

Outro equívoco ocorrido diz respeito ao próprio objeto da Resolução por parte do contribuinte.

Sabe-se que o benefício fiscal do DESENVOLVE é concedido por meio de Resolução expedida para cada projeto (novo, ampliação, modernização), na qual são definidas as qualificações do contribuinte, do projeto e dos benefícios atribuídos. Portanto, na situação presente, a Resolução 27/06, contempla benefício fiscal ao estabelecimento autuado e para produção de *tubos de PVC*, tendo o estabelecimento autuado alterado o seu objeto social, caberia a ele requerer a concessão de benefício fiscal para os produtos que passou a produzir e não eram contemplados na Resolução que lhe concedeu os benefícios fiscais do Desenvolve, o que poderia ser concedido por edição de nova Resolução.

O que se percebe na lide em apreço é uma sucessão de equívocos, tanto por parte do contribuinte quanto por parte do órgão público que, ao conceder a extensão do benefício, de forma errônea através de seu agente, induziu o contribuinte a agir em conformidade com aquilo que lhe foi permitido pelo próprio presidente do Conselho Deliberativo, em que pese este não tivesse competência para tal, conforme já explicitado acima.

Em atendimento a diligência determinada por esta 1ª CJF (fl. 367/368), conforme ofício juntado no sentido de que o CD Desenvolve confirmasse se os produtos fabricados pelo estabelecimento filial e comercializado pela matriz, usufruíam do benefício fiscal concedido a matriz, a partir da *“data da publicação da Resolução 27/06 em 28/04/06, ou a partir da emissão do ofício em 05/12/13”*, no documento de fl. 372 (e-mail), foi informado que não há resolução do CD Desenvolve em favor do estabelecimento filial.

A Resolução 159/2014 do CD DESENVOLVE de 16/12/14 (fl. 418) devidamente assinada pelo presidente daquele Conselho, o Sr. James Silva Santos Correia e publicada no Diário Oficial de 23/12/2014, tomando como base o parecer do Relator do processo 139.102/2014-0, que solicitou extensão retroativa dos benefícios fiscais do Programa DESENVOLVE para a sua filial, indicou no seu *“art. 1º - Indeferir, nos termos do parecer do Conselheiro Relator, o pedido formulado pela KEP INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PLÁSTICOS LTDA, CNPJ nº 02.723.988/0001-42 e IE nº 049.949NO”*.

Tal determinação só veio em 2014, tratando-se o Auto de Infração de período pretérito, referente a operações de 2010/2011 e 2012, momento em que a empresa ainda aguardava um posicionamento por parte do Conselho Deliberativo, que, quando veio, confirmou a extensão de tratamento da matriz à filial, porém, de maneira errada.

Por uma questão de respeito à própria segurança jurídica, bem como ao Princípio da não surpresa e da inexigibilidade de conduta diversa por parte do contribuinte, entendo que os atos praticados no período autuado encontram-se convalidados, uma vez que o recorrente não deu causa para o erro procedimental aqui presenciado.

Da leitura do próprio parecer da procuradoria extrai-se tal entendimento, uma vez que o i. Procurador se manifesta pela viabilidade *no julgamento administrativo a ser realizado na 2ª instância do CONSEF, a discussão da aplicabilidade do art. 100, I do CTN, sob a perspectiva da excludente supralegal de culpabilidade da “inexigibilidade de conduta diversa”*, na esteira do *julgamento do Auto de Infração nº 2069730010 14-5*.

Assim, resta patente no presente processo que o contribuinte provocou o Conselho Deliberativo em 2009, tendo esperado por 04 anos (!) uma resposta, ineficaz pela procedimentalidade adotada pelo agente público. Assim, não deve o contribuinte sofrer as penalidades de uma autuação a qual não deu causa. O princípio da proteção da confiança deve ser aplicado, uma vez que o contribuinte agiu em conformidade com a determinação apresentada no Ofício 150/2013.

Deste modo, e por tudo quanto exposto, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário, entendendo pela IMPROCEDÊNCIA da autuação.

VOTO VENCEDOR

Embora concorde sob muitos aspectos com o voto prolatado pela eminente Conselheira Relatora, divirjo contudo, quanto ao Provimento do Recurso Voluntário, pelas seguintes razões de direito.

Pelo exposto no Relatório, fica evidenciado que houve uma série de erros praticados pela administração pública, seja pelo ato nulo praticado por agente público incompetente, que induziu o Recorrente a agir pensando estar acobertado pelo supracitado ato administrativo, seja pela lamentável demora do Conselho Deliberativo em responder ao contribuinte.

Contudo, o erro da administração pública não pode jamais em resultar na dispensa de tributo. Isto porque, o Direito Tributário é regido pelo princípio da tipicidade fechada e não há previsão legal para dispensa do tributo em caso de erro da administração.

São inúmeros os casos, em que órgãos consultivos da fiscalização, seja municipal, seja estadual, seja federal, emitem pareceres opinativos sobre a conduta do contribuinte diante de certas situações embaraçosas, e que após a lavratura do Auto de Infração, os contribuintes defendem-se que agiram respaldados por orientação do próprio Fisco.

Neste caso, havendo inequívoca boa fé, é dispensada a multa, já que esta tem efeito sancionatório com sentido punitivo pela violação da lei tributária. Ficando evidenciada inequívoca boa fé do contribuinte em prática que levou ao não pagamento do tributo, é possível a dispensa da multa, mas não do imposto, já que este é indisponível, só podendo ser dispensado mediante lei.

Pelo exposto, acompanho o entendimento do ilustre procurador, que opinou no sentido de aplicar o dispositivo legal previsto no art. 100, I do CTN, que admite a exclusão de culpabilidade por “inexigibilidade de conduta diversa” visto em sua prática, estar presente o princípio da boa fé, ao não recolher o imposto por entender estar sob cobertura legal para tal.

Face ao exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, mantendo o lançamento do tributo, porém dispensa a multa incidente.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria, com voto de qualidade do presidente, **PROVER PARCIALMENTE** do Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 269278.0009/13-5, lavrado contra **KEP INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PLÁSTICOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$2.081.802,84**, sem incidência da multa de 60%, conforme o art. 100, I, do CTN, e dos acréscimos legais.

VOTO VENCEDOR - Conselheiros: Ildemar José Landin, Marcelo Mattedi e Silva e Rubens Bezerra Soares.

VOTO VENCIDO – Conselheiros(as): Laís de Carvalho Silva, Elde Oliveira Santos e José Rosivaldo Evangelista Rios.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de junho de 2018.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

LAÍS DE CARVALHO SILVA – RELATORA/VOTO VENCIDO

ILDEMAR JOSÉ LANDIN - VOTO VENCEDOR

ALINE SOLANO SOUZA CASALI BAHIA - REPR. DA PGE/PROFIS