

PROCESSO - A. I. Nº 269278.0011/13-0
RECORRENTE - KEP INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PLÁSTICOS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0082-01/14
ORIGEM - INFRAZ VITÓRIA DA CONQUISTA
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 13/08/2018

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0196-12/18

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS (ENERGIA ELÉTRICA). DOCUMENTO FISCAL COM DESTINATÁRIO DIVERSO. O autuado registrou em sua escrita os créditos originados do consumo de energia elétrica com documento fiscal constando como destinatário outro estabelecimento, situação em que há vedação expressa na sua utilização, conforme Art. 97, V, RICMS/BA. Infração caracterizada. Rejeitados os pedidos de nulidades. Modificada a Decisão recorrida para exclusão da multa e acréscimos da Infração 1, conforme o art. 100, da Lei nº 5.172/66 do CTN. Recurso **PARCIALMENTE PROVÍDO.** Vencido o voto do relator. Decisão por maioria.

RELATÓRIO:

Trata-se de Recurso Voluntário interposto em face da decisão primária que julgou Procedente o Auto de Infração, para exigir da Recorrente imposto no valor de R\$139.333,60, acrescido da multa de 60%, além dos acréscimos legais.

O Auto lavrado em 20/12/2013 decorre de três infrações, das quais, apenas a infração 1 é motivadora do Recurso Voluntário, como segue:

Infração 1 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias destinadas a contribuinte diverso do indicado nos documentos fiscais. Consta que tais créditos derivam da energia elétrica utilizada em outro estabelecimento da mesma empresa. Valor R\$124.810,49. Multa de 60%;

Da análise dos elementos trazidos aos autos, a 1ª JJF decidiu, por unanimidade de votos, que é Procedente o Auto de Infração, conforme transcrição do voto condutor, *in verbis*:

VOTO

Constituído crédito tributário, através do presente lançamento de ofício, para exigir ICMS no valor de R\$139.333,60, em face às 03 infrações descritas e relatadas na inicial dos autos, sendo que apenas o item 01 será objeto da apreciação a seguir, uma vez que a infração 02 (R\$6.552,49) e a infração 03 (R\$7.970,62) não foram impugnadas pelo sujeito passivo, estando, pois, fora da lide.

A infração 01, portanto, trata da utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias destinadas a contribuinte diverso do indicado nos documentos fiscais. Esclarece o Auditor Fiscal no corpo do próprio Auto de Infração que os créditos derivam da energia elétrica utilizada em outro estabelecimento da mesma empresa. Exigência no valor de R\$124.810,49.

(...)

No mérito, compulsando os elementos constantes do processo, verifico que a demanda tributária tangencia a habilitação aos benefícios do Programa DESENVOLVE para o contribuinte autuado KEP INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PLÁSTICOS LTDA., CNPJ nº 02.723.988/0001-42, instalado no município de Vitória da Conquista – neste Estado, mediante a Resolução 27/2006.

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.

Ocorre que, no presente processo administrativo fiscal – PAF, a acusação central é que o contribuinte beneficiado utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias destinadas a contribuinte diverso do indicado no documento fiscal.

O sujeito passivo admite que o crédito fiscal de energia elétrica foi utilizado em estabelecimento diverso da mesma empresa, mas contesta a acusação por não lhe parecer razoável a exigência, arguindo que a Secretaria da Indústria, Comércio e Mineração, por meio do Conselho Deliberativo do Desenvolve, garantiu que a prática de produção no estabelecimento filial, exclusivamente fabril, está contemplada pelos incentivos concedidos à KEP INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PLÁSTICOS. Confirma a utilização do crédito fiscal do ICMS das mercadorias destinadas ao estabelecimento filial, porque também essa unidade sempre gozou dos benefícios do Programa DESENVOLVE, concedido tanto à matriz quanto à filial. Conclui que a autuação importa total insegurança jurídica.

Constatou que o Auditor Fiscal elaborou demonstrativo de débito que sustenta a autuação e o acostou aos autos, fls. 23, relacionando os valores de créditos fiscais utilizados pelo autuado, considerados indevidos, mês a mês, nos exercícios de 2010 e 2011, extraídos dos documentos nota fiscal/fatura – conta de energia elétrica, em nome da filial da KEP INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PLÁSTICOS, cujas cópias foram também juntadas no PAF, fls. 32/85.

Nessa quadra, cabe ressaltar que, nos termos previstos no 97, V, RICMS/ 97, é vedada a utilização de créditos fiscais pelo contribuinte autuado, em tais circunstâncias, conforme abaixo transcreto:

Art. 97. É vedado ao contribuinte, ressalvadas as disposições expressas de manutenção de crédito, creditar-se do imposto relativo à aquisição ou à entrada, real ou simbólica, de mercadorias no estabelecimento, bem como aos serviços tomados

(...)

V - quando no documento fiscal constar como destinatário da mercadoria ou como tomador do serviço outro estabelecimento, ainda que pertencente ao mesmo titular;

Nesse sentido, incabível a alegação do autuado de insegurança jurídica diante dessa exigência tributária. O conteúdo normativo do princípio da segurança se projeta na matéria tributária e o conteúdo de certeza do direito diz respeito ao conhecimento do direito vigente e aplicável em cada caso, de modo que o contribuinte possa orientar suas condutas conforme os efeitos jurídicos estabelecidos, buscando determinado resultado ou evitando consequências indesejadas.

Independente das consequências na obtenção dos incentivos fiscais ou benefícios previstos no Programa DESENVOLVE, em especial, na Resolução 27/2006, não é legal a utilização de créditos fiscais destinados a outro estabelecimento, no argumento defensivo de que, sem espaço para ampliar a produção, passou a utilizar um galpão próximo, que funcionou como unidade fabril, ainda que o procedimento tenha sido informado à Secretaria de Indústria, Comércio e Mineração.

Sabe-se que os benefícios fiscais descritos na Resolução 27/2006 são concedidos de forma individualizada para o contribuinte autuado, não sendo razoável a introdução de créditos fiscais de um outro contribuinte, ainda que da mesma empresa. A interpretação literal, art. 111, CTN, nos remete à aplicação do método restrito de interpretação, que contrapõe à interpretação ampliativa, não podendo a incidência da lei “ir além” da hipótese expressa no texto. Vale dizer que a interpretação literal, homenageando, agora sim, a segurança jurídica, corrobora o postulado da legalidade tributária, no sentido lato.

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 Conselho Deliberativo do 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, contudo, independentemente das repercussões da conduta do contribuinte autuado, em relação ao Programa de Incentivo DESENVOLVE, constato que ao aproveitar em sua escrita fiscal os créditos de ICMS originados do consumo de energia elétrica das operações ocorridas no seu estabelecimento filial, com endereço no Distrito Industrial dos Imbores, em Vitória da Conquista, ainda que constantes nos documentos fiscais, o CNPJ 02.723.988/0001-42 da Matriz, incidiu o autuado no descumprimento da obrigação tributária narrada na inicial dos autos.

Por fim, uma vez não contestados os números apurados e verificada a impertinência das razões de defesa, restou comprovada a acusação fiscal de utilização indevida de crédito fiscal do ICMS, posto que o consumo da energia elétrica foi destinado a outro estabelecimento do mesmo titular, conforme os documentos fiscais acostados nos autos.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Devidamente intimada, a Autuada interpõe Recurso Voluntário, tempestivo, colacionadas às fls. 572 a 586.

Após transcrição da ementa e de trechos do voto da decisão recorrida, inicia seu arrazoado referindo-se a fatos anteriores à lavratura do Auto de Infração, para os quais reputa importância a relevância ao deslinde do feito.

Começa dizendo que foi habilitada no Programa BAHIAPLAST com prazo de benefício de sete anos. Após, em 28/04/2006, migrou para o DESENVOLVE, conforme Resolução 27/2006, com prazo de benefício de doze anos.

Afirma que antes de ingressar no Programa DESENVOLVE, procedeu a alteração do seu objeto social a empresa em 06/04/2006, que passou a ser de “*fabricação e comercialização de laminados planos e tubulares de plásticos e artefatos de plásticos em geral (CNAE 22.21800)*”.

Diz que com o objetivo de ampliar a sua estrutura física, “... *passou a utilizar um galpão nas proximidades da sede da empresa, no qual funcionava uma unidade de produção exclusivamente fabril, com CNPJ e Inscrição Estadual próprios (CNPJ 02.723.988/0002-23 e IE 69.000.486-NO)*”, fato que aduz ter informado à Secretaria de Indústria e Comércio e Mineração do Estado da Bahia que formalizou no Programa DESENVOLVE a referida unidade, tendo, na oportunidade, salientado que a unidade era exclusivamente fabril sendo toda sua produção comercializada pela matriz, ou seja, “... *na unidade fabril havia tão somente parte da fabricação de determinado produto, sendo que tal produto retornava para a matriz, a qual realizava a comercialização*”, fato e situação formalmente aceita pela Secretaria de Indústria e Comércio e Mineração do Estado da Bahia, conforme Of. nº 150/2013 - Desenvolve. Tudo a concluir que era de conhecimento desta Secretaria, antes mesmo de a Recorrente ser incluída no DESENVOLVE, que o seu objeto social havia sido modificado e que os produtos que fabrica são todos de plástico PVC e estão incluídos no CNAE 22.21800.

Aduzindo que havia sido fiscalizada anteriormente, sem que fosse lavrado Auto de Infração, o que remete à adimplência das suas obrigações tributárias, lembra que gozava dos benefícios do DESENVOLVE, e que tal benefício alcança seu estabelecimento Matriz e Filial, também repisando que a SEFAZ foi devidamente científica de todos os fatos, sobretudo da alteração do seu objeto social.

Fazendo alusão a trecho do voto do Relator de piso (“*ao aproveitar em sua escrita fiscal os créditos de ICMS originados do consumo de energia elétrica das operações ocorridas no seu estabelecimento filial (...)*”, “*(...) ainda que constantes nos documentos fiscais, o CNPJ nº 02.723.988/0001-42 da Matriz, incidiu o autuado no descumprimento da obrigação tributária narrada na inicial dos autos*”), reitera que a SEFAZ e a SICM conheciam os fatos e que a produção no estabelecimento filial estava contemplada pelos incentivos concedidos ao estabelecimento Matriz, tudo a corroborar com a tese de que o autuante laborou em equívoco quando lhe autuou pela utilização indevida de crédito de ICMS relativo à energia elétrica.

Afirma que na medida em que a SICM, por meio do Conselho Deliberativo do Desenvolve, disse que a prática de produção no estabelecimento filial exclusivamente fabril está contemplada pelos incentivos que lhe foram concedidos, entende que seu estabelecimento filial também estava coberto pelos benefícios do DESENVOLVE, não sendo verdadeira a afirmação de utilizou indevidamente crédito de ICMS.

Também registra que o alcance do benefício do DESENVOLVE vai além dos tubos de PVC, açambarcando “... *todo e qualquer produto integrante da cadeia de fabricação e*

comercialização de laminados planos e tubulares de plásticos e artefatos de plásticos em geral". Entende que o lançamento em apreço importa em total insegurança jurídica na medida em que o agente do Fisco restringiu o benefício que lhe foi concedido, o que lhe restringe o aproveitamento do crédito a que faz jus, ante ao fato de que não cometeu qualquer ilícito fiscal e que procedeu ao correto recolhimento do ICMS.

Quanto à multa, impugna, afirmando que foi aplicada além do mínimo legal. Diz que a multa é abusiva e ilegal, haja vista que o lançamento foi feito sobre infração inexistente, vez que não existiu qualquer erro na determinação do valor da parcela sujeita a dilação de prazo prevista pelo Programa DESENVOLVE, no que diz respeito ao ICMS, tampouco implicou em recolhimento a menor do tributo, o que afasta a aplicação de multa.

Afirma ainda que no caso dos autos, a aplicação da multa é desproporcional e confiscatória, o que é vedado pela Constituição Federal/88, que estabelece arcabouço principiológico que determina parâmetros imodificáveis ao poder de tributar. Cita jurisprudência.

Por derradeiro, pugna pelo conhecimento e provimento do seu Recurso Voluntário, para que seja anulado o lançamento do tributo e a multa correspondente, sendo declarada a invalidade do ato impugnado, com a sua respectiva revogação, declarando-se também a inexistência de infrações por parte da Recorrente.

A Dra. Maria Dulce Baleiro Costa, Procuradora da PGE/PROFIS, à fl. 313, analisando os autos, registra que o motivo da autuação não é a habilitação ou não da Recorrente no DESENVOLVE, mas sim a utilização de crédito fiscal derivado de energia elétrica relativa a documento fiscal em nome de outro estabelecimento.

Aduz que restou comprovado que o crédito fiscal lançado na escrita fiscal do autuado e utilizado para fins de apuração do ICMS a recolher é relativo à energia elétrica consumida por outro estabelecimento, conforme notas fiscais às fls. 32/86.

Considerando as razões recursais e o fato de que documentos essenciais à formação do convencimento dos Julgadores não terem sido trazidos aos autos, decidiram os membros desta 2ª Câmara de Julgamento Fiscal por converter o PAF em diligência à ASTEC, para:

1. *Intimar o Sujeito Passivo a apresentar os documentos de fls. 257 e 258 nos originais ou cópias autenticas;*
2. *Fazer juntar os referidos documentos ao presente PAF.*

A ASTEC realizou a diligência e indicou que às fls. 321/328 os documentos solicitados foram anexados, e às fls. 324 e 325 foram apensadas cópias autenticadas das seguintes declarações:

1. *Do Diretor Administrativo da Recorrente salientando que essa filial é exclusivamente fabril sendo toda sua produção comercializada pela matriz;*
2. *Do Exmo. Sr. James Correia, Secretário da Indústria, Comércio e Mineração do Estado da Bahia atestando que o estabelecimento filial exclusivamente fabril, à luz da legislação pertinente, está contemplado pelos incentivos concedidos à KEP INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PLÁSTICOS.*

A PGE/PROFIS, em Parecer da lavra do Dr. José Augusto Martins Junior, consigna que "O Conselho Deliberativo do DESENVOLVE, em que pese os documentos apresentados de fls. 324/325, em hipótese alguma poderia elastecer a possibilidade de utilização de créditos por empresa não descrita no documento fiscal, mesmo sendo filial do contribuinte, a um, por conta do princípio régio da autonomia dos estabelecimentos e, a dois, por não estar no campo de competência do Colegiado do DESENVOLVE o deferimento de tal benefício, restringindo sua outorga legal apenas a concessão de deferimento e postergação de pagamento."

Assim, opina pelo Improvimento do Apelo Voluntário do autuado.

Na assentada de Julgamento, em 10/11/2017, esta 2ª CJF, em decisão unânime, considerando que a presente autuação foi motivada pela utilização indevida de crédito fiscal de energia elétrica consumida em estabelecimento diverso do indicado no documento fiscal, bem como o fato de que há identidade da questão ora debatida com aquela tratada no Processo nº 269278.0009/13-5 (em

que figurou como autuada o mesmo estabelecimento do sujeito passivo), prevenindo a possibilidade de ocorrerem decisões contraditórias relativamente à mesma matéria, deliberou baixar o feito em diligência à PGE/PROFIS com vistas a que seja emitido parecer jurídico.

Atendendo a diligência requerida, a PGE/PROFIS, por seu Douto Procurador, Dr. José Augusto Martins Junior, às fls. 346/353, exara Parecer, inicialmente disserta sobre a autuação e relata o questionamento formulado por esta 2^a CJF.

Passando ao primeiro passo de seu Parecer, transcreve a Lei nº 7989/2001 que trata da constituição do Conselho Deliberativo do DESENVOLVE e tópicos do Decreto nº 8205/02, que o regulamenta, para estabelecer a competência daquele órgão para deferimento de habilitação de empresa ao benefício fiscal respectivo.

Aponta que, como certo a feição de colegiado do Conselho Deliberativo do Desenvolve, a efetividade de suas decisões demanda a deliberação de todos os componentes.

Dai conclui: “*Em outros termos, é uma manifestação de vontade do Estado que decorre da conclusão de várias pessoas*”.

Desta ainda que: “*a manifestação manejada por intermédio do ofício da Secretaria de Indústria, Comércio e Mineração da lavra exclusiva do Presidente do Conselho Deliberativo 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*”.

Aduz ainda que: “*para que o ato administrativo seja válido se faz necessária a existência de um sujeito capaz que o realize, sendo necessário ainda que esse sujeito tenha competência para praticar o ato*”.

Concluindo que: “*In Casu, falece claramente ao Presidente do Conselho Deliberativo do Desenvolve competência para estender benefício expedido pelo órgão colegiado fixado em estritos termos estabelecidos no ato administrativo autorizativo*.”.

Ressalva que, ultrapassada o questionamento da 2^a CJF, faz-se importante desanuviar a questão dos atos administrativos “inválidos”.

Assim, aponta que é ausente de dúvidas que a Administração, com suporte no princípio da autotutela dos interesses do Estado, caso reconheça que praticou um ato contrário ao direito vigente cumpre-lhe anulá-lo.

Transcreve excerto das Súmulas nºs 346 e 473 do STF sobre a matéria.

Por fim destaca que: “*Importante frisar que não se está falando neste momento de convalidação ou não do ato administrativo inválido acima relatado, mas, isto 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*.”

Encaminha esse Parecer à Procuradora Assistente da PGE/PROFIS para análise.

Às fl. 354, a Douta Procuradora Dra. Paula Gonçalves Morris Matos, acompanha o Parecer acima transscrito e o submete à censura hierárquica do Procurador Chefe.

E à fl. 355, o Douto Procurador Chefe da PROFIS manifesta-se pelo acolhimento do Parecer em comento.

VOTO VENCIDO

Trata o presente de Recurso Voluntário, tempestivo, interposto pelo contribuinte, a rigor do art. 169, inciso I, alínea “b”, do Decreto nº 7.629/99 – RPAF, no sentido de modificar a Decisão da 4^a Junta de Julgamento Fiscal deste CONSEF, com o propósito de desobrigá-lo do pagamento do imposto exigido no presente Auto de Infração.

Cinge-se o presente recurso à apreciação das razões recursais atinentes à decisão de primeiro grau que julgou Procedente a autuação em lide que acusa o Recorrente de utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, referente a mercadorias destinadas a contribuinte diverso do indicado nos documentos fiscais - créditos derivados de energia elétrica utilizada em outro estabelecimento da mesma empresa.

A tese recursal tem assento na assertiva de que seria improcedente a autuação, vez que com o objetivo de ampliar a sua estrutura física, passou a utilizar um galpão nas proximidades da sede da empresa, no qual funcionou uma unidade de produção exclusivamente fabril, tudo informado à Secretaria de Indústria e Comércio e Mineração do Estado da Bahia que teria formalizado no Programa DESENVOLVE a referida unidade, conforme demonstrado pelo Ofício de nº 150/2013, expedido pelo Conselho Deliberativo daquela entidade.

Analizando as peças processuais, há que se registrar que, de fato, conforme Parecer do Dr. José Augusto Martins Junior, O Conselho Deliberativo do DESENVOLVE não poderia *elastecer* a possibilidade de utilização de créditos por empresa não descrita no documento fiscal, mesmo sendo filial do contribuinte, aí entendido que há que se preservar o princípio régio da autonomia dos estabelecimentos e por não estar no campo de competência do Colegiado do DESENVOLVE o deferimento de tal benefício, restringindo sua outorga legal apenas a concessão de deferimento e postergação de pagamento.

Entretanto, há que se considerar, além do afirmado pela Recorrente, que em 5/12/2013, o Conselho Deliberativo do Desenvolve expediu o citado Ofício de nº 150/2013, no qual disse, expressamente ao Contribuinte 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”.

Ademais, resta comprovado que antes mesmo de ser inserida no Programa DESENVOLVE, a recorrente levou a efeito alteração contratual, na qual alterou 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, bem como restou demonstrado que a ampliação da estrutura física do Sujeito Passivo, em que pese ter endereço e registros legais que diferem dos dados da Autuada, é unidade de produção exclusivamente fabril, tendo toda a sua produção comercializada pela Matriz, nos termos das conclusões dos documentos de fls. 324, tudo informado à Secretaria de Indústria e Comércio e Mineração do Estado da Bahia (SICM) que teria formalizou no Programa *Desenvolve* a referida unidade, conforme declaração de fl. 325.

Isso posto, em que pese a PGE/PROFIS ter bem fundamentado suas considerações, entendo que não se pode acolher o seu opinativo pelo improviso das razões recursais, haja vista que o Contribuinte se cercou de todos os cuidados necessários à migração do programa BAHIAPLAST para o DESENVOLVE, inclusive informando da criação de uma unidade fabril para a qual os benefícios do referido programa estariam mantidos conforme Of. nº 150/2013 – Desenvolve, no qual está expresso 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”.

Na mesma linha, à fl. 325, o Exmo. Sr. James Correia, Secretário da Indústria, Comércio e Mineração do Estado da Bahia atesta que o estabelecimento filial exclusivamente fabril, à luz da legislação pertinente, está contemplado pelos incentivos concedidos à KEP INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PLÁSTICOS.

Ora, cercado dos cuidados necessários, não se pode imputar qualquer responsabilidade ao Contribuinte no caso em comento, nem tampouco exigir imposto por considerar indevida a utilização de créditos provenientes das aquisições de energia utilizados na fabricação de produtos de sua estrita comercialização, quando se pode e deve-se subsumir claramente que, nos termos da declaração de fl. 325 e do Of. nº 150/2013 – DESENVOLVE, os referidos créditos foram corretamente apropriados, eis que a industrialização dos produtos beneficiados com o incentivo fiscal, mesmo processada no estabelecimento filial, exclusivamente fabril, está contemplado pelos incentivos concedidos à Empresa KEP INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PLÁSTICOS.

Ou seja, o Contribuinte não pode ser penalizado por erros eventualmente perpetrados pelo Estado, muito menos quando se cercou dos cuidados e das informações necessárias para o fiel cumprimento das suas obrigações.

Por tudo o quanto exposto, voto no sentido de PROVER INTEGRALMENTE o Recurso Voluntário para julgar IMPROCEDENTE o presente Auto de Infração.

VOTO VENCEDOR

Trata-se de Recurso Voluntário contra a decisão de primeiro grau que julgou Procedente a autuação em lide, que acusa o Recorrente de utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, referente a mercadorias destinadas a contribuinte diverso do indicado nos documentos fiscais - créditos derivados de energia elétrica utilizada em outro estabelecimento da mesma empresa.

A tese recursal se baseia na assertiva de que seria improcedente a autuação, vez que com o objetivo de ampliar a sua estrutura física, passou a utilizar um galpão nas proximidades da sede da empresa, no qual funcionou uma unidade de produção exclusivamente fabril, tudo informado à Secretaria de Indústria e Comércio e Mineração do Estado da Bahia que teria formalizado no Programa DESENVOLVE a referida unidade, conforme demonstrado pelo Ofício nº 150/2013, expedido pelo presidente do seu Conselho Deliberativo, no qual está expresso 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.”

Analizando as peças processuais, há que se registrar que, de fato, conforme Parecer do Dr. José Augusto Martins Junior, o presidente do Conselho Deliberativo do DESENVOLVE não poderia alargar a possibilidade de utilização de créditos por empresa não descrita no documento fiscal, mesmo sendo filial do contribuinte, aí entendido que há que se preservar o princípio régio da autonomia dos estabelecimentos e por não estar no campo de competência do Colegiado do DESENVOLVE o deferimento de tal benefício, restringindo sua outorga legal apenas à concessão de deferimento e postergação de pagamento.

Entretanto, considerando que o Autuado utilizou o benefício de boa-fé, com base em ato normativo expedido por autoridade administrativa, embora incompetente, devem ser excluídas a imposição de penalidades, a cobrança de juros de mora e a atualização do valor monetário da base de cálculo do tributo, nos termos do parágrafo único do Art. 100 do CTN, Lei nº 5.172/66, transscrito a seguir:

“Art. 100. São normas complementares das leis, dos tratados e das convenções internacionais e dos decretos:

I - os atos normativos expedidos pelas autoridades administrativas;

II - as decisões dos órgãos singulares ou coletivos de jurisdição administrativa, a que a lei atribua eficácia normativa;

III - as práticas reiteradamente observadas pelas autoridades administrativas;

IV - os convênios que entre si celebrem a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.

Parágrafo único. A observância das normas referidas neste artigo exclui a imposição de penalidades, a

cobrança de juros de mora e a atualização do valor monetário da base de cálculo do tributo.”

Voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário apresentado para excluir a imposição de penalidades, a cobrança de juros de mora e a atualização do valor monetário da base de cálculo do tributo da Infração 1.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria, com voto de qualidade do presidente, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269278.0011/13-0**, lavrado contra **KEP INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PLÁSTICOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$139.333,60**, acrescido da multa de 60% sobre R\$14.523,11, prevista no art. 42, II, “a”, da Lei nº 7014/96, e dos acréscimos legais, e sem incidência da multa de 60% e acréscimos moratórios sobre o valor de R\$124.810,49, prevista no art. 100, da Lei nº 5.172/66 do CTN, devendo ser homologados os valores efetivamente pagos.

VOTO VENCEDOR – Conselheiros: Marcelo Mattedi e Silva, Luiz Alberto Amaral de Oliveira e Maurício Souza Passos

VOTO VENCIDO – Conselheiros(as): José Carlos Barros Rodeiro, Elde Santos Oliveira e Leila Barreto Nogueira Vilas Boas.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de junho de 2018.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

JOSÉ CARLOS BARROS RODEIRO – RELATOR/VOTO VENCIDO

MARCELO MATTEDI E SILVA - VOTO VENCEDOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS