

A. I. N° - 108880.0011/19-7
AUTUADO - INCENOR INDUSTRIA CERÂMICA DO NORDESTE LTDA.
AUTUANTE - MARIA CONSUELO GOMES SACRAMENTO
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 29/04/2020

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0052-03/20

EMENTA: ICMS. 1. ESTORNO DE CRÉDITO. IMPOSTO EM DESACORDO COM A LEGISLAÇÃO. O sujeito passivo logra êxito em elidir a acusação fiscal ao comprovar nos autos que a Resolução 27/14 encontrava-se em vigor no período fiscalizado. Infração insubsistente. **2. MULTA FORMAL. ENTRADA DE MERCADORIAS NO ESTABELECIMENTO, SEM O REGISTRO NA ESCRITA FISCAL.** Infrações 02 e 03, reconhecidas. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 26/06/2019, exige o crédito tributário no valor de R\$2.415.115,70, através das seguintes infrações:

Infração 01 - **01.06.01.** Estorno de débito de ICMS em desacordo com a legislação deste imposto, no mês de julho de 2014. Exigido o valor de R\$2.414,731,58, acrescido da multa de 60%.

Consta como complemento: “A empresa é detentora dos benefícios fiscais do PROBAHJA e DESENVOLVE, através das. Resoluções 08/2003, 0912004, 06/2007,36/2014,27/2014, 7612014 e 03/2015. Algumas dessas resoluções estão com o prazo de validade vencido, mas, estão sendo citadas por ser esta infração interligadas a elas;

A empresa INCENOR, através do processo n° 182 906/2016-2, comunicou à SEFAZ a utilização de crédito, no campo “Outros Créditos”, no valor de R\$2.214.731,58 sob a alegação de ter recolhido ICMS a maior no período de 10/2013 a 06/2014, decorrente da publicação da Resolução PROBAHIA 27/2014;

Após a análise das resoluções, identifiquei que a empresa solicitou esclarecimentos com relação ao prazo de fruição da Resolução n° 27/2014, tendo sido cientificada através da de n° 03/2015 que seria de 01/10/2013 a 30/09/2028, porém, entraria em vigor na data da publicação;

A Resolução n° 06/2007 alterou a de n° 08/2003, retificando o percentual do crédito presumido que passou a ser de 85%;

A Resolução n° 27/2014, que fixou em 95% o percentual do crédito presumido nas saídas de pisos e revestimentos cerâmicos, dispõe como data de validade, a da publicação;

Já a Resolução n° 03/2015 esclarece qual o período de vigência da de n° 27/2014, que é de OUT/2013 a JUN/2014, mas não autoriza a utilização retroativa, tendo a sua validade na data da publicação;

De acordo com a publicação do Decreto n° 14.176, de 09/10/2012, que acrescentou os §§4º e 5º ao art. 10 do Decreto 8.205, de 03 de abril de 2002; as empresas que migraram do BAHIAPLAST e atendessem ao descrito nos artigos citados teriam o prazo dos benefícios prorrogados pelo período que foi descontado em função da utilização do BAHIAPLAST;

O §5º do Decreto. 8.205 descreve que “será contado imediatamente após a data final da fruição do benefício nos termos da resolução -anterior, não cabendo restituição de importâncias reeoidhids em decorrência da não utilização do benefício previsto na resolução.”;

Por omissão na legislação do PROBAHIA, e aplicando o previsto no Dec. 14.176, de 09/10/2012, no seu art.10 - §5”, não cabe a utilização do crédito conforme procedimento adotado pela empresa.”

Infração 02 - **16.01.01.** Entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas à tributação sem o

devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro a junho de 2016 e janeiro de 2017. Exigido a multa de 1% sobre o valor das mercadorias, no total de R\$264,12;

Infração 03 - **16.01.06**. Entrada no estabelecimento de mercadoria sem o devido registro na escrita fiscal, no mês de dezembro de 2017. Exigido a multa de 1% sobre o valor das mercadorias, no total de R\$120,00.

O Autuado apresenta peça defensiva, fls. 75 a 88, depois de observar a tempestividade da impugnação, articula os argumentos que se seguem.

Observa que a Autoridade Fiscal, lhe deu ciência da resposta relativa à consulta formulada através do processo nº 182.906/2016-2, concedendo-lhe 20 dias para que a mesma, procedesse a regularização fiscal, a contar do dia 26/07/2019, data da ciência. Prossegue frisando que, ato contínuo a Autoridade Fiscal, apresentou o Auto de Infração nº 1088800011/19-1 no valor de R\$ 2.415.115,70, acrescido de multa e juros e demais encargos, valor esse, relativo ao objeto da consulta.

Sustenta que esse fato esse, que contrariou de plano sua própria determinação, tendo em vista, que a mesma lhe condicionou que deveria no prazo de 20 dias, adotar as medidas fiscais apontadas na resposta consulta, a contar do dia 26/06/2019, data da ciência do resultado da Consulta.

Destaca que esse procedimento a Autoridade Fiscal, além de não respeitar o prazo por ela determinado para proceder a regularização, feriu de morte o contido no Código Tributário do Estado da Bahia - COTEB, Lei 3956/81, precisamente o art. 156 e 158, caput, 1º e 3º, combinado com RPAF-BA/99, Dec. 7629/99, art. 55, 62 incisos I, II e II e art. 63, conforme reproduzido às fls. 77 e 78.

Afirma que a fiscalização agiu de forma equivocada, tendo em vista, que não seguiu o mandamento das normas acima enumeradas, como também extrapolou sua competência, ao não acatar as normas estabelecidas na Legislação Tributária, as quais alcançam a todos, inclusive as ações do Fisco, no âmbito de suas competências.

Arremata rogando pela nulidade da infração.

Ao cuidar do mérito depois de reproduzir o teor das três infrações objeto da autuação, revela que, salvo na parte mínima reconhecida no tópico seguinte desta impugnação, a apuração se encontra contaminada por diversos equívocos, com fundamento nos quais houve o lançamento de tributo indevido. Por conseguinte, a hipótese é de homologação dos valores reconhecidos e de improcedência dos itens subsistentes do Auto de Infração.

Informa que reconhece que na relação dos documentos fiscais que originaram os demonstrativos constantes nas Infrações 02 e 03 efetivamente não foram escriturados em sua escrita fiscal por ausência de conhecimento, consequentemente as Infrações 02 e 03 constantes no Auto de Infração em tela, no valor de R\$ 264,12 e R\$120,00, para tanto efetuou o recolhimento na forma regulamentar, em 10/07/2019 através do Documento de Arrecadação Estadual nº 1904396712 no montante de R\$384,12.

Afirma que adotou a partir da lavratura do Auto de Infração em tela, procedimentos internos mais rigorosos no tocante a circularização dos documentos fiscais emitidos e recebidos pela empresa e evitar a reincidência dos fatos ocorridos;

Ao cuidar do mérito da Infração 01, registra que essa infração foi lavrada porque a Fiscalização entendeu que efetuou estorno de débito de ICMS em desacordo com a legislação deste imposto.

Inicialmente diz que necessita afastar os itens “g, h e i”, onde a Autoridade Fiscal destacou como benefícios usufruídos, o Desenvolve e Bahiaplast sendo que concretamente desde a sua implantação até o momento a utilização dos benefícios fiscais baseia-se no regramento do Probahia.

Assinala que tanto a Lei n.º 7.351/98 - Revogada pela Lei n.º 14.037/18, bem como o Dec. n.º 7.439/98 são normas que tratam da política de incentivos fiscais para o Programa Estadual de Desenvolvimento da indústria de Transformação Plástica - Bahiaplast. Observa que a própria denominação já indica a atividade econômica das empresas ali inseridas, no caso: Transformação Plástica.

Afirma que tem como atividade econômica a fabricação de pisos e revestimentos cerâmicos, ou seja, etimologicamente definiria como atividade dissonante com o programa do Bahiaplast.

Menciona que, por um lapso no tramite processual nos Conselhos Deliberativos do Desenvolve e Probahia, foi publicada no DOE em 20/05/2014 a Resolução n.º 36/2014, onde, equivocadamente, lhe habilita aos benefícios fiscais do programa do Desenvolve, fato constatado com a publicação no DOE da Resolução n.º 76/2014 em 02 e 03/08/2014, onde textualmente revoga a Resolução n.º 36/2014. Registra que ambas foram expedidas pelo Conselho Deliberativo do Desenvolve. Conclui assinalando que neste diapasão temporal, entre a publicação das duas resoluções, não há enquadramento legal aos benefícios fiscais do programa do Desenvolve, daí não se submeter à legislação prevista na Lei n.º 7.980/2001 e o Dec. n.º 8.205/02.

Continua frisando que ato contínuo à revogação prevista no item anterior, o Conselho do Probahia fez publicar no DOE de 02 e 03/08/2014 a Resolução n.º 27/2014 - por sinal, mesma data da revogação da Resolução 36/2014. Fato ocorrido com a publicação da Resolução 76/2014 - que habilitando aos benefícios fiscais do programa do Probahia, explanados notadamente no Dec. n.º 6.734/97 e ratificados em resolução própria.

Revela o fato de o Conselho Deliberativo do Probahia no inciso I, do art. 1º, da Resolução n.º 27/2014, além de fixar em 95% o crédito presumido do ICMS incidente nas operações de saída de seus produtos, define que o prazo a usufruir é de 15 anos, em continuidade ao prazo de fruição previsto na Resolução n.º 08/2003, que a habilitou aos benefícios previstos no Programa do Probahia.

Afirma que a cronologia da fruição dos benefícios fiscais no contexto resoluções nominativas resume-se da seguinte forma:

- Inicialmente a Resolução n.º 08/2003 de 31/07/2003 fixou em 75% o percentual do crédito presumido, a ser utilizado pelo prazo de 10 (dez) anos a partir do início de suas operações. Iniciou as suas operações em 17/10/2003 e, por consequência, a fruição do benefício encerraria em setembro de 2013;
- Posteriormente a Resolução n.º 06/2007 de 06/09/2007 elevou para 85% o percentual do crédito presumido a ser utilizado mantendo prazo final do benefício, ou seja, setembro de 2013;
- Por último a Resolução n.º 027/2014 de 29/07/2014 fixou o percentual de crédito presumido a ser utilizado em 95% pelo prazo de 15 anos, em continuidade ao prazo de fruição previsto na Resolução n.º 08/2003 que a habilitou aos benefícios previstos no Probahia, ou seja, de 01 de outubro de 2013 até 30 de setembro de 2028.

Afirma que, conseqüentemente, mais uma vez, os argumentos contidos nos itens “e” e “f” do ponto 6.1 se configuram como frágeis, em função dos seguintes motivos:

- A Resolução n.º 27/2014, efetivamente entra em vigor na data da sua publicação, pois, o ato da publicidade e dar conhecimento à norma e o seu conteúdo, sendo assim, na sua estrutura normativa, especialmente o inciso I, do art. 1º, define o prazo de composição e a referência basilar de uma outra resolução de habilitação aos benefícios previstos no Programa;
- Já a Resolução n.º 03/2015 é elucidativa no tocante à vigência do prazo de fruição da Resolução n.º 27/2014, no caso 15 anos, cujos efeitos serão de outubro/2013 a setembro/2028, portanto, não há o que conjecturar com relação a retroatividade normativa e sim no sentido esclarecer o aspecto temporal do prazo de fruição dos benefícios fiscais.

Observa que o equívoco ocorrido e descrito no item 6.4 lhe induziu ao recolhimento a maior do ICMS no período de outubro de 2013 a junho de 2014 no montante de R\$2.414.731,58 que em ato contínuo lhe proporcionou a adoção das seguintes medidas:

- Retificar as Declarações e Apuração Mensal do ICMS (DMA) desse período;
- Procedeu também a retificação das informações contidas no Sistema Público de Escrituração Digital - SPED desse período;
- Comunicar à Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia - SEFAZ que lançou crédito extemporâneo na sua escrita fiscal no mês de julho de 2014, nesse montante, conforme Processo (SIPRO) nº 182.906/2016-2;
- A manifestação da SEFAZ, sobre o retro processo só ocorreu no dia 26/06/2019, onde indefere o processo e sublinha que teria 20 dias para efetuar o recolhimento do montante sob pena de lavratura de auto de infração - note-se que foi a mesma data da lavratura do auto de infração e o mesmo preposto fiscal que proporcionou a presente contenda;

Cita que a Autoridade Fiscal indica equivocadamente numa das motivações que levaram a lavratura do auto de infração em discussão, especialmente elencado no item h do ponto 6.1 que o §5º do Dec. 8.205/02 descreve que “será contado imediatamente após a data final da fruição do benefício nos termos da resolução anterior, não cabendo restituição de importâncias recolhidas em decorrência da não utilização do benefício previsto na resolução”.

Declara que referido Dec. nº 8.205/02 trata especificamente da regulamentação do Programa do Desenvolve, portanto, conforme já demonstrado no ponto 6.4 que não se configura como um: contribuinte que deva se submeter ao regramento da legislação prevista para o Desenvolve e sim do Programa do Probahia no tocante ao seu contexto normativo.

Ante ao exposto, conclui-se que o item h do ponto 6.1 não se aplica ao presente caso.

Assinala que o enquadramento legal dos fatos para a lavratura do Auto de Infração aqui enfocado, no item T do ponto 6.1 a Autoridade Fiscal interpreta de forma subjetiva que em face da omissão na legislação do Probahia e aplicando o previsto no Dec. 14.176, de 09/10/2012, no seu art. 10 - §5º, não cabe a utilização do crédito, conforme procedimento que adotou.

Diz que, na verdade, o citado decreto é uma alteração na norma que regulamenta o Programa do Desenvolve, no caso concreto o Dec. nº 8.205/02, por sinal já foi comentado no item 6.4, que não se submete ao regramento desta norma, portanto torna-se uma inverdade a assertiva da Autoridade Fiscal em afirmar “que em face a omissão na legislação do Probahia e aplicando o previsto no Dec. nº 14.176, de 09/10/2012...”.

Sustenta que os fatos e fundamentos que apresenta na defesa são suficientes para revelar que as linhas da autuação apresentadas pela Autoridade Fiscal são incapazes de subsidiar a Infração 01, constante no Auto de Infração, porquanto inúmeras inconsistências interpretativas foram comprovadas, bem como, os fundamentos legais das imputações.

Contesta o valor apontado pela Autoridade Fiscal, e comprova de modo fático, que o débito informado no Auto de Infração aqui guerreado, Infração 01, no valor de R\$2.414.731,58, não tem fundamento e nem razão de sua existência.

Explica que a Autoridade Fiscal tomou com ponto basilar para fundamentar sua autuação, a data da publicação da resolução 03/2015. Prossegue frisando que, a citada resolução, prevê de modo categórico, que a mesma tem vigência e eficácia de seus efeitos a partir de 01/10/2013 até 30/09/2028, e não a partir de 26 de março de 2015, data de sua publicação, com pretende a fiscalização.

Assegura que, não se sustenta a tese da Autuante, de que o período de outubro de 2013 a junho de 2014, não esteja amparado pela resolução 03/2015.

Requer, nos termos do disposto no art. 145, do RPAF-BA/99, requer que seja procedida provocação à Secretaria de Desenvolvimento Econômico - SDE para que esta se manifeste relativamente aos benefícios fiscais concedidos, no que concerne ao aspecto temporal (prazo de fruição) e a qualificação quanto à personificação da atividade econômica exercida por esta, conjugado com os programas de desenvolvimento econômico do Estado da Bahia que contemplam a Política Fiscal do Estado.

Requer ainda, a produção de todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente a realização de diligência fiscal por auditor fiscal estranho ao feito, para comprovação das alegações na presente peça, caso julguem necessário.

Quanto as Infrações 02 e 03, informa que as mesmas foram quitadas na forma regulamentar, em 10/07/2019, através do Documento de Arrecadação Estadual nº 1904396712 no montante de R\$384,12, fls. 127 e 128.

Conclui pugnando pela improcedência da Infração 01.

Na informação fiscal, fls. 150 a 162, o Autuante depois de reproduzir as razões de defesa destaca que o Autuado é detentor dos benefícios fiscais do Probahia, através das Resoluções 08/2003, 09/2004, 06/2007, 27/2014 e 03/2015 - e Desenvolve, através das Resoluções de nº 36/2014 e nº 76/2014. Observa que algumas dessas resoluções estão com o prazo de validade vencido e algumas revogadas, mas, estão sendo citadas por ser a Infração 01 - Efetuou estorno de débito de ICMS em desacordo com a legislação deste imposto), interligada a elas.

Destaca que o Autuado argumenta em sua defesa que, ao mesmo tempo em que lhe foi entregue uma notificação para, no prazo de vinte dias, recolher o ICMS devido no valor de R\$2.414.731,58, referente ao comunicado de uso de crédito extemporâneo, através do processo de nº 182.906/2016-2, foi-lhe entregue o auto de infração de nº 108880.0011/19-7 cobrando este valor na Infração 01.

Assinala que o Impugnante lançou na sua escrita fiscal o crédito no valor de R\$2.414.731,58, em "Outros Créditos", que somado ao crédito presumido de 95%, sobre as saídas de pisos e revestimentos cerâmicos, referente ao benefício do Probahia concedido através da Resolução nº 27/2014, publicada no Diário Oficial de 02 e 03/08/2014, republicado no Diário Oficial de 04/11/2014, e com entrada em vigor na data da publicação, totalizou o valor de R\$4.708.146,95, conforme relatório de Apuração e Informações Complementares – DMA do mês 07/2014, anexo à fl. 08.

Observa que após dois anos de utilização do crédito, em 11/10/2016, a empresa protocolou o processo de nº 182.906/2016-2, com o intuito de comunicar o lançamento do crédito no mês de julho/2014 devido à publicação da Resolução Probahia nº 27/2014, 02 e 03 de agosto de 2014.

Registra que durante análise do processo SIPRO nº 182.906/2016-2, formulou o parecer como se o mesmo fosse uma consulta, razão pela qual ao final notificava o contribuinte para no prazo de 20 dias efetuar as correções necessárias e regularizar o pagamento.

Frisa que após análise, conforme petição do contribuinte, anexado à fl. 10, identificou que não se tratava de uma Consulta, mas de um Comunicado. Revela que, conforme o próprio contribuinte relata, solicitou autorização e retificou as EFDs, bem como retificou as DMAs do período de 10/2013 a 06/2014.

Registra que, por não se tratar de Consulta, mas de Comunicado, e em virtude do prazo de decadência, procedeu a autuação fiscal, por ser este o instrumento legal para exigência do crédito tributário. Continua mencionando que, se fosse consulta, ainda assim, seria o Auto de Infração o procedimento a ser adotado, conforme art. 62, inciso III - §2º do RPAF-BA/99. Remata que diante de todo o exposto, não cabe a nulidade arguida pelo Autuado.

Lembra que está previsto no art. 142 - Parágrafo único do CTN, que a atividade do Auditor Fiscal é vinculada e obrigatória.

Expõe a cronologia dos benefícios concedidos à empresa INCENOR Indústria Cerâmica do Nordeste Ltda., indicando todas as correspondentes Resoluções.

Com relação ao questionamento do Autuado da necessidade de afastar os itens “g, h e i” da presente impugnação, onde a Autoridade Fiscal destacou como benefícios usufruídos, o Desenvolve e Bahiaplast sendo que, concretamente, desde a sua implantação até o momento a utilização dos benefícios fiscais baseia-se no regramento do Probahia, diz informar e comprovar através dos documentos anexos ao presente auto, de autoria da empresa, às fls. 10, 28, 31 e 32, referente às apurações de Declaração de Apuração do ICMS Desenvolve.

Diz restar evidente que o Autuado obteve e utilizou durante um período os benefícios do Desenvolve, e com relação ao questionamento de que houve um lapso no trâmite processual nos Conselhos Deliberativos do Desenvolve e Probahia, e por isto foi publicada no DOE em 20/05/2014 a Resolução nº 36/2014, onde equivocadamente habilita o Autuado aos benefícios fiscais do programa Desenvolve, fato constatado com a publicação no DOE da Resolução 76/2014 em 02 e 03/08/2014, onde textualmente revoga a Resolução nº 36/2014, não lhe dando o direito de dizer que não existiu o citado benefício, pois a revogação foi a partir da data da publicação conforme cópia da resolução, anexa à fl. 50.

Com relação à contestação do Autuado no sentido de que a Autoridade Fiscal destacou como benefícios usufruídos, o Desenvolve e o Bahiaplast, afirma que em momento algum foi citado de que a empresa tivesse sido beneficiária do Bahiaplast, mas do Probahia e Desenvolve.

Diz evidenciar os fatos ocorridos e que geraram um grave prejuízo aos cofres públicos, inclusive no tocante às metas de arrecadação delineadas no Plano Plurianual, bem como na Lei de Diretrizes Orçamentárias: A Resolução nº 08/2003, inicialmente, no seu art. 1º, inciso I, determina o prazo de 10 anos, contados a partir do início das suas operações comerciais e no art. 3º, determinava que entraria em vigor na data de sua publicação. Já a Resolução nº 09/2004, por sua vez, retifica o art. 3º, da Resolução nº 08/2003, dispondo: “art. 3º - Esta Resolução entrará em vigor na data de sua publicação, retroagindo os seus efeitos a abril de 2002. “

Menciona que analisando as duas citadas resoluções, com relação a determinação de prazo do benefício (10 anos), e ao prazo a ser utilizado, diz identificar que na Resolução nº 08/2003, no art. 1º, determina o benefício do crédito presumido de 75% nas operações de saídas de pisos e revestimentos cerâmicos, contado a partir do início das suas operações comerciais; e na Resolução nº 09/2004, retifica o art. 3º, da Resolução nº 08/2003 e retroage os efeitos a partir de abril/2002.

Com base no descrito acima, questiona o seguinte:

- quando se iniciam e quando terminam os efeitos da Resolução nº 08/2003?
- existe um prazo para diferimento do ICMS nas aquisições de ativo e outro para efeito do crédito presumido de 75% nas operações de saídas, a partir do início das operações?
- o prazo de 10 anos para usufruir o benefício fica vinculado a que? A data que foi retroagida? Ou ao início das atividades comerciais?
- Se o prazo para utilizar o benefício é de 10 anos, qual o embasamento legal para permitir que o contribuinte utilize o benefício de diferimento antes, e por um prazo superior aos 10 anos, enquanto o crédito presumido fica vinculado ao início das operações comerciais?

Diz que diante de toda a confusão acima citada, e analisando as informações do Autuado com referência ao início das atividades comerciais, que segundo a mesma foi em 17/10/2003, fica a dúvida: qual o período para utilização do benefício? De abr/2002 a mar/2012 ou out/2003 a set/2013?

Assinala que se examinada a Resolução nº 09/2004, que retroage os efeitos da Resolução nº 08/2003 para abr/2002, verifica-se que o prazo teria vencido em mar/2012, e portanto, o Autuado teria se

beneficiado indevidamente no período de abr/2012 a abr/2014, gerando um grande prejuízo para o Estado da Bahia, pois só a partir de mai/2014 a empresa obteve habilitação ao benefício do Desenvolve, através da Resolução 36/2014, que foi revogada pela Resolução nº 76/2014, de 29/07/2014 e publicada no Diário Oficial de 02 e 03/08/2014.

Destaca que, ao contrário do que afirma a Defesa, foi beneficiário do Desenvolve no período de mai/2014 a jul/2014, porém, após a publicação de uma nova Resolução do Probahia que foi publicada no início de ago/2014, a empresa não utilizou o benefício no mês de julho, mas em maio e junho o contribuinte utilizou o benefício conforme declarações de apuração do Desenvolve, anexo às fls. 28 e 31.

Com relação a Resolução nº 03/2015, a mesma foi editada a pedido da empresa, esclarece qual o período de vigência da de nº 27/2014, que é de out/2013 a jun/2014, ***mas não autoriza a utilização retroativa, tendo a sua validade na data da publicação, que foi 26 de março de 2015.***

Menciona que a legislação do Desenvolve estabelece critérios com relação a empresas que tenham migrado do Bahiaplast e descreve no §5º do Dec. 8.205/02 “será contado imediatamente após a data final da fruição do benefício nos termos da resolução anterior, *não cabendo restituição de importâncias recolhidas em decorrência da não utilização do benefício previsto na resolução.* “

Afirma que a legislação do Probahia é omissa com relação a benefícios concedidos com data retroativa, o que não é o caso do Autuado, pois o que houve foi um esclarecimento a pedido, do prazo e período de validade da Resolução nº 03/2015, e, por analogia, conforme previsto no CTN, art. 108, - inciso I, aplicando o previsto no Dec. 14.176, de 09/10/2012, no seu art. 10 - §5º, entendendo que não cabe a utilização do crédito, conforme procedimento adotado pela empresa.

Assinala que o Autuado, durante todo o período em que não havia benefício algum em vigor, continuou utilizando o Probahia de out/2013 a abr/2014, e utilizou o Desenvolve nos meses de mai/2014 a jun/2014.

Frisa que de acordo com a legislação do Probahia, no art. 46 - inciso IV, do Dec. 7.798, de 05 de maio de 2000, que aprova o Regulamento do Fundo de Desenvolvimento Social e Econômico - Fundese, dos programas a ele vinculados e dá outras providências, compete ao Conselho Deliberativo do Probahia prorrogar o prazo de fruição ou renovação do benefício, condicionada à homologação pelo Governador do Estado, conforme reproduz:

“art. 46 - Compete ao Conselho Deliberativo do Probahia:IV - prorrogar o prazo de fruição ou renovação do benefício, condicionada à homologação pelo Governador do Estado;”

Observa que o presente PAF teve as páginas renumeradas em virtude de erro do órgão preparador, no momento em que o Autuado apresentou a sua defesa e, como a numeração correta é necessária, tendo em vista as páginas referenciadas na informação fiscal, diz que renumerou o presente PAF.

Informa que anexa ao presente PAF cópias de todas as resoluções às fls. 45 a 52.

Conclui mantendo a autuação.

Essa 3ª JJF, converte os autos em diligência para que a Gerência do Setor Indústria e Comércio Exterior DPF - SEFAZ, informasse nos autos a partir de que data a empresa INCENOR, de fato, inicia a fruição do benefício do crédito presumido de 95% por dez anos em continuidade ao prazo previsto na Resolução nº 08/2003.

Em atenção ao pedido de diligência a DIREF/GEINC informou que a empresa INCENOR Indústria de Cerâmica do Nordeste Ltda., iniciou a utilizar o referido incentivo a partir do mês de outubro de 2013.

Por não ter sido careado aos autos, em virtude do atendimento da diligência, fatos novos, foi desnecessária a intimação do Autuado.

À fl. 187, o Impugnante ingressa com pedido de juntada de cópia da Ata da 5ª Reunião Ordinária do Conselho do Probahia e as informações prestadas a título de esclarecimento pela Diretoria de Estudos Econômicos Tributário e Incentivos Fiscais - DIREF - SEFAZ, quanto ao prazo de fruição dos benefícios fiscais concedido pelas Resoluções de nºs 027/2014 e 03/2015, que acosta às fls. 188 a 198. Consta no referido documento que, *“Considerando que o texto explicitado no inciso I, do art. 1º da Resolução nº 27/2014, reproduzido abaixo, pode suscitar dúvidas quanto ao início e o fim estipulado para fruição do benefício, entendemos ser conveniente a publicação de uma Resolução de esclarecimento conforme pleiteado pela requerente...”*. Já a Resolução nº 003/2015, fl. 197, esclarece que o prazo de fruição, pelo Autuado, dos benefícios da Resolução 27/2014 é de 15 anos, com efeitos a partir de 01 de outubro de 2013 a 30 de setembro de 2028.

Constam extratos do SIGAT do pagamento do débito das Infrações 02 e 03, fls. 182 a 184.

VOTO

Inicialmente, cabe enfrentar a preliminar de nulidade suscitada pelo Impugnante, sob o fundamento de que o Autuante, apesar de lhe ter concedido o prazo de vinte dias para que procedesse a regularização fiscal, em relação à consulta formulada, e ato contínuo, lavrou o presente Auto de Infração, contrariando o previsto no art. 156 da Lei 3956/81 e nos artigos 55 e 62 RPAF-BA/99.

Depois de examinar os elementos atinentes a essa alegação articulada pelo Defendente, constato que não deve prosperar a alegação, haja vista que o documento a que se refere o Autuado não se constitui e não se configura no Instituto de Consulta, preconizado nos dispositivos legais apontados na defesa. Como se depreende claramente da cópia do documento acostado à fl. 10, trata-se de mera comunicação à Repartição Fazendária de procedimento pretérito adotado, ou seja, a informação de lançamento extemporâneo de crédito fiscal. O que significa dizer que o Impugnante não se reportou perquirindo ao Órgão Fazendário qualquer orientação procedimental. Logo, não há que se falar na concessão do prazo de vinte dias, previsto na legislação apontada pela defesa.

Pelo expendido, entendo que a lavratura do presente Auto de Infração, realizada antes dos vinte dias concedidos pela Autuante, motivada pela iminência de a irregularidade constatada ser alcançada pela decadência, não se constitui óbice para inquirir de nulidade a autuação, uma vez que foi concedido o prazo regulamentar de sessenta dias para que o Autuado exercesse o exercício de ampla defesa.

Ademais, constato que no Auto de Infração, todos os requisitos previstos nos artigos 18 e 39 do RPAF/99, foram preenchidos. No caso em análise, observo que a acusação fiscal é bastante clara, e não se encontra no presente PAF, violação ao princípio do devido processo legal, tendo sido observado o direito à ampla defesa e ao contraditório, caracterizados nos aspectos abordados na impugnação, na informação fiscal, bem como na narrativa dos fatos e correspondente infração, não estando presentes nos autos quaisquer dos motivos de nulidades elencados na legislação de regência, precipuamente nos incisos I a IV, do art. 18 do RPAF-BA/99.

No mérito, o presente Auto de Infração é constituído de três infrações à legislação baiana do ICMS, consoante discriminação pormenorizada no preâmbulo do relatório.

No que diz respeito às Infrações 02 e 03, o Impugnante reconhece expressamente o cometimento dessas infrações, e informa ter procedido ao pagamento do débito relativo a esses itens da autuação. Logo, ante a inexistência de lide em torno desses itens da autuação ficam mantidos.

A Infração 01 cuida do estorno de débito de ICMS em desacordo com a legislação, no período de outubro de 2013 a junho de 2014, no valor de R\$2.414.731,58.

A lavratura do Auto de Infração decorreu da constatação pela Autuante, ao examinar comunicado do Impugnante à Repartição Fiscal do lançamento extemporâneo do crédito fiscal no período de outubro de 2013 a junho de 2014, em decorrência da Resolução nº 27/2014, que concedeu o benefício do crédito presumido e do diferimento do ICMS no percentual de 95%, e entrando em vigor na data de sua publicação.

Em sede de defesa, o Impugnante alegou que, por equívoco no trâmite processual nos Conselhos Deliberativo do Desenvolve e Probahia, através da Resolução nº 36/2014, que o habilitou equivocadamente no programa Desenvolve, e como consequência o induziu ao recolhimento a mais do ICMS, objeto da autuação, no período de outubro de 2013 a junho de 2014. Frisou que adotou as seguintes medidas: retificou as DMAS desse período, procedeu a retificação das informações contidas no Sistema Público de Escrituração Digital – SPED, e comunicou a SEFAZ, que lançou o crédito extemporâneo. Contestou o Impugnante o fundamento da autuação pela Autuante com base na data da publicação da Resolução nº 03/2015, asseverando que de modo categórico, a citada resolução tem vigência e eficácia de seus efeitos a partir de 01/10/2013 a 30/09/2028, e a partir de 26 de março de 2015, como pretende a Autuante.

Em sua informação Fiscal a Autuante manteve a autuação sob o fundamento de que, apesar de a Resolução nº 03/2015 esclarecer que o período de vigência da Resolução nº 27/2014, ser de out/2013 a jun/2014, entretanto, não autoriza a utilização retroativa do benefício, tendo a sua validade na data da publicação, que foi 26 de março de 2015.

Sustentou também a Autuante que não cabe a restituição de importâncias recolhidas em decorrência da utilização do benefício previsto na Resolução. Explicou seu posicionamento com base na analogia prevista no inciso I, do art. 108 do CTN, aduzindo que, apesar de a legislação do Probahia ser omissa em relação a benefícios utilizados em data retroativa, a legislação do Desenvolve ao estabelecer critérios com relação a empresas que tenham migrado do Bahiaplast nos §§4º e 5º do Dec. 8.205/2002, que “ será contado imediatamente após a data final da fruição do benefício nos termos da resolução anterior, não cabendo restituição de importâncias recolhidas em decorrência de não utilização do benefício previsto na resolução.”

Depois de compulsar os elementos que compõem o contraditório instalado no presente Auto de Infração, verifico que a solução da lide depende dos seguintes esclarecimentos. Primeiro, se no período de outubro de 2013 a junho de 2014, a Resolução PROBAHIA nº 27/2014, que instituiu o benefício do crédito presumido e do diferimento do ICMS no percentual de 95%, encontrava-se em vigor. Segundo, se a previsão estatuída pelos §§4º e 5º, do Dec. 8.205/2002, que veda a restituição de importâncias recolhidas em decorrência de não utilização do benefício previsto na resolução, é aplicável ao presente caso.

No que concerne ao questionamento sobre a fruição de benefício no percentual de 95%, instituído pela Resolução PROBAHIA nº 27/2014, no período de outubro de 2013 a junho de 2014, na busca da verdade material e afastar qualquer interpretação duvidosa, essa 3ª JF, converteu os autos em diligência à Gerência do Setor Indústria dessa SEFAZ, esclarecesse essa questão e a Gerência informou nos autos, fl. 204, que o Autuado começou a utilizar o incentivo relativo ao crédito presumido do ICMS, concedido pela Resolução PROBAHIA nº 27/2014, a partir de outubro de 2013.

Assim, entendo que o estabelecimento autuado no período de outubro de 2013 a junho de 2014, fazia jus ao benefício de 95%, ou seja em lide.

Em relação ao argumento da Autuante de que dever-se-ia aplicar ao presente caso, por analogia de que descabe a restituição de importâncias recolhidas em decorrência da não utilização do benefício previsto em resolução, irretroatividade fosse informado, com base nos §§4º e 5º do Dec. 8.205/2002, que regula as condições das empresas que migraram do BAHIAPLAST para o DESENVOLVE, entendo que não deve prosperar. Eis que é patente que na legislação do PROBAHIA, a que está submetido o Impugnante, como asseverou a própria Autuante, inexistia essa previsão. Portanto, a interpretação analógica, não deve ser aplicada, uma vez que se trata legislação de

concessão de benefício, caso em que se deve aplicar a interpretação literal.

Logo, fica patente nos autos que a utilização dos créditos fiscais, objeto da autuação, não foi efetuada ao alvedrio do Impugnante, eis que decorreram de previsão respaldada na legislação de regência.

Acrescente-se ainda, que a utilização dos créditos fiscais foi antecedida de retificação das Declarações e Apuração Mensal do ICMS – DMA, e procedida a retificação das informações contida no Sistema Público de Escrituração Digital - SPED, autorizada pelo Parecer DITRI nº 4523/2015.

Assim, ante o efetivo esclarecimento promovido pelo despacho colacionado às fls. 190 a 192 do Conselho, acolhendo o pleito do Autuado, que culminou com a edição da Resolução 03/2015, resta patente nos autos que o Autuado fazia jus ao benefício de 95%, a partir de 01 de outubro de 2013 utilização de crédito fiscal, resta descaracterizada a autuação.

Concluo pela insubsistência da autuação relativa à Infração 01.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 108880.0011/19-7, lavrado contra **INCENOR INDÚSTRIA CERÂMICA DO NORDESTE LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$384,12**, previstas nos incisos IX e XI, do art. 42 da mesma Lei, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei 9.837/05, devendo ser homologado os valores recolhidos.

Esta Junta de julgamento Fiscal, recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art.169, inciso I, alínea “a”, item 1 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 18.558, com efeitos a partir de 17/08/18.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de março de 2020.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA