

PROCESSO - A. I. Nº 210404.0013/14-6
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e LUPUS DESENVOLVIMENTO EM ALIMENTOS LTDA.
RECORRIDOS - LUPUS DESENVOLVIMENTO EM ALIMENTOS LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF n.º 0100-05/15
ORIGEM - INFAZ FEIRA DE SANTANA (CENTRO NORTE)
PUBLICAÇÃO - INTERNET 13/05/2021

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0080-11/21-VD

EMENTA: ICMS. 1. PROGRAMA DESENVOLVE. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. USO INDEVIDO DE INCENTIVO FISCAL. Provado que parte dos “débitos não vinculados”, trata de produtos utilizados no processo produtivo e vinculados ao benefício do Desenvolve, devendo assim ser considerado. Razões recursais providas em parte. Modificada a Decisão recorrida. 2. CRÉDITO FISCAL. USO INDEVIDO. MERCADORIA PARA USO E CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. Produto intermediário. Gás natural combustível vinculado e consumido no processo produtivo. Item insubsistente. Mantida a Decisão recorrida. Recurso Ofício **NÃO PROVIDO**. Recurso Voluntário **PROVIDO PARCIALMENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso de Ofício em razão da Decisão, proferida através do Acórdão nº 0100-05/15, ter desonerado o sujeito passivo do débito relativo à infração 3, conforme montante previsto no art. 169, I, “a” do RPAF/99, e de Recurso Voluntário interposto pelo autuado que, inconformado com a referida Decisão, apresenta a peça recursal respaldado no art. 169, I, “b” do citado regulamento.

O Auto de Infração foi lavrado para exigir o débito de R\$499.200,54, decorrente da constatação de cinco irregularidades, sendo objeto dos recursos as infrações 1 e 3, sob as seguintes acusações fiscais:

Infração 1 - Recolheu a menor o ICMS de R\$258.043,41, em razão de erro na determinação do valor da parcela sujeita a dilação de prazo prevista pelo Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – DESENVOLVE, nos meses de julho, setembro a dezembro de 2010.

Infração 3 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS de R\$217.193,35, inerente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, nos meses de janeiro a junho e setembro a dezembro de 2010.

A Decisão recorrida julgou o Auto de Infração Procedente em Parte, no valor de R\$282.007,19, diante das seguintes razões:

VOTO

Inicialmente, verifico que o lançamento de ofício foi realizado em conformidade com as disposições da legislação tributária do ICMS, especialmente do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99. Assim, inexistiu vício capaz de inquinar de nulidade o ato de lançamento, tendo em vista a apuração do imposto, multa e da respectiva base de cálculo, conforme demonstrativos e documentos juntados aos autos. Há, inclusive, clareza quanto à indicação do nome, endereço, qualificação fiscal do sujeito passivo e das condutas típicas do ilícito administrativo, bem como o nítido exercício do direito de defesa e do contraditório em face da acusação empreendida. Assim não havendo vícios na lavratura do Auto de Infração, inclusive, no decorrer da instrução processual, que possam inquinar de nulidade o lançamento, passo à análise do mérito, diante do auto de infração estar apto a surtir seus efeitos jurídicos e legais.

Oportuno o registro de que, apesar do lançamento de ofício constar de cinco irregularidades, a pretensão resistida consiste na insurgência contra as infrações 01 e 03. Dessa forma, nos termos do art. 140 do RPAF/99, as infrações 02, 04 e 05 estão caracterizadas, conforme os lançamentos incontroversos constantes nas fls. 2/3 deste PAF, no valor de R\$23.963,78.

No que concerne à infração 01, considero o procedimento adotado, pelo autuante, lastreado no art. 1º da Lei nº 7.980, de 12 de dezembro de 2001 - norma criadora do Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia - e nos arts. 2º e 3º do Regulamento do desse Programa, denominado DESENVOLVE, aprovado pelo Decreto nº 8.205, de 03 de abril de 2002. O argumento defensivo sobre o caráter restritivo dado à Instrução Normativa nº 27/09, que dispõe sobre a apuração do saldo devedor mensal do ICMS a recolher submetido ao incentivo pelo Programa DESENVOLVE, não é passível de acolhimento, pois, entendendo, que o referido ato administrativo, praticado por agente competente, consoante art. 11 do Regimento Interno da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, aprovado pelo Decreto nº 7.921, de 02 de abril de 2001, está em sintonia com a legislação específica desse Programa, na medida em que organiza a gestão tributária na aplicação do respectivo incentivo fiscal, sem inovar na ordem jurídica vigente, por se tratar de norma procedimental a fixar os contornos da Lei nº 7.980/01 e do Decreto nº 8.205/02. Ademais, não há a fixação da obrigatoriedade, do agente prolator da Instrução Normativa nº 27/09, de participar do Conselho Deliberativo do Programa, como se pode observar o art. 7º do Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia - DESENVOLVE, ao fixar a competência do referido Órgão Colegiado.

Registro, ainda, que o impugnante não traz elementos probatórios inerentes às operações fiscais, nas quais alega a existência de destaque indevido do imposto, com base no art. 6º do Decreto nº 6.284/97, bem como não apresenta o projeto aprovado pelo Conselho Deliberativo do DESENVOLVE contendo a inclusão das operações fiscais que entende estarem inclusas no mencionado Programa. Dessa forma, não afasta a respectiva imputação fiscal.

Destarte, são pertinentes as exclusões, realizadas pelo autuante, no levantamento fiscal, de parcelas submetidas ao Programa DESENVOLVE, notadamente, os valores de débitos do ICMS relativos às transferências de mercadorias recebidas ou adquiridas de terceiros para integrar o ativo fixo e para uso e consumo do sujeito passivo, além daqueles relacionados com a diferença de alíquotas - DIFAL USO E CONSUMO, como constam nas planilhas de fls. 362/374. A exemplo, têm-se os itens 2.1.13 - Transferência de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros - 5.152 e 6.152; 2.1.14 - Transferência de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros, que não deva por ele transitar - 5.156 e 6.156; 2.1.20 - Operações com bens de ativo imobilizado e materiais para uso ou consumo - 5.550 e 6.550 e 2.1.24 - Débitos de Diferença de alíquotas, da Instrução Normativa nº 27/09, vigente na ordem tributária do Estado da Bahia, cujos débitos fiscais dessas operações estão excluídos das parcelas sujeitas ao citado Programa, visto que são considerados não vinculados ao projeto. Logo, julgo subsistente a infração 01, nos termos dos lançamentos das fls. 1/2 deste PAF.

O deslinde da questão posta, inerente à infração 03, consiste em determinar se o item gás natural combustível deve ou não ser classificado como material para uso e consumo do sujeito passivo. Da análise dos documentos acostados aos autos, nas fls. 420/493, constata-se que o referido item está vinculado à industrialização, cuja atividade econômica principal é 1066000 - Fabricação de alimentos para animais e consumido na produção industrial. Apesar do erro material apontado, resta evidenciado ao compulsar os documentos arrolados, às fls. 83/85; 91/94; 101/103; 111/116; 123/129; 137/141; 148/152; 159/163; 170/176; 181/184 e 193/197, que o combustível adquirido pelo estabelecimento fabril não se trata de material para uso e consumo. Em que pese não integrar o produto final, constato que o gás natural combustível é necessário para a consecução da atividade econômica do autuado. Portanto, o citado item classifica-se como produto intermediário, inclusive, pelo caráter essencial apresentado. Dessa forma, a respectiva imputação fiscal não subsiste. Logo, julgo a mencionada infração improcedente.

Não acolho o pedido de cancelamento das multas propostas neste auto de infração, em virtude da falta de competência deste Órgão Julgador, consoante art. 158 do RPAF/99, por se tratar de descumprimento de obrigação tributária principal da relação jurídica estabelecida, diante dos lançamentos refutados pelo sujeito passivo.

Pelo acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração em epígrafe, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Diante de tais considerações a Decisão da JJF foi pela Procedência Parcial do Auto de Infração, no valor histórico de R\$282.007,19, recorrendo de ofício para uma das Câmaras do CONSEF.

No Recurso Voluntário, de fls. 529 a 542 dos autos, o recorrente alega inexistir recolhimento a menor de ICMS na determinação da parcela sujeita ao Programa Desenvolve.

Salienta que o Fisco apurou, às fls. 368 a 374 dos autos, valores de débitos de ICMS relativos à transferência de mercadoria recebida ou adquirida de terceiros, uso e consumo e imobilizado

entre a matriz e a filial, do que entendeu que tais valores não estão vinculados ao Programa DESENVOLVE.

Destaca que a postergação do pagamento do imposto em até 90% do saldo devedor, a fim de que tais recursos possam ser aplicados na expansão industrial, visa incentivar a instalação de novas indústrias, conforme explicitado no art. 3º da Lei nº 7.980/2001.

Invoca, ainda, o art. 2º do Decreto nº 8.205/2002, o qual estabelece que ficam diferidos o lançamento e o pagamento do ICMS relativo às aquisições de bens destinados ao ativo fixo, efetuadas por contribuintes habilitados mediante resolução do Conselho Deliberativo do DESENVOLVE, para o momento de sua desincorporação.

Assim, segundo o recorrente, resta claro que tanto a lei quanto o decreto o enquadram nas políticas do Programa Desenvolve, do que destaca que a Administração Pública está vinculada ao princípio da legalidade, isto é, o administrador público só poderá agir dentro daquilo que é previsto e autorizado por lei, estando impedido de relativizar sua aplicação como tenta fazer com o auto de infração.

Sustenta que os valores glosados foram devidamente contabilizados e, nos termos da legislação, são totalmente aptos para integrar os valores para determinar a parcela sujeita ao Programa. Contudo, a Superintendência Administrativa Tributária, por meio da Instrução Normativa nº 27/09, lista diversas operações por CFOP cujos créditos não estariam vinculados ao projeto, dentre eles os CFOP relativo à transferência de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros e transferência de ativo imobilizado. Assim, com base nesta Instrução Normativa o Fisco autuou o contribuinte, entendendo por devido o imposto referente ao ICMS.

Diz que a Instrução Normativa fere frontalmente o princípio da legalidade, da hierarquia e competência material das normas já que não possui competência para legislar sobre o Programa Desenvolve, principalmente com o fim de criar restrições ao Programa, do que ressalta que a aludida Instrução Normativa foi expedida pelo Superintendente de Administração Tributária, o qual sequer é membro do Conselho Deliberativo do Programa Desenvolve, órgão que regula o referido Programa.

Deste modo, segundo o recorrente, não há que se falar em infringência aos artigos 2º e 3º do Decreto nº 8.205/2002 com fundamento nas restrições impostas pela Instrução Normativa nº 27/2009.

Por fim, diz que, no caso dos autos, parte dos valores refere-se a saída de bens integrantes do ativo imobilizado/permanente, saídas estas que não sofrem incidência do imposto, conforme art. 6º, VIII do RICMS/97. Assim, apesar de ter realizado indevidamente destaque do imposto, não há incidência na hipótese e, por consequência, não há que se falar em inclusão no cálculo no Programa Desenvolve e sequer deveria ter sido autuado pelo Fisco Estadual, devendo ser improcedente a infração, eis que não há saldo a pagar relativo ao Programa Desenvolve.

Aduz, ainda, em razão do princípio da eventualidade, a ilegalidade da imposição da multa com o caráter confiscatório e notoriamente desproporcional, nos termos do art. 150, IV da Constituição Federal.

Ante o exposto, ratifica as razões apresentadas na impugnação e requer a reforma do Acórdão recorrido, quanto à primeira infração.

Às fls. 572 a 588 dos autos, consta Parecer PGE/PROFIS, subscrito pelo Procurador Dr. Elder dos Santos Verçosa, no sentido de se aplicar aos processos pendentes a nova redação do inciso III do art. 136 do RPAF, dada pelo Decreto nº 16.738/16, que restringe a emissão de parecer jurídico da Procuradoria Geral do Estado junto ao Conselho de Fazenda Estadual às hipóteses previstas no inciso I, do art. 118 do RPAF, cujo entendimento foi acolhido pela Procuradora Assistente da PGE/PROFIS/NCA, Dr.^a Rosana Maciel Bittencourt Passos, conforme despacho às fls. 589 dos autos.

Às fls. 593 a 597 dos autos, o sujeito passivo apresenta nova manifestação, conforme excerto a seguir:

A infração 01 - do Auto de Infração ora guerreado, apresenta valores devidos, por inclusão na apuração do DESENVOLVE, operações de devolução de matéria prima (embalagem) que equivocadamente fora escrituradas com o CFOP 6.152 - Transferência de mercadorias recebidas ou adquiridas de terceiro, quando o correto seria CFOP 6.208 - Devolução de mercadoria recebida em transferência para industrialização (matéria prima e embalagem/insumos).

As notas fiscais de aquisições/entradas, e de devoluções (anexas) espancam quaisquer dúvidas, tendo em vista, que as entradas das referidas matérias primas, foram lançadas como incentivadas CFOP 2.151 Transferência para industrialização ou produção rural, suas devoluções/transferências, por conseguinte, deveriam ser lançadas na escrita fiscal como CFOP - 6.208 Devolução de mercadoria recebida em transferência para industrialização ou produção rural, incentivadas e vinculadas ao programa DESENVOLVE, e não como 6.152 Transferência de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros, como equivocadamente foram escrituradas.

Diante dos ajustes relativos as saídas por devolução da matéria prima, apuramos que não existem diferenças de ICMS por recolher, conforme planilha anexa

Após a feitura dos ajustes com classificação fiscal correta (CFOP), das devoluções matéria prima e material de embalagem, na conformidade da IN 27/2009, restou provado que não existem quaisquer débitos de ICMS por recolher no exercício de 2010, referente a divergência dos valores escriturados e recolhidos no tocante ao benefício DESENVOLVE.

[...]

A título exemplificativo, transcrevemos abaixo os produtos envolvidos nas operações, suas respectivas NF-e, bem com seguem em anexo, cópias de NF-e, demonstrando tratar-se de entradas (aquisições), e saídas (devoluções) de dos produtos (matéria prima, insumo e material de embalagem) utilizados no processo produtivo, conforme cópia de notas anexas.

Saídas

sac embalagem p/ ração NF-e 000.002.176

sac embalagem p/ raçãoNF-e 000.009.130

bob embalagem p/ ração NF-e 000.002.176

Entradas

bob embalagem p/ração.....NF-e 000.007.618

bob embalagem p/ ração.....NF-e 000.008.132

bob embalagem p/ ração NF-e 000.007.320

sac embalagem p/ ração.....NF-e 000.007.320

sac embalagem p/ ração NF-e 000.006.456

Como é fato incontroverso, os produtos devolvidos tratam-se de matéria prima, insumos e materiais de embalagens, adquiridos para produção, e que parte deles foram devolvidos a sua unidade em outra Unidade da Federação, por motivos operacionais.

No mês 09/2010, a Autuado deixou de recolher o valor de R\$ 6.280,07, relativo a desincorporação de ativo imobilizado (ICMS normal), que deveria ser recolhido no dia 09/10/2010, haja vista, que o mesmo não está incluído no cálculo do benefício DESENVOLVE.

Nessa situação, subsiste a título de ICMS por recolher o valor R\$ 6.280,07, mais seus acréscimos legais.

Isto posto, fica refutado quaisquer outras interpretações, por mais privilegiadas que sejam, que resulte em exigência tributária.

[...]

As divergências apuradas entre os valores apontados no Auto de Infração aqui debatido, e os demonstrados nesta peça defensiva, verificou-se em decorrência de uma falha de natureza acessória, que ao invés digitar o CFOP 5.208 Devolução de mercadoria recebida em transferência para industrialização ou produção rural, fora digitado indevidamente no CFOP 6.152 – Transferência de mercadorias recebidas de terceiros.

Quanto os valores residuais, após os ajustes devidos em relação as devoluções de matéria prima e material de embalagem, referem-se a inclusão do valor de R\$ 6.280,07, relativo a desincorporação de ativo imobilizado, que por engano foi deduzido da parcela dilatada do DESENVOLVE em 72 meses, mas que foi recolhida no dia 20/10/2010, por opção da Autuada. Para o qual solicitamos a emissão do DAE no valor de R\$ 6.280,07, acrescido dos encargos legais.

Neste diapasão, fica patente que não houve nenhum intuito de reduzir valores a títulos de ICMS, e tão somente um equívoco na digitação do CFOP ao emitir o documento fiscal (NFe), que devolveram parte dos produtos (matéria prima, insumo e material de embalagem), que não causou nenhum prejuízo a Fazenda Pública.

Portanto, o presente Auto de Infração em lide, deverá ser julgado PROCEDENTE APENAS, na parte relativo ao ICMS valor R\$ 6.280,07 que fora deduzido indevidamente da parcela dilatada do DESENVOLVE recolhida no dia 20/10/2010, por questão de JUSTIÇA

Por fim, anexa documentos às fls. 600 a 702 dos autos, como prova de sua alegação.

Na sessão de julgamento ocorrida em 23/05/2019, os membros desta 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, acordaram em encaminhar o PAF à repartição fiscal de origem para o autuante ou preposto fiscal estranho se manifestasse sobre as novas alegações recursais e documentos anexados, apresentando informação fiscal na qual fundamentasse sobre a procedência, ou não, das provas apresentadas e, caso necessário, trouxesse aos autos novos demonstrativos e levantamentos fiscais, sintéticos e analíticos, com valores mensais, porventura remanescentes. E, posteriormente, a repartição fiscal cientificasse o sujeito passivo do resultado da diligência, fornecendo-lhe todos os demonstrativos, porventura, apensados na diligência, indicando o prazo de vinte dias para, querendo, se pronunciar.

Em atendimento ao solicitado, às fls. 711 a 719 dos autos, preposto fiscal estranho ao feito, após análise analítica e demonstrativos inseridos em sua informação fiscal, concluiu que:

CONCLUSÃO:

Foram expurgados da planilha de cálculo constante nos autos os valores referentes débitos não vinculados ao programa lançados conforme planilha abaixo:

[...]

Dados os ajustes acima, temos o ICMS a recolher:

LUPUS DESENVOLV. EM ALIMENTOS LTDA	JURACI LEITE NEVES JÚNIOR - Auditor Fiscal . Cad. 13.2841190-0 - jjunior@sefaz.ba.gov.br				
11.120.258/0003-00	JUL - 2016	SET - 2016	OUT - 2016	NOV - 2016	DEZ - 2016
(=) Saldo do Mês	297.235,12	324.633,82	254.119,99	237.766,67	239.326,19
(=) Saldo Não Vinculado	5.955,19	13.326,27	5.497,54	7.871,92	2.155,14
(=) Saldo Vinculado	291.279,93	311.307,55	248.622,45	229.894,75	237.171,05
% Incentivo Resolução (1)	90,00%	90,00%	90,00%	90,00%	90,00%
(=) SPDI	291.279,93	311.307,55	248.622,45	229.894,75	237.171,05
(=) ICMS Incentivado Não Postergado	29.127,99	31.130,76	24.862,25	22.989,48	23.717,10
(=) ICMS Não Incentivado	5.955,19	13.326,27	5.497,54	7.871,92	2.155,14
(=) ICMS TOTAL NÃO INCENTIVADO	35.083,18	44.457,03	30.359,79	30.861,40	25.872,25
(-) Sd Credor Não Vinc- Absorvido	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00
ICMS CALCULADO	35.083,18	44.457,03	30.359,79	30.861,40	25.872,25
ICMS RECOLHIDO NO PRAZO	35.083,18	38.176,96	30.788,68	30.861,40	26.664,53
% Incentivo Recalculado (2)	90,00%	77,29%	90,00%	90,00%	90,00%
(=) SPDI	291.279,93	311.307,55	0,00	0,00	0,00
(=) ICMS Incentivado Não Postergado	29.128,02	70.708,94	0,00	0,00	0,00
(+) ICMS Não Incentivado	5.955,19	13.326,27	0,00	0,00	0,00
(=) ICMS TOTAL NÃO INCENTIVADO	35.083,21	84.035,21	0,00	0,00	0,00
(-) Sd Credor Não Vinc- Absorvido	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00
ICMS CALCULADO (2)	35.083,21	84.035,21	0,00	0,00	0,00
ICMS RECOLHIDO EXTRA PRAZO	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00
ICMS A RECOLHER	0,03	45.858,25	0,00	0,00	0,00
TOTAL A RECOLHER					45.858,28

Posto isso, entendemos pelo julgamento pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do presente auto de infração haja vista o valor a cobrar nos meses de julho, outubro, novembro e dezembro são zerados restando valor a recolher no mês de setembro.

[...]

Após diversas tentativas para intimar o sujeito passivo a tomar ciência do resultado da diligência realizada, inclusive através de Edital de Cientificação (fls. 722/735), o mesmo manteve-se silente.

É o relatório.

VOTO

Trata-se de Recurso de Ofício por ter a Decisão recorrida exonerado o sujeito passivo do débito exigido na infração 3 do lançamento de ofício, ao julgá-la improcedente, conforme previsto no art. 169, I, "a" do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, como também de Recurso Voluntário

interposto pelo contribuinte no sentido de modificar a Decisão da 1ª instância, em relação à infração 1 do Auto de Infração, nos termos do art. 169, I, “b” do RPAF.

Quanto ao Recurso de Ofício, verifica-se que a infração 3 acusa o sujeito passivo de utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$217.193,35, na aquisição de gás natural combustível, classificado como material para uso e consumo, sob CFOP 1556. Contudo, a decisão “*a quo*”, ao analisar o Relatório Técnico da Utilização do Gás Natural, às fls. 420 a 493 dos autos, concluiu que o referido item está vinculado à industrialização, cuja atividade econômica principal é 1066000 - Fabricação de alimentos para animais, sendo insumo consumido na produção industrial, como produto intermediário, pois é utilizado como combustível necessário para a consecução da atividade econômica do autuado.

Pelas razões expostas, concordo com a Decisão recorrida e não dou provimento ao Recurso de Ofício, tendo em vista que o gás natural, tido como uso e consumo, na verdade, se trata de insumo na produção de alimentos, atividade fim do recorrente. Infração 3, improcedente.

Quanto às razões do Recurso Voluntário, a tese inicial é de ilegalidade da IN nº 27/09 e que os valores glosados foram devidamente contabilizados e, nos termos da legislação, são totalmente aptos para integrar os valores para determinar a parcela sujeita ao Programa Desenvolve.

Já em outra vertente, o recorrente alega que parte dos valores se refere a saída de bens integrantes do ativo imobilizado/permanente, saídas estas que não sofrem incidência do imposto, conforme art. 6º, VIII do RICMS/97. Assim, apesar de ter realizado indevidamente destaque do imposto, não há incidência na hipótese e, por consequência, não há que se falar em inclusão no cálculo no Programa Desenvolve e sequer deveria ter sido autuado pelo Fisco Estadual, devendo ser improcedente a infração, eis que não há saldo a pagar relativo ao Programa DESENVOLVE.

Numa terceira direção, as razões recursais são no sentido de que se tratam de operações de devolução de matéria prima (embalagem) que equivocadamente foram escrituradas com o CFOP 6.152 – Transferência de mercadorias recebidas ou adquiridas de terceiro, quando o correto seria CFOP 6.208 - Devolução de mercadoria recebida em transferência para industrialização (matéria prima e embalagem/insumos).

Inerente a primeira tese, há de ressaltar que a Instrução Normativa nº 27/09 não estabelece normas, como alega o recorrente, mas, apenas, como o próprio termo induz, instrui conduta sobre norma estabelecida, pois se trata de ato administrativo que tem por finalidade esclarecer questões já presentes em outros mandamentos legais.

Portanto, o benefício fiscal foi instituído através da Lei nº 7.980/2001 com o objetivo de fomentar a atividade industrial e agroindustrial, gerar empregos e riqueza no Estado da Bahia. Por sua vez, o Decreto nº 8.205/02 veio regulamentar o benefício fiscal estabelecido na referida Lei. Especificamente para cada contribuinte há um processo para habilitação e, após aprovação do projeto, o Conselho Deliberativo do DESENVOLVE emite uma Resolução, específica ao beneficiário, estabelecendo todos os direitos e obrigações.

Em consequência, como dito, a Instrução Normativa nº 27/09 não estabelece normas, apenas esclarece questões já presentes em outros mandamentos legais, pois, no caso concreto, está em sintonia com a legislação específica, na aplicação do incentivo fiscal em comento, eis que o benefício fiscal para as parcelas incentivadas, com pagamento dilatado ou reduzido se antecipado o prazo dilatado, por questões óbvias, em razão do próprio objeto de fomentar a indústria e gerar empregos e riqueza, só pode se referir às operações vinculadas ao projeto aprovado e condições estabelecidas na Resolução.

Quanto as duas teses recursais restantes, as mesmas são antagônicas e excludentes, pois em uma delas o recorrente alega tratar-se de saída de bens integrantes do ativo imobilizado/permanente, as quais deveriam ocorrer sem incidência do imposto e, por consequência, não há que se falar em inclusão no cálculo no Programa DESENVOLVE. Em outra tese o recorrente afirma que se tratam de operações de devolução de matéria prima (embalagem), equivocadamente foram escrituradas

com o CFOP 6.152 – Transferência de mercadorias recebidas ou adquiridas de terceiro, quando o correto seria CFOP 6.208 - Devolução de mercadoria recebida em transferência para industrialização (matéria prima e embalagem/insumos).

Em relação à primeira tese, *em análise*, parece superada em decorrência dos novos argumentos do sujeito passivo de que se trata de devolução de embalagens/insumos recebidos para industrialização, conforme documentos anexos às fls. 609 a 702 dos autos.

Quanto a esta última tese, da análise da documentação colacionada aos autos e, principalmente, do resultado da diligência por preposto estranho ao feito que concluiu “... *que as notas de aquisições dos itens constante nas notas fiscais de saídas elencados na planilha como “débitos não vinculados”, tratam de produtos utilizados no processo produtivo do autuado, assim sendo, tais itens encontram-se vinculados ao benefício do Desenvolve, devendo ser excluídos do cálculo.*”, acolho o Parecer exarado pela procedência parcial da infração 1, no valor de R\$45.858,25, relativo à competência de setembro de 2010, como demonstrado **às fls. 718 dos autos**, já reproduzido no relatório, de cujo resultado houve anuência tácita do sujeito passivo, ao não se pronunciar, quando devidamente intimado através de Edital (fl. 726).

Por fim, quanto a alegação recursal acerca da inconstitucionalidade da multa, por entender ter caráter confiscatório e desproporcional, nos termos do art. 150, IV da Constituição Federal, há de esclarecer que, consoante previsto no art. 125, incisos I e III da Lei nº 3.956/81 (COTEB), falece competência a este Colegiado a sua análise, cuja penalidade está prevista no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/97.

Diante destas considerações, dou provimento parcial ao Recurso Voluntário, inerente à infração 1, para julgá-la Parcialmente Procedente, no valor de R\$45.858,25, relativo à competência de setembro de 2010.

Do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício e PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário para modificar a Decisão recorrida, apenas para julgar a infração 1 Procedente em Parte, no valor de R\$45.858,25, relativo à competência de setembro de 2010, devendo ser homologados os valores recolhidos, conforme fls. 508 a 510 dos autos, relativos às infrações 2, 4 e 5 do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **210404.0013/14-6**, lavrado contra **LUPUS DESENVOLVIMENTO EM ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$63.584,36**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação tributária acessória no valor de **R\$6.237,67**, prevista no inciso IX do artigo e lei mencionados, com os acréscimos moratórios na forma do COTEB, aprovado pela Lei nº 3.956/81, devendo ser homologados os valores recolhidos.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 29 de março de 2021.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – RELATOR

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