

PROCESSO	- A. I. N° 269358.0030/18-0
RECORRENTE	- KEP INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PLÁSTICOS LTDA.
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2 ^a JJF n° 0116-02/19
ORIGEM	- DAT SUL / IFEP
PUBLICAÇÃO	- INTERNET 16/03/2023

1^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 00021-11/23-VD

EMENTA: ICMS. BENEFÍCIOS FISCAIS. DESENVOLVE. UTILIZAÇÃO INCORRETA DO BENEFÍCIO. LANÇAMENTO DO IMPOSTO ICMS. Restou configurada a ocorrência do recolhimento de ICMS a menos, em virtude da inclusão indevida no cálculo das parcelas sujeitas à dilação de prazo, de operações não contempladas no benefício, ocorridas por razões distintas das previstas no projeto incentivado. Falta de atendimento de requisito regulamentar para fruição do benefício. Modificado o lançamento, nos termos propostos pela PGE/PROFIS no sentido de aplicar o dispositivo legal previsto no parágrafo único do art. 100, I do CTN até novembro de 2014, já que a partir de 23.12.2014, houve a publicação oficial da negativa do pedido do benefício. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de Recurso Voluntário interposto em razão de decisão em primeira instância deste Conselho de Fazenda que julgou Procedente o Auto de Infração lavrado em 12/12/2018, exige crédito tributário no valor histórico de R\$6.485.909,17, acrescido da multa no percentual de 60%, pela constatação da infração seguir descrita:

INFRAÇÃO 01 – 03.08.04 – Recolheu a menor o ICMS em razão de erro na determinação do valor da parcela sujeita a dilação de prazo prevista pelo Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração do Estado da Bahia – DESENVOLVE, no período de janeiro de 2014 a dezembro de 2015. Multa prevista no art. 42, inc. II, alínea “f” da Lei n° 7.014/96.

Os autuantes complementam informando que “O estabelecimento auditado, habilitadas aos benefícios do Programa DESENVOLVE (Resoluções n° 27/2006 e 101/2013) exerce atividade econômica mista, praticando operações de índole industrial (transformação), sujeitas ao benefício fiscal (TUBOS PVC) e não sujeitas ao benefício fiscal (PERFIS, FORRO e PORTAS SANFONADAS à base de PVC) e operações de índole meramente comercial, caracterizada pela revenda de mercadorias fabricadas por terceiros, por isso mesmo, fora do escopo do benefício em epígrafe.

Foi aplicada a metodologia prevista na Instrução Normativa n° 27/2009, que consiste na exclusão do saldo da apuração mensal (SAM) dos débitos fiscais não vinculados ao projeto (DNPV). O crédito fiscal destacado nas operações de aquisição de insumos comuns foi separado proporcionalmente ao valor das operações de saída.

Procedeu-se, desse modo, ao cálculo mensal do Incentivo Fiscal DESENVOLVE conforme determinado no referido ato normativo, constatando-se recolhimentos a menor do ICMS devido mensalmente e não sujeito ao benefício. Instrui e integra o lançamento o demonstrativo do cálculo mensal do DESENVOLVE (Anexo I), demonstrativo de débito relacionado a produtos de fabricação própria não vinculados ao projeto (Anexo II), demonstrativo das entradas e saídas por CFOP (Anexo III), demonstrativo dos ajustes dos créditos fiscais não vinculados ao projeto (Anexo IV), demonstrativo dos ajustes das devoluções (Anexo V) e demonstrativo da apuração fornecida pelo Estabelecimento autuado (Anexo VI). Todos os dados têm como fonte a Escrituração Fiscal Digital (EFD).”

Enquadramento legal: artigos 37 e 38 da Lei n° 7.014/96 c/c os artigos 2º e 3º do Decreto n° 8.205/2002.

O contribuinte, por meio de seus Advogados impugnou lançamento, conforme documentos às fls. 439 a 451. O autuante prestou informação fiscal fls. 521/40 e então, a JJF julgou Procedente o lançamento conforme voto abaixo:

VOTO:

O presente lançamento imputa ao sujeito passivo a acusação de ter procedido ao recolhimento a menor do ICMS em razão de erro na determinação do valor da parcela sujeita a dilação de prazo prevista pelo Programa DESENVOLVE.

Após examinar as peças componentes do Processo Administrativo Fiscal, verifico que estão presentes os pressupostos de validade processual, não faltando requisitos essenciais na lavratura do auto de infração, encontrando-se definidos o autuado, o montante e o fato gerador do débito tributário reclamado e no que tange aos aspectos formais e materiais do auto de infração, não há reparos a fazer.

As autoridades administrativas constituíram o crédito tributário, registrando a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinou a matéria tributável, calculou o montante do tributo devido, identificou o sujeito passivo e propôs a aplicação da penalidade cabível, tudo em absoluta consonância com o art. 142 do CTN, tendo sido observado o direito à ampla defesa e ao contraditório, visto que as infrações estão caracterizadas demonstrativos apensos aos autos.

Constato que inexiste assim, qualquer vício ou falha que possa imputar nulidade ao auto de infração, não sendo detectada nenhuma ocorrência das hipóteses previstas no art. 18 do RPAF/99.

Da análise dos autos, constato que a infração imputada a autuada trata de matéria afeita ao uso de benefícios fiscais outorgados a contribuintes através do Programa DESENVOLVE.

Portanto é importante inicialmente ressaltar que o Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia - DESENVOLVE instituído pela Lei nº 7.980/2001, 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.

O Decreto nº 8.205/2002, que aprova o Regulamento do Programa DESENVOLVE e constitui o seu Conselho Deliberativo, prevê a concessão de incentivos fiscais que têm por finalidade 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.

Assim, pode-se inferir que qualquer operação que extrapole os critérios de aprovação do beneficiário em questão ao Programa, não será alcançada pelos benefícios fiscais ali previstos.

Cabe também destacar que conforme relatada pela própria autuada, a questão abordada no presente lançamento não representa nenhuma novidade quanto a percepção e ciência do entendimento da Administração Tributária e do CONSEF acerca dos procedimentos que o beneficiário do programa deveria adotar, haja vista a existência de dois outros processos administrativos fiscais, já julgados em 2ª instância, onde a autuada figurou como parte, oportunidade em que ficou claro a interpretação jurídica esposada nos acordos do CONSEF citados pela autuada cujas cópias encontram-se apensas aos autos.

A autuada é habilitada ao Programa DESENVOLVE desde 19/04/2006, conforme Resolução do Conselho Deliberativo do DESENVOLVE nº 27/2006, fls. 247 e 248 sendo posteriormente contemplada com a prorrogação do prazo para fruição dos benefícios concedidos, pela Resolução nº 101/2013, fl. 249.

A Resolução nº 27/2006, determina no seu art. 1º: "Considerar habilitado aos benefícios do Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia - DESENVOLVE, o projeto da KEP INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PLÁSTICOS LTDA., CNPJ nº 02.723.988/0001-42, instalada no município de Vitória da Conquista - neste Estado, para produzir tubos de PVC, sendo-lhe concedido os seguintes benefícios: "

Os benefícios relacionados são os seguintes:

I - deferimento do lançamento e do pagamento do ICMS, nas seguintes hipóteses:

a) nas importações e nas aquisições neste Estado e em outra unidade da Federação, relativamente ao diferencial de alíquotas, de bens destinados ao ativo fixo, para o momento em que ocorrer sua desincorporação e

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

II - dilação de prazo de 72 (setenta e dois) meses para pagamento do saldo devedor do ICMS, relativo às operações próprias, gerado em razão dos investimentos previstos no projeto incentivado, conforme estabelecido na Classe I, da Tabela I, anexa ao Regulamento do DESENVOLVE.

Quanto ao prazo para usufruto dos benefícios do programa, o art. 2º determina: "Conceder por mais 48 (quarenta e oito) meses para fruição dos benefícios, contados a partir do 1º dia do mês subsequente à publicação desta Resolução no Diário Oficial do Estado." Este prazo foi prorrogado pela Resolução nº

101/2013, por mais 48 meses, ressalvando que serão mantidas as demais condições.

Portanto, friso que a última resolução alterou apenas o prazo de vigência dos benefícios fiscais concedidos.

No artigo 14 da Lei Complementar nº 101/2000 – Lei da Responsabilidade Fiscal, os benefícios fiscais são caracterizados como: anistia, remissão, subsídio, crédito presumido, concessão de isenção em caráter não geral, alteração de alíquota ou modificação de base de cálculo.

Nos termos do art. 179 do CTN, a isenção, quando não concedida em caráter geral, é efetivada, em cada caso, por despacho da autoridade administrativa, em requerimento com o qual o interessado faça prova do preenchimento das condições e do cumprimento dos requisitos previstos em lei ou contrato para sua concessão.

O benefício fiscal, considerado como uma redução ou eliminação de ônus tributário nos termos da lei ou norma específica, equivale a isenção quanto a interpretação, cabendo a literal prevista no art. 111 do CTN.

O citado artigo do CTN, determina que se interpreta literalmente à legislação tributária que disponha sobre:

- I - suspensão ou exclusão do crédito tributário;
- II - outorga de isenção;
- III – dispensa do cumprimento de obrigações tributárias acessórias.

Os benefícios concedidos ao contribuinte pelo DESENVOLVE, se processam de forma condicional através de Resolução individual do Conselho Deliberativo do programa, semelhante aos dispositivos tratados no citado artigo 111 do CTN.

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

Assim sendo, o benefício fiscal previsto no Programa DESENVOLVE, sendo concedido em caráter individual e estabelecendo determinadas condições pelo Conselho Deliberativo, consignadas na Resolução específica, as quais o agente público, através do controle administrativo, acompanha o cumprimento destes condicionantes exigidos para o usufruto do benefício fiscal, impondo-se, assim a aplicar a interpretação da norma, de forma literal conforme art. 111 do CTN.

A Resolução nº 27/2006 do Conselho Deliberativo do DESENVOLVE, concedeu a autuada o benefício da dilação de prazo de 72 (setenta e dois) meses para pagamento do saldo devedor do ICMS, previsto no inciso II do art. 1º. Esta dilação é relativa às operações próprias do estabelecimento KEP INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PLÁSTICOS LTDA., CNPJ nº 02.723.988/0001-42, instalada no município de Vila da Conquista, para produzir tubos de PVC, gerado em razão dos investimentos previstos no projeto incentivado, conforme estabelecido na Classe I, da Tabela I, anexa ao Regulamento do DESENVOLVE.

Portanto, o benefício concedido não pode abranger as operações de quaisquer produtos industrializados no estabelecimento filial, sob CNPJ nº 02.723.988/0002-23, inclusive de forros e perfis, conforme ocorreu no presente caso.

Destaco que o art. 22 do Decreto nº 8.205/2002, que regulamenta o Programa DESENVOLVE, dispõe que:

Art. 22. No caso de remessa interna e interestadual para industrialização, os incentivos previstos neste Decreto somente incidirão sobre a parcela produzida no estabelecimento beneficiário, salvo situações excepcionais por deliberação do Conselho.

Dessa forma, os argumentos trazidos pela defesa não podem ser interpretados de forma diferente que não a literal, de forma a não modificar as disposições contidas na Resolução do Conselho Deliberativo nº 27/2006.

Da análise dos demonstrativos apensos aos autos às fls. 12 a 246, constato que as autoridades fiscais procederam de forma incorreta, observando criteriosamente os dispositivos legais e regulamentares, inclusive aplicando as orientações contidas na Instrução Normativa nº 27/2009, que dispõe sobre a apuração do saldo devedor mensal do ICMS a recolher passível de incentivo pelo Programa DESENVOLVE, cuja apuração concluiu como devido e não recolhido o ICMS no valor de R\$ 6.485.909,17, sobre o qual ressalte-se em momento algum foi contestado pela defesa.

Assim sendo, não tendo contestado o roteiro de fiscalização aplicado pelo auuentes, não tendo contestado os números apurados e considerando não encontrar pertinência nas razões da defesa apresentada, não há outra conclusão senão, que restou comprovada a acusação fiscal de recolhimento a menos do ICMS, visto que, como aduziu os auuentes, o contribuinte procedeu interpretando a resolução concessiva do benefício de forma seletiva, ignorando as ocorrências que certamente deveriam ter sido consideradas para correção de seu entendimento que resultou no presente lançamento.

Quanto a arguição de que as multas aplicadas têm caráter confiscatório não pode prosperar. Embora o art. 150, inc. IV da Constituição Federal, vede aos entes federativos a utilização do tributo com efeito de confisco, a multa por infração tributária consiste em sanção a ato ilícito, razão pela qual, não se vincula ao princípio da vedação ao confisco, que abarca somente os tributos.

Ademais, não se pode falar em multa confiscatória também pelo fato dela ser legalmente prevista para a infração apurada, com disposição expressa no artigo 42, inc. II, alínea "f" da Lei nº 7.014/96.

Por derradeiro, deixo de analisar a alegação de ilegalidade e/ou constitucionalidade, em razão deste órgão de julgamento administrativo ser incompetente para apreciar tais questionamentos, de acordo com o estatuído no art. 167, inc. I do RPAF/99.

Pelo exposto, voto pela **PROCEDENCIA** do Auto de Infração.

Inconformado, o contribuinte ingressou com o Recurso Voluntário, abaixo em resumo:

DOS PRESSUPOSTOS FÁTICOS E JURÍDICOS ENSEJADORES DA ANULAÇÃO DO AUTO DE INFRAÇÃO:

Ao apresentarem informação fiscal, os autuantes reconheceram que, quando dos julgamentos do Autos de Infração nºs 269278.0009/13-5 e 269278.0011/13-0:

Ora, nota-se: *o CONSEF nos citados julgamentos afastou todas as razões de mérito invocadas nas impugnações, embora, com fundamento no entendimento proposto pela PGE, tenha afastado a penalidade, conforme art 100, parágrafo único do CTN, reconhecendo que A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA INDUZIU A AUTUADA A ERRO OU, NO MÍNIMO, CONCORREU PARA ELE, AO EMITIR ATO NULO, porque praticado por agente público incompetente, documento à fl. 287" (destaque nosso).*

Claramente que, o documento o qual fizeram menção os autuantes, foi aquele emitido em 05/12/2013, quando, atendendo à solicitação da empresa RECORRENTE, a Secretaria da Indústria, Comércio e Mineração, por meio do Presidente do Conselho Deliberativo do DESENVOLVE (Of. Nº 150/2013 - DESENVOLVE) - documento em anexo, informou que:

"(...) à luz da legislação pertinente, entendemos que a prática de produção no estabelecimento filial exclusivamente fabril, objeto de correspondência protocolada nesta Secretaria em julho de 2009, inscrita no CNPJ sob o nº 02.723.988/9002-23 e IE nº 069.000.486 NO está contemplada pelos incentivos concedidos à KEP INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PLÁSTICOS,

Antes disso, a empresa RECORRENTE protocolou em 01/07/2009 a solicitação de inclusão, no Programa DESENVOLVE, da unidade filial, exclusivamente fabril, o que fez por meio de documento protocolado junto à Secretaria de Indústria e Comércio e Mineração do Estado da Bahia, órgão do qual faz parte o Conselho Deliberativo do DESENVOLVE. Naquela oportunidade salientou que a unidade era *"(...) exclusivamente fabril sendo toda sua produção comercializada pela matriz.* Ou seja, na unidade fabril acontecia tão somente parte da fabricação de determinado produto, sendo que tal produto retornava para a matriz, a qual realizava a comercialização.

Assim, quando por meio da Resolução nº 101/2013, de 02/04/2013, o Conselho Deliberativo do Desenvolve prorrogou o prazo de fruição dos benefícios concedidos à empresa RECORRENTE por mais 48 (quarenta e oito) meses (Resolução em anexo), termos que era do absoluto conhecimento do Conselho o teor do documento emitido pela Secretaria da Indústria, Comércio e Mineração, por meio do Presidente do Conselho Deliberativo do DESENVOLVE.

Conforme dito, a empresa RECORRENTE foi intimada quanto à lavratura do Auto de Infração nº 269278.0009/13-5, o qual lhe impunha a aplicação de penalidade no importe de R\$ 2.081.802,84 (dois milhões, oitenta e um mil, oitocentos e dois reais e oitenta e quatro centavos) e do Auto de Infração nº 269278.0011/13-0, o qual lhe impunha penalidade no importe de R\$ 124.810,49 (cento e vinte e quatro mil, oitocentos e dez reais e quarenta e nove centavos).

Quanto ao Auto de Infração nº 269278.0009/13-5, quando a empresa RECORRENTE manejou Recurso Voluntário à Câmara de Julgamento do CONSEF em face de acórdão, quando instada a se pronunciar nos autos, a Procuradoria Geral do Estado (PGE/PROFIS) sugeriu que a Câmara Julgadora do CONSEF convertesse o processo em diligência do Conselho Deliberativo do DESENVOLVE. O objetivo seria de que o Conselho confirmasse se houve legalmente a inclusão da filial fabril na Resolução nº 27/2006.

A Procuradoria Geral do Estado (PGE/PROFIS), por meio de Parecer, ponderou que entendia *"(...) ser perfeitamente viável no julgamento administrativo a ser realizado na 2ª Instância do CONSEF, a discussão da aplicabilidade do art. 100, I do CTN, sob a perspectiva da excludente*

supralegal de culpabilidade da 'inexigibilidade de conduta diversa na esteira do julgamento do Auto de Infração nº 2069730010/14S' - Parecer em anexo.

Finalmente, em julgamento ocorrido no dia 20/06/2018, a 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, com voto de qualidade do Presidente (uma vez que houve empate na votação dos Conselheiros integrantes da Câmara, sendo 3 votos favoráveis à anulação do Auto de Infração e 3 votos favoráveis à manutenção do Auto de Infração, todavia, com a exclusão de todo tipo de penalidade, em razão do nítico conflito entre o ato administrativo proferido pelo Presidente do Desenvolve e posterior entendimento do Réu). A Câmara então, proveu parcialmente o recurso, para fins de manter o Auto de Infração, todavia, sem incidência da multa de 60% e dos acréscimos legais (Acórdão CJF nº 015641/17 em anexo).

E quanto ao Auto de Infração nº 269278.0011/13-0, após apresentação de Defesa Administrativa ao Conselho de Fazenda Estadual (CONSEF), os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho, por unanimidade, julgaram pela procedência do auto (ACÓRDÃO JJF Nº 0082-01/14).

Posteriormente, manejou Recurso Voluntário para Câmara de Julgamento do CONSEF em face do acórdão mencionado. A 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, por meio do Acórdão CJF nº 0196-12/18 (documento em anexo), da mesma forma como ocorreu com relação ao Auto de Infração nº 269278.0009/13-5, com voto de qualidade do Presidente (uma vez que houve empate na votação dos Conselheiros integrantes da Câmara, sendo 3 votos favoráveis à anulação do Auto de Infração e 3 votos favoráveis à manutenção do Auto de Infração, todavia, com a exclusão de todo tipo de penalidade, em razão do nítido conflito entre o ato administrativo proferido pelo Presidente do Desenvolve e posterior entendimento do Réu), proveu parcialmente o recurso, para fins de manter o Auto de Infração, todavia, sem incidência da multa de 60% e dos acréscimos legais.

Deste modo, conclui-se que já era do conhecimento desta Secretaria, antes mesmo de a RECORRENTE ser incluída no DESENVOLVE, que o objeto da empresa havia sido modificado. Além disso, destacamos o fato de que os produtos fabricados pela RECORRENTE são todos eles de plástico PVC e estão incluídos no CNAE 22.21800.

A ampliação do portfólio de produtos dentro do mesmo CNAE faz parte da política de expansão de toda e qualquer empresa que queira, minimamente, manter-se no Mercado.

A despeito da documentação apresentada, salientamos ainda que a expansão, o crescimento e o dinamismo são características essenciais para o sucesso de qualquer projeto ou empreendimento. Além disso, todas as ações desenvolvidas pela RECORRENTE sempre estiveram em consonância com os objetivos do DESENVOLVE o qual, em seu decreto constitutivo, nunca estabeleceu qualquer espécie de engessamento às empresas.

Vale ressaltar ainda que, a expansão da RECORRENTE não causou qualquer tipo de prejuízo para a arrecadação do Estado da Bahia. Pelo contrário, o crescimento da atividade da RECORRENTE, além de gerar mais empregos, implica em maior pagamento de tributos para os cofres públicos.

Outrossim, a RECORRENTE sempre foi acompanhada e fiscalizada pela Secretaria Executiva do Programa DESENVOLVE, em conjunto com a Secretaria da Fazenda, no que diz respeito ao desenvolvimento e cumprimento do projeto, conforme preconiza o Decreto nº 8.205, de 3 de abril de 2002, o qual criou o DESENVOLVE. Além disso, foi alvo de várias fiscalizações rotineiras da SEFAZ/Bahia, que nunca apresentou qualquer interpretação diversa, no que diz respeito à inclusão da filial no Programa DESENVOLVE.

Neste caminhar, temos que se equivocou o fiscal diligente quando autuou a indústria/RECORRENTE em virtude de recolhimento a menor do ICMS, em razão de erro na determinação do valor da parcela sujeita a dilação de prazo prevista pelo Programa DESENVOLVE, o que passamos a explanar, pois não parece razoável a aplicação das penalidades, vez que não se trata do ocorrido.

Conforme já comprovado, antes mesmo de a RECORRENTE ser inserida no Programa DESENVOLVE, o objeto social da empresa já havia sido alterado (Alteração Contratual nº 2 em anexo), passando a constar a fabricação e comercialização de laminados planos e tubulares de

plásticos e artefatos de plásticos em geral (CNAE 22.21800).

Resta claro, portanto, que antes mesmo de migrar para o Programa DESENVOLVE esta Secretaria já conhecia a mudança que havia sido feita no objeto social da empresa. A RECORRENTE, pois, foi regularmente inserida no Programa DESENVOLVE já com o objeto social alterado, com a inserção da fabricação e comercialização de laminados planos e tubulares de plásticos e artefatos de plásticos em geral (CNAE 22.21800).

A presente autuação importa em total insegurança jurídica para a RECORRENTE. Ora, se a Secretaria da Indústria, Comércio e Mineração, através do Conselho Deliberativo do DESENVOLVE, disse estar a empresa, tanto matriz como filial, contemplada pelos incentivos do Programa DESENVOLVE, sempre agiu a RECORRENTE na certeza de que todos os produtos por ela fabricados encontravam-se inseridos no Programa Desenvolve.

Todavia, o entendimento consignado no presente auto diverge daquilo que fora dito pela Secretaria da Indústria, Comércio e Mineração, através do seu presidente. Por certo, se a RECORRENTE tivesse conhecimento de que os produtos PERFIS, FORRO e PORTAS SANFONADAS à base de PVC não estavam inseridos no Programa DESENVOLVE, sequer teria fabricado os mesmos ou, caso viesse a fabricá-los, efetuaria o recolhimento sem a utilização do benefício.

Pelo contrário, por ter informado a Secretaria responsável pelo Programa DESENVOLVE, que tanto a matriz quanto a filial estavam contempladas pelos incentivos do Programa, agiu contabilmente levando em conta tal situação.

Nota-se que o Sr. Auditor Fiscal autuou o estabelecimento filial, inobstante a Secretaria da Indústria, Comércio e Mineração tenha regularmente inserido-a no Programa, motivo pelo qual resta insustentável o presente Auto de Infração, já que não pode o intérprete restringir a aplicação do Programa DESENVOLVE.

Inclusive, se o Programa DESENVOLVE entendeu por bem conceder incentivos à empresa RECORRENTE (tanto sua matriz quanto a filial), não cabia ao intérprete da lei restringir o alcance do Programa para atingir somente determinados produtos, bem como somente a matriz e excluir a filial.

Além disso, quando foi incluída no Programa DESENVOLVE, a RECORRENTE já tinha como objeto social a fabricação e comercialização de laminados planos e tubulares de plásticos e artefatos de plásticos em geral (CNAE 22.21800), tendo o ato concessivo, portanto, se referido à produção de laminados planos e tubulares de plásticos e artefatos de plásticos em geral.

Assim, a infração apontada pelos Srs. Auditores não encontra amparo na legislação tributária, visto ter sido realizado o recolhimento de ICMS a contento, em total consonância ao disposto no R1CMS e ao Programa DESENVOLVE.

Não houve, portanto, qualquer recolhimento indevido por parte da indústria/RECORRENTE a qual, pelo contrário, sempre foi diligente em sua escrituração contábil e fiscal. O imposto foi devidamente pago, não sendo justa a cobrança almejada pelo Fisco. Ocorreu um equívoco dos Srs. Auditores Fiscais, no que diz respeito à infração 01, de sorte que, se realizada uma análise mais criteriosa da legislação tributária aplicável, é possível verificar que não houve o descumprimento de qualquer obrigação fiscal.

Por fim, cumpre enfatizar que o presente Auto de Infração lavrado contra a empresa RECORRENTE, o qual lhe impõe a aplicação de penalidade no importe total de R\$13.006.138,63 (treze milhões, seis mil, cento e trinta e oito reais e sessenta e três centavos), caso não seja anulado em razão dos argumentos outrora lançados, importa, inequivocamente, em risco à continuidade de suas atividades industriais na cidade de Vitória da Conquista/BA.

Nesse sentido, há que se prestigiar, ainda, o *princípio da preservação da empresa*, bem como o *princípio da função social da empresa*. Ou seja, não se pode admitir que o Estado da Bahia, em razão de entendimento de órgão fiscal, utilize-se de processo executivo para cobrar um imposto, o qual a empresa RECORRENTE acreditava que estava recolhendo corretamente.

Nesse mister, não se deve perder de vista que, a persistir válido o Auto de Infração, tal medida importará em gravames de toda ordem para a empresa, chegando-se, até mesmo, ao fechamento de suas portas e a consequente DEMISSÃO DE 160 (CENTO E SESSENTA) FUNCIONÁRIOS!! Em situações como a presente, é necessário que se tenha em conta também o aspecto social que o funcionamento da empresa significa, pois, sem dúvida, a cessação de suas atividades e as consequentes demissões, causarão impacto nas famílias dos seus funcionários, e ainda nítida repercussão na economia local.

Dessa forma, pugna pela necessária observância do princípio da função social da empresa, sob pena de notório prejuízo às atividades comerciais da empresa RECORRENTE, uma vez que o ato administrativo ora impugnado, caso passe a ser objeto de execução pelo Estado, irá impor drástica suspensão à continuidade das atividades da empresa, com prejuízo não só ao Poder Público, mas a toda coletividade.

DA MULTA APLICADA:

O valor da multa e demais encargos ficam desde já impugnados, visto que foram aplicados além do mínimo legal. Vê-se que a multa aplicada pelos Srs. Auditores Fiscais fora de R\$ 3.891.545,50 (três milhões, oitocentos e noventa e um mil, quinhentos e quarenta e cinco reais e cinquenta centavos).

A aplicação da penalidade mencionada, bem como a cobrança do pagamento do imposto, pois, demonstra-se abusivas e ilegais, haja vista que os Auditores Fiscais fizeram constar no Auto de Infração fatos que não guardam relação com a legislação tributária aplicável.

Assim, não há razão para a exigência da obrigação tributária, tampouco para a autuação de fato que não configura infração, uma vez que não existiu qualquer utilização indevida de crédito fiscal de energia elétrica, no que diz respeito ao ICMS, tampouco implicou em recolhimento a menor do gravame.

Por essa via, vê-se que não há razão para a aplicação de multa, somente cabível quando ocorre infração, não verificada no presente caso. Caso contrário, admitir-se-ia a autuação e aplicação de penalidade por ato que não interferiu nos valores recolhidos.

É por tais razões que a RECORRENTE se manifesta contra o referido Auto de Infração, impugnando a Infração 01, aliado ao fato de que a aplicação da multa no presente caso foi de encontro aos limites impostos pelo princípio da proporcionalidade. Ora, à multa se veda a vestimenta de receita adicional de recursos em favor do Estado. Em nítida subversão do arcabouço principiológico constante do texto constitucional, que oferta parâmetros imodificáveis ao poder de tributar.

A autuação e indevida aplicação da multa colidem inteiramente com diretriz adotada pelo STF o qual, desde a década de 60, por meio de copiosa jurisprudência, rechaça veementemente as multas com feição confiscatória.

Em síntese, a manutenção do ato ora impugnado, configura claramente afronta ao princípio da não-confiscabilidade às multas que se nos apresentam iníquas.

DOS PEDIDOS:

Ex positis, requer a RECORRENTE o seguinte:

- A) seja conhecido e dado provimento ao presente Recurso Voluntário, para fins de anulação do lançamento do tributo ICMS, acréscimo moratório e da multa, em consideração aos argumentos fáticos e jurídicos mencionados, cieclarando a invalidade do ato impugnado, materializado no Auto de Infração 2693580030/184), com a sua respectiva revogação, declarando a inexistência de infrações por parte da empresa/RECORRENTE;
- B) a produção de todos os meios de provas em direito admitidos, especialmente, documental, e demais que se fizerem necessários;
- C) sejam as publicações e/ou notificações relativas ao presente feito realizadas/encaminhadas

para o patrono Aleksandro Lincoln Cardoso Lessa, OAB/BA 20.381, com endereço profissional, bem como eunail para contato, constante no rodapé dessa página, sob pena de nulidade, conforme disposição contida no art. 272, § 2º, do CPC.

Em 19 de maio de 2022, a 1ª CJF, a pedido da então Relatora, Conselheira Laís de Carvalho Silva, enviou o processo em diligência à PGE/PROFIS, repisando os fatos de que a recorrente foi habilitada ao programa BAHIAPLAST, com prazo de duração do benefício concedido de 7 anos, tendo migrado para o DESENVOLVE em abril de 2006, conforme Resolução nº 27/2006 do Conselho Deliberativo do DESENVOLVE, com prazo de benefício de 96 meses.

Que antes de ser habilitada ao DESENVOLVE realizou alteração contratual em 06.04.2006 do seu objeto social, incluindo fabricação e comercialização de laminados planos e tubulares plásticos e artefatos de plásticos em geral, CNAE 22.21800, além da criação de uma unidade de produção, que passou a figurar no contrato social como unidade de produção 2.

Que a alteração ocorreu em razão da ampliação da estrutura física da empresa, e sem dispor do espaço da matriz, passou a utilizar galpão nas proximidades da sede da empresa, no qual funcionava a unidade de produção exclusivamente fabril, com CNPJ 02.723.988/0002-23 e Inscrição Estadual 69.000.486 – NO.

Foi protocolizado em 01.07.2009 junto à Secretaria de Indústria e Comércio e Mineração do Estado da Bahia a solicitação no programa DESENVOLVE, da filial, exclusivamente fabril, oportunidade que consignou que a unidade era apenas fábrica, cujos produtos seriam exclusivamente comercializados pela matriz.

A Resolução 101/2013, de 02.04.2013 prorrogou o prazo de fruição dos benefícios do DESENVOLVE concedidos à empresa, por mais 48 meses.

Protocolizou também junto ao Conselho Deliberativo, solicitação para que o órgão se manifestasse sobre os efeitos do benefício constantes da Resolução 27/2006 quanto à filial, em razão de fiscalizações procedidas pelo fisco estadual, sendo atendida em 05.12.2013 por meio do Ofício 150/2013 DESENVOLVE, que diz o seguinte:

(...) à luz da legislação pertinente, entedemos que a prática da produção no estabelecimento filial exclusivamente fabril, protocolada em julho de 2009, está contemplada pelos incentivos concedidos à KEP INDUSTRIA E COMÉRCIO, através da Resolução 27/2006, publicada no DOE de 28.04.2006.

Que em 23.12.2013, foi lavrado o Auto de Infração nº 269278.0009/13-5 que exigia o montante de R\$ 2.081.802,24 em decorrência da infração relativa ao erro na determinação da parcela dilatável, em desacordo com a Resolução nº 27/2006 por entender que o estabelecimento beneficiado era somente a matriz, não se estendendo o benefício à filial.

Que o Auto de Infração foi julgado procedente em primeira instância e no Recurso Voluntário, a diligência à PGE/PROFIS, esta entendeu fosse efetuada diligência ao Conselho Deliberativo do DESENVOLVE para que esta informasse a legalidade da inclusão da filial fabril na Resolução 27/2006 e sendo respondido pelo Secretário Executivo que na 66ª reunião do Conselho Deliberativo, o pedido extensivo foi negado, conforme Resolução nºs 159/2014 de 16.12.2014, publicada no DOE em 23.12.2014.

Em parecer da PGE/PROFIS, consta o entendimento de que é perfeitamente viável a aplicação do art. 100, I do CTN, sob a perspectiva excludente supralegal de culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa, na esteira do julgamento do Auto de Infração nº 2069730010/14-05.

Em julgamento do dia 20.06.2018, a 1ª CJF acolheu parcialmente o Recurso Voluntário, mantendo o lançamento, porém sem a multa de 60% e dos acréscimos legais. Outro Auto de Infração nº 2692278.0011/13-0, julgado na 2ª CJF, foi aplicada a mesma decisão, conforme Acórdão CJF Nº 0196-12/18.

No presente processo, na sessão de 22.10.2021, reacendeu-se a discussão acerca da possibilidade de aplicação do art. 101 do CTN, já que Dra. Aline Casali Bahia, representante da PGE/PROFIS suscitou a necessidade de conversão do feito em diligência para nova análise jurídica.

Às fls. 598/602 o Dr. José Augusto Pinto Martins Junior, entendeu ser aplicável a excludente de penalidade até a data de 23.12.2014, data em que o contribuinte teve pleno conhecimento do indeferimento do pedido de extensão do benefício, estando consciente da prática da conduta infracional por conta de uma cognição completa dos atos do Estado, pela recorrente. À fl. 603 a Procuradora Assistente Paula Gonçalves Morris acolheu o parecer supra.

O lançamento tem fatos geradores de janeiro de 2014 a dezembro de 2015.

VOTO

O Recorrente pede pela nulidade do lançamento, não como um pedido preliminar, mas nas próprias razões de mérito, já extensivamente esclarecidas no relatório, em virtude de ter havido um benefício supostamente concedido à sua matriz e extendido à sua filial, para fabricação e comercialização de laminados planos e tubulares e artefatos, plásticos em geral, inserida no programa DESENVOLVE, e extensivo à sua filial, dada a insegurança jurídica pelos atos da administração pública, com autorização de agente público sem a devida competência para concessão do benefício fiscal.

Analizando as peças processuais, à fl. 247 o autuante anexou a Resolução nº 27/2006 do Conselho Deliberativo do DESENVOLVE, que concedeu benefício para produzir tubos de PVC, em 28.04.2006. À fl. 249, consta prorrogação de fruição dos benefícios, em 07/07/2013, por meio da Resolução 101/2013.

À fl. 252 consta carta consulta em 24.10.2012, à Secretaria de Indústria e Comércio, para que o Conselho Deliberativo do DESENVOLVE analisasse o pleito de enquadramento de sua unidade industrial a ser instalada para produção de telhas de PVC, mangueiras corrugadas de PVC, polietileno e perfis, com a juntada da Alteração Contratual nº 04 para além da fabricação de laminados planos e tubulares de plásticos e artefatos de plásticos, já passará também a fabricar telhas e chapas de materiais plásticos.

À fl. 279 consta protocolo de intenções de 28.12.2012, para viabilizar a produção de telhas e perfis e corrugados em PVC e polietileno, assinada pelos secretários James Correia, da Indústria e Comércio, e Luiz Alberto Petitinga, da Secretaria da Fazenda, e o sócio da KEP INDÚSTRIA, Antonio Lessa. Em 16.12.2014, conforme Resolução nº 159/2014, de 16.12.2014, o Conselho Deliberativo do Desenvolve indeferiu o pedido.

A insegurança jurídica alegada pelo Recorrente para justificar a nulidade do lançamento, encontra-se na fl. 311, doc. 02 em que o Ofício nº 150 do Conselho Deliberativo do Desenvolve, assinado pelo Presidente James Correia, em 05.12.2013, diz que *“informa à luz da legislação pertinente entendemos que a prática de produção no estabelecimento filial exclusivamente fabril (protocolada em julho de 2009 inscrita no CNPJ 02.723.988/0002-23, IE 069.000.486) está contemplada pelos incentivos concedidos à KEP INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PLÁSTICOS, CNPJ 02.723.988/0001-42 e IE 049.221.949 NO através da Resolução nº 27/2006 publicada no DOE de 28.04.2006.*

Este Conselho de Fazenda, conforme cópia à fl. 315, enviou o Ofício nº 01/2017 ao Presidente do Conselho Deliberativo do Desenvolve, e pediu que se ponderasse o fato de haver um Ofício de nº 150/2013 manifestando entendimento de que os produtos fabricados pela filial, estariam contemplados pelos incentivos concedidos à matriz, e que na hipótese de se chegar à conclusão de que são mesmo contemplados pelo benefício fiscal, que fosse feita a emissão de uma nova Resolução de retificação da Resolução anterior, a de nº 27/06.

À fl. 318, consta resposta do Conselheiro Manoel Vítorio, informando que a empresa não foi contemplada com os incentivos fiscais pois não seguiu os trâmites necessários, uma vez que não celebrou protocolo de intenções e não apresentou projeto de investimento, e só após autuada pela fiscalização é que encaminhou pedido para que aprovasse a extensão dos benefícios aprovados para a matriz, para o mesmo estabelecimento autado, a filial.

Conclui que já houve deliberação do Conselho sobre este assunto, indeferindo o pleito da

empresa, e opina no sentido de que a Secretaria Executiva comunique ao CONSEF sobre a deliberação anterior do Conselho que indeferiu o pedido de extensão do incentivo da matriz para a filial.

Na informação fiscal, fl. 539 o autuante diz que o estabelecimento autuado é habilitado a operar o incentivo fiscal expresso na Resolução nº 27/2006, prorrogada pela Resolução nº 101/2013. Nestes, a única atividade incentivada é a produção de PVC e nenhuma outra.

Que todo o conjunto probatório aponta que a empresa pretendeu habilitar-se para a produção de outros produtos, telha de PVC, mangueiras e corrugados, perfis, conforme a carta consulta de fl. 252 e protocolo de intenções, fl. 280, mas não teve o pleito atendido. Que no caso presente, não deveria se aplicar o art. 100 do CTN, já que desde 15.04.2014, data do primeiro julgamento do Auto de Infração nº 269278.0009/13-5, fl. 479, o entendimento da Administração foi devidamente esclarecido.

Acrescenta ainda que foi a filial que pleiteou e teve indeferido o pedido, e pelas informações econômico-fiscais observadas até janeiro de 2018, não exerceu nenhuma atividade, achando-se INAPTO no cadastro de ICMS/BA. Que foi a matriz que exerceu atividade econômica, com item incentivado (tubos de PVC) e a não incentivada (outros artefatos plásticos), dando a estes últimos um incentivo não autorizado, sendo então autuada.

Este mesmo relator, fez o voto divergente e vencedor no acórdão citado por diversas vezes no Relatório deste processo, sendo vencido o voto da Relatora Conselheira Laís de Carvalho Silva.

PROCESSO - A. I. 269278.0009/13-5 RECORRENTE - KEP INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PLÁSTICOS LTDA. RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2^a JJF nº 0063-02/14 ORIGEM - INFRAZ VITÓRIA DA CONQUISTA PUBLICAÇÃO - INTERNET 08/08/2018 1^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL ACÓRDÃO CJF Nº 0156-11/17 EMENTA: ICMS. BENEFÍCIOS FISCAIS. DESENVOLVE. UTILIZAÇÃO INCORRETA DO BENEFÍCIO. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. Restou configurada a ocorrência do recolhimento de ICMS a menos, em virtude da inclusão indevida no cálculo das parcelas sujeitas à dilação de prazo, de operações não contempladas no benefício, ocorridas por razões distintas das previstas no projeto incentivado. Falta de atendimento de requisito regulamentar para fruição do benefício. Modificado o lançamento, conforme entendimento do ilustre procurador, no sentido de aplicar o dispositivo legal previsto no art. 100, I do CTN. Recurso PARCIALMENTE PROVIDO. Vencido o voto da relatora. Decisão por maioria.

Vejamos o fundamento do voto vencido:

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

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

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

Vejamos então, o voto vencedor:

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

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

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

São inúmeros os casos, em que órgãos consultivos da fiscalização, seja municipal, seja estadual, seja federal, emitem pareceres opinativos sobre a conduta do contribuinte diante de certas situações embaralhadas, e que

após a lavratura do Auto de Infração, os contribuintes defendem-se que agiram respaldados por orientação do próprio Fisco.

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

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

Assim é que diante das razões postas, denego a nulidade e mantendo aqui parcialmente o voto recorrido nos termos propostos pela PGE/PROFIS, aplicando a dispensa da multa e demais acréscimos até novembro de 2014, já que ao final do mês de dezembro, quando da apuração do imposto, o recorrente já tinha pleno conhecimento do indeferimento do pedido.

Restou configurada à ocorrência do recolhimento de ICMS a menos, em virtude da inclusão indevida no cálculo das parcelas sujeitas à dilação de prazo, de operações não contempladas no benefício, ocorridas por razões distintas das previstas no projeto incentivado, havendo a falta de atendimento de requisito regulamentar para fruição do benefício.

Modificado o lançamento, conforme entendimento do ilustre procurador, no sentido de aplicar o dispositivo legal previsto no art. 100, I do CTN até novembro de 2014, já que a partir de 23.12.2014, houve a publicação oficial da negativação pedido do benefício, ficando assim, nos termos do parágrafo único do supracitado artigo do Código Tributário Nacional, dispensada a cobrança de penalidades, a cobrança de juros de mora e a atualização do valor monetário da base de cálculo do tributo.

Face ao exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, mantendo o lançamento do tributo, porém dispensa a multa e demais acréscimos incidentes de Janeiro a novembro de 2014, mantendo os demais meses, até dezembro de 2015, com a respectiva multa e demais acréscimos moratórios. Auto de Infração Parcialmente Procedente.

VOTO DIVERGENTE

Com o devido respeito, divirjo do Ilmo. Conselheiro Relator pelos motivos que passo a expor.

O presente processo administrativo diz respeito a fatos geradores ocorridos entre janeiro de 2014 e dezembro de 2015 e observou a seguinte motivação, apresentada no Auto de Infração, lavrado em 12/12/2018:

“O estabelecimento auditado, habilitado aos benefícios do Programa Desenvolve (Resoluções nº 27/2006 e 101/2013) exerce atividade econômica mista, praticando operações de índole industrial (transformação), sujeitas ao benefício fiscal (TUBOS PVC) e não sujeitas ao benefício fiscal (PERFIS, FORRO e PORTAS SANFONADAS à base de PVC) e operações de índole meramente comercial, caracterizadas pela revenda de mercadorias fabricadas por terceiros, por isso mesmo, fora do escopo do benefício em epígrafe.

Foi aplicada a metodologia prevista na Instrução Normativa nº 27/2009, que consiste na exclusão do saldo da apuração mensal (SAM) dos débitos fiscais não vinculados ao projeto (DNPV). O crédito fiscal destacado nas operações de aquisição de insumos comuns foi separado proporcionalmente ao valor das operações de saída.

Procedeu-se, desse modo, ao cálculo mensal do Incentivo Fiscal Desenvolve conforme determinado no referido ato normativo, constatando-se recolhimentos a menor do ICMS devido mensalmente e não sujeito ao benefício. Instrui e integra o lançamento o demonstrativo do cálculo mensal do Desenvolve (Anexo I), demonstrativo de débito relacionado a produtos de fabricação própria não vinculados ao projeto (Anexo II), demonstrativo das entradas e saídas por CFOP (Anexo III), demonstrativo dos ajustes dos créditos fiscais não vinculados ao projeto (Anexo IV), demonstrativo dos ajustes das devoluções (Anexo V) e demonstrativo da apuração fornecida pelo Estabelecimento autuado (Anexo VI). Todos os dados têm como fonte a Escrituração Fiscal Digital (EFD).”

Em síntese, a fiscalização entende que o benefício concedido à matriz da recorrente no período fiscalizado (CNPJ nº 02.723.988/0001-42, Inscrição Estadual nº 049.221.949), apenas abarcava as atividades relativas a TUBOS DE PVC, promovendo o lançamento de ofício dos valores pertinentes

às operações com outros produtos (perfis, forros e portas sanfonadas à base de PVC).

A fonte dessa divergência está na constituição de sua filial (CNPJ nº 02.723.988/0002-23, Inscrição Estadual nº 069.000.486), acompanhada do pedido de extensão do benefício para a fabricação de telhas de PVC, mangueiras corrugadas de PVC e polietileno e perfis em PVC.

Ocorre que, conforme a recorrente apontou nos autos, à época da lavratura da autuação, a apuração e recolhimento do seu imposto considerava que o Estado da Bahia entendia as suas atividades da matriz e filial como abarcadas pelos incentivos concedidos pela Resolução nº 27/2006, tendo em vista ofício assinado pelo Presidente do Conselho Deliberativo do DESENVOLVE, em **05/12/2013 (fl. 287)**, nos seguintes termos:

“Prezado Senhor,

Atendendo vossa solicitação, informamos 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 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.”

Todavia, após este ofício o processo administrativo prosseguiu e culminou na publicação da Resolução nº 159/2014 do Conselho Deliberativo do DESENVOLVE (fl. 305), indeferindo o pedido formulado pela contribuinte.

Em sessão de julgamento, o representante da recorrente, em sustentação oral, informou que não houve a intimação formal da interessada, nos termos da legislação estadual, apesar da disponibilização em Diário Oficial.

Em que pese não seja da competência do CONSEF apreciar a legitimidade de atos praticados pelo Conselho Deliberativo do DESENVOLVE ou mesmo de outros órgãos da Administração Estadual, entendo que, em alguns casos, como este, o exame dos seus efeitos, pelo menos, se afigura indispensável porque repercutem no âmbito tributário.

Portanto, penso ser primordial dirimir os seguintes pontos:

- (1) Se o ato do Presidente do Conselho Deliberativo produz efeitos, embora não seja de sua competência individual a concessão da habilitação;
- (2) Em caso positivo, o momento que a recorrente pode ser considerada intimada, ou seja, quando se encerram os efeitos deste ato, com o posterior indeferimento do pedido, observando ainda a sistemática de apuração e recolhimento dos tributos sujeitos a lançamento por homologação e da evidente boa-fé da recorrente;

A resposta a estas dúvidas está ligada a outro ponto que o procurador da recorrente trouxe em sustentação oral, acerca da aplicabilidade do art. 100 do CTN, que não se referiria a atos concretos, mas apenas a atos abstratos, motivo pelo qual não seria o caso de excluir a penalidade e eventuais encargos, tão somente. Eis o dispositivo:

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.

De fato, o *ato normativo* a que se refere o inciso I refletiria aqueles praticados na *competência regulamentar* da autoridade administrativa (edição de portarias, instruções normativas, etc.). Na mesma linha, o inciso II expõe nitidamente a intenção de classificar como *norma complementar* apenas decisões com eficácia normativa atribuída por lei, ou seja, decisões que não produzem efeitos apenas para as partes interessadas (*inter partes*).

Isso distingue, por exemplo, o entendimento manifestado em uma consulta tributária, que só

vinculará a Administração em face do consulente, daquele veiculado por uma *norma complementar*, esta, aplicável a todos os contribuintes.

Deste modo, concordo com a recorrente no sentido de que, rigorosamente, a resposta fornecida pelo Presidente do Conselho Deliberativo não seria um *ato normativo*, para fins de aplicação do parágrafo único do art. 100 do CTN.

Consequentemente, a discussão deságua sobre os efeitos dos *atos administrativos*, especialmente quando dotados de algum vício. Considerando que o Presidente do Conselho Deliberativo seria *incompetente* para decidir, *individualmente*, sobre ampliação e/ou implantação do benefício do DESENVOLVE (art. 4º da Lei nº 7.980/2001), a resposta encaminhada à recorrente representaria um *ato nulo*.

Porém, apesar da regra geral indicar que tais atos não conferem direitos ou obrigações e nem admitem convalidação, em nome da *segurança jurídica* e *boa-fé do contribuinte*, excepcionalmente se admite que os efeitos da anulação são apenas *ex nunc*, aplicando-se a Súmula nº 73 do STF:

Súmula 473

A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

Sendo assim, a recorrente se beneficiaria dos efeitos da resposta recebida, ainda que fornecida por autoridade incompetente, até o momento que possa ser considerada intimada do indeferimento pelo Conselho Deliberativo, salvo melhor juízo.

Entendo não caber a interpretação de que os direitos adquiridos mencionados pela Súmula somente seriam preservados nas hipóteses de atos *anuláveis* e não dos *atos nulos*. Trata-se, com todo o respeito, de uma percepção equivocada e por demais restritiva do enunciado acima transcrita, além de uma clara violação da proteção da *boa-fé* e da *confiança* dos contribuintes.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, embora reconheça a corrente segundo a qual a anulação de atos ilegais seria uma faculdade da Administração, entende que se trata de um dever, do qual poderá se abster diante de circunstâncias que resultem em um prejuízo superior à manutenção do ato ilegal, se norteando pelo interesse público, neste caso, bem como pelos princípios da segurança jurídica (estabilidade das relações jurídicas e proteção à confiança) e da boa-fé (*Direito Administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, pp. 248-249).

Celso Antônio Bandeira de Mello, por sua vez, apesar de defender a inexistência de graus de invalidade dentre os atos no Direito, de maneira que um não é mais ou menos inválido que o outro, entende que as reações do ordenamento podem variar dentre as hipóteses de invalidade, classificando como *inexistentes* os atos radicalmente inadmitidos em Direito, como *nulos* os atos assim declarados pela lei e em relação aos quais a convalidação seja racionalmente impossível e, como *anuláveis* aqueles assim apontados pela lei e que poderiam ser re praticados sem o vício (*Curso de direito administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, pp. 461 e 478).

Os atos praticados por sujeito incompetente, assim, seriam apenas anuláveis, segundo o autor, que ainda defende a aplicação dos efeitos *ex tunc* somente aos atos restritivos da esfera dos administrados, aplicando-se os efeitos *ex nunc* aos que a ampliam (p. 480).

Com efeito, apesar das divergências doutrinárias sobre o tema, me parece que a legislação federal e estadual tem se inclinado neste sentido, reconhecendo e privilegiando o princípio da segurança jurídica, sobretudo para evitar que o administrado de boa-fé seja atingido por consequências desproporcionais e injustas da invalidação de atos administrativos.

A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, com a alteração promovida pela Lei nº 13.655/2018, passou a dispor:

Decreto-Lei nº 4.657/1942

Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato,

contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas.

Parágrafo único. A decisão a que se refere o caput deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos.

O seu regulamento, por sua vez, estabelece:

Decreto nº 9.830/2019

Art. 4º A decisão que decretar invalidação de atos, contratos, ajustes, processos ou normas administrativos observará o disposto no art. 2º e indicará, de modo expresso, as suas consequências jurídicas e administrativas.

§ 1º A consideração das consequências jurídicas e administrativas é limitada aos fatos e fundamentos de mérito e jurídicos que se espera do decisor no exercício diligente de sua atuação.

§ 2º A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta, consideradas as possíveis alternativas e observados os critérios de proporcionalidade e de razoabilidade.

§ 3º Quando cabível, a decisão a que se refere o caput indicará, na modulação de seus efeitos, as condições para que a regularização ocorra de forma proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais.

§ 4º Na declaração de invalidade de atos, contratos, ajustes, processos ou normas administrativos, o decisor poderá, consideradas as consequências jurídicas e administrativas da decisão para a administração pública e para o administrado:

I - restringir os efeitos da declaração; ou

II - decidir que sua eficácia se iniciará em momento posteriormente definido.

§ 5º A modulação dos efeitos da decisão buscará a mitigação dos ônus ou das perdas dos administrados ou da administração pública que sejam anormais ou excessivos em função das peculiaridades do caso.

No âmbito do Estado da Bahia, a lei que rege seu processo administrativo prevê:

Lei nº 12.209/2011

Art. 39 - A Administração tem o dever de invalidar seus próprios atos, quando eivados de vícios de legalidade, e pode revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos.

§ 1º - Os atos administrativos ilegais de que decorram efeitos favoráveis ao administrado deverão ser invalidados no prazo de 05 (cinco) anos, contados da data em que foram praticados.

§ 2º - Na hipótese de comprovada má-fé do administrado, a qualquer tempo, a Administração invalidará o ato ilegal e adotará medidas para o resarcimento ao erário, se for o caso.

...

Art. 131 - Rege-se pelo disposto neste Capítulo o processo de invalidação de ato e contrato administrativo, que poderá ser instaurado pela Administração, de ofício, ou a requerimento de particular.

§ 1º - O processo de invalidação provocado por iniciativa de particular será instaurado mediante requerimento dirigido à autoridade que praticou o ato ou celebrou contrato, demonstrando as razões de fato e de direito que ensejam a declaração de sua invalidade, de acordo com os requisitos previstos no Capítulo V, do Título I, desta Lei.

§ 2º - O processo de invalidação será instaurado de ofício pela Administração por iniciativa da própria autoridade que praticou o ato ou celebrou o contrato, bem como pelo seu superior hierárquico.

Art. 132 - O processo de invalidação obedecerá ao seguinte procedimento:

I - será inicialmente submetido à apreciação do órgão de consultoria jurídica, o qual, no prazo de 20 (vinte) dias, manifestar-se-á sobre sua pertinência, opinando pela invalidação, quando for o caso, salvo quando forem necessárias providências para a instrução do processo;

II - quando for reconhecido, pelo órgão de consultoria jurídica, que os efeitos da invalidação atingirão direito individual, a autoridade competente determinará a intimação do interessado para apresentar manifestação no prazo de 15 (quinze) dias e para ter conhecimento dos termos da decisão;

III - após a conclusão da instrução ou, na hipótese prevista no inciso II deste artigo, ultrapassado o prazo para apresentar alegações finais, a autoridade decidirá acerca da invalidação no prazo de 20 (vinte) dias, por despacho fundamentado;

IV - quando for reconhecido, pelo órgão de consultoria jurídica, que os efeitos da invalidação atingirão direitos transindividuais, a autoridade competente determinará publicação da decisão no Diário Oficial;

V - a autoridade administrativa, ao pronunciar a nulidade do ato processual, declarará os atos a que ela se estende;

VI - da decisão que invalidar o ato ou contrato administrativo caberá recurso hierárquico, sem efeito suspensivo.

Art. 133 - No curso do processo de invalidação, a autoridade poderá, de ofício ou em virtude de requerimento, suspender a execução do ato ou contrato, para evitar lesão ao interesse público de difícil ou impossível reparação, na forma prevista no Capítulo VI, do Título II, desta Lei.

Art. 134 - A decisão que declarar a invalidade do ato ou contrato estabelecerá as providências necessárias para desfazer os efeitos produzidos, observando-se os direitos de terceiros de boa-fé, e determinará a apuração de eventuais responsabilidades.

Art. 135 - Ao declarar a invalidade do ato ou contrato, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de relevante interesse social, poderá a autoridade restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que só tenha eficácia a partir do ato decisório ou de momento específico. (grifos nossos)

Em outras palavras, a própria legislação do processo administrativo baiano reconhece a possibilidade de produção de efeitos de atos nulos, em coerência com a garantia constitucional de segurança jurídica e da proteção da boa-fé.

Não é demais também lembrar que o Tribunal de Contas da União possui entendimento consolidado pela dispensa da restituição de importâncias percebidas indevidamente, de boa-fé, por ser frequente a aplicação dos efeitos *ex nunc* às anulações de atos administrativos nesta seara:

Súmula 249 - TCU

É dispensada a reposição de importâncias indevidamente percebidas, de boa-fé, por servidores ativos e inativos, e pensionistas, em virtude de erro escusável de interpretação de lei por parte do órgão/entidade, ou por parte de autoridade legalmente investida em função de orientação e supervisão, à vista da presunção de legalidade do ato administrativo e do caráter alimentar das parcelas salariais.

Portanto, entendo que o ato administrativo, praticado pelo Presidente do Conselho Deliberativo do Desenvolve, produziu efeitos até o momento da regular intimação da recorrente, não cabendo o lançamento de ofício em relação a fatos geradores em relação aos quais a apuração foi realizada de acordo com a resposta fornecida pela Administração Estadual.

Neste aspecto, a mera publicação da Resolução nº 159/2014 não constitui intimação do interessado, de acordo com as normas estaduais. Ora, se considerarmos que as questões pertinentes ao Desenvolve não são regidas pela legislação tributária, a princípio, aplicar-se-ia a legislação referente ao processo administrativo e normas específicas do Programa, para o período em discussão, sendo a publicação no Diário Oficial a última hipótese da ordem legal, demandando ainda alguns pressupostos, conforme destaco:

Lei nº 12.209/2011 – Lei do processo administrativo na Bahia

[...]

Art. 50 - Intimação é o ato pelo qual se dá ciência a alguém dos atos e termos do processo, para que faça ou deixe de fazer alguma coisa, ou das decisões que resultem imposição de deveres, ônus, sanções, restrição ao exercício de direitos ou de atividades de seu interesse.

Art. 51 - Os atos de comunicação serão realizados preferencialmente na seguinte ordem:

I - mediante mensagem enviada ao endereço eletrônico (e-mail), com confirmação de leitura, ou por fac-símile;
II - mediante remessa por via postal, com aviso de recebimento;

III - pessoalmente, mediante aposição de data e assinatura do destinatário no instrumento ou expediente, ou através de lavratura de termo em livro próprio, se houver;

IV - por edital publicado no Diário Oficial do Estado.

§ 1º - Os atos de comunicação dirigidos a agentes públicos, cadastrados no sistema digital da Administração, deverão ser realizados por via eletrônica.

§ 2º - Consideram-se efetivadas a notificação e a intimação:

I - quando por via eletrônica, na data da confirmação de leitura, quando se tratar de pessoa cadastrada no sistema digital do órgão ou entidade, de acordo com o previsto no Capítulo XVI, do Título I, desta Lei;

II - quando por via postal, na data de juntada aos autos do aviso de recebimento;

III - quando pessoal, na data da aposição da ciência no instrumento ou expediente;

IV - quando por edital, três dias após sua publicação.

... Art. 53 - O ato de comunicação será realizado por edital:

- I - quando ignorado, incerto ou inacessível o lugar em que o notificado ou o postulante se encontrar;*
- II - quando houver fundada suspeita de ocultação para frustrar o recebimento do ato de comunicação;*
- III - nos demais casos expressos em lei.*

Parágrafo único - São requisitos para a notificação e intimação por edital:

- I - declaração formal da autoridade competente, por termo dos autos, acerca das circunstâncias previstas nos incisos I e II do caput deste artigo;*
- II - fixação do edital na sede da repartição onde tramita o processo;*
- III - publicação do edital no órgão oficial, com juntada aos autos de cópia do ato publicado. (grifos nossos)*

O Regulamento do DESENVOLVE, por sua vez, só estabelece procedimento no caso de **Resolução que autoriza o incentivo**:

Decreto nº 8.205/2002 – Regulamento do DESENVOLVE

[...]

Art. 14. A Resolução do Conselho que autorizar o tratamento tributário disciplinado neste Regulamento, será publicada no Diário Oficial do Estado e indicará, necessariamente, além das qualificações do contribuinte e do projeto, os benefícios atribuídos, com a respectiva gradação e prazo de dilação quando for o caso.

Mas, mesmo se considerarmos que a legislação aplicável é a tributária, a comunicação dos atos processuais observará o que dispõe o COTEB e o RPAF, que também não autorizam a intimação pelo Diário Oficial do Estado, salvo em caráter excepcional e condicionado à falta de êxito na tentativa postal:

Lei 3.956/81 - COTEB

[...]

Art. 127-D. Fica instituída a comunicação eletrônica entre a Secretaria da Fazenda e o sujeito passivo de tributos estaduais por meio de portal de serviços na rede mundial de computadores, denominado Domicílio Tributário Eletrônico - DT-e, sendo que:

I - a Secretaria da Fazenda utilizará a comunicação eletrônica para, dentre outras finalidades:

- a) cientificar o sujeito passivo de quaisquer tipos de atos administrativos;*
- b) encaminhar notificações e intimações;*
- c) expedir avisos em geral;*

II - a comunicação eletrônica somente será implementada após credenciamento do sujeito passivo na forma prevista em regulamento;

III - ao sujeito passivo credenciado será atribuído registro e acesso ao DT-e com tecnologia que preserve o sigilo, a identificação, a autenticidade e a integridade das comunicações.

Parágrafo único. A comunicação eletrônica nos termos deste artigo será considerada pessoal para todos os efeitos legais, observando-se o seguinte:

I - considerar-se-á realizada no dia em que o sujeito passivo acessá-la;

II - nos casos em que o acesso se dê em dia não útil, será considerada como realizada no primeiro dia útil seguinte;

III - caso o acesso não seja realizado no prazo de 05 (cinco) dias, contados da data de seu envio, será considerada realizada no dia útil seguinte ao término desse prazo;

IV - no interesse da Administração Pública, a comunicação com o sujeito passivo credenciado poderá ser realizada mediante outras formas previstas na legislação.

Decreto nº 7.629/1999 – RPAF/BA

[...]

Art. 108. A intimação do sujeito passivo ou de pessoa interessada acerca de qualquer ato, fato ou exigência fiscal, quando não for prevista forma diversa pela legislação, deverá ser feita pessoalmente, via postal ou por meio eletrônico, independentemente da ordem.

§ 1º A intimação poderá ser feita por edital publicado no Diário Oficial do Estado quando não obtiver êxito a tentativa via postal.

§ 2º A comunicação por meio eletrônico somente será realizada para contribuinte credenciado pela SEFAZ para acessar o portal de serviços denominado Domicílio Tributário Eletrônico - DT-e, no endereço eletrônico www.sefaz.ba.gov.br.

§ 3º A comunicação por meio do DT-e será considerada recebida numa das seguintes datas, a que ocorrer primeiro:

I - no dia em que a pessoa jurídica efetivar a consulta ao teor da comunicação no domicílio tributário eletrônico, na hipótese de a consulta ocorrer em dia útil;

II - no primeiro dia útil seguinte ao da efetivação da consulta, na hipótese de a consulta ocorrer em dia não útil;

III - no dia útil seguinte após o prazo de 05 (cinco) dias, contados da data de envio da comunicação, caso não ocorra o acesso nesse prazo.

§ 4º O prazo indicado no inciso III do § 3º:

I - será contínuo, excluindo-se, na sua contagem, o dia do envio da comunicação e incluindo-se o do vencimento;

II - fluirá a partir do primeiro dia útil após o envio da comunicação.

Art. 109. Considera-se efetivada a intimação:

I - quando pessoal, na data da aposição da ciência do sujeito passivo ou do interessado, seu representante ou preposto, no instrumento ou expediente;

II - quando por remessa via postal:

a) tratando-se de correspondência com “Aviso de Recebimento” (AR), na data de entrega consignada no AR;

b) tratando-se de correspondência registrada, 10 (dez) dias após a data da expedição da correspondência.

III - se efetuada por edital, 3 (três) dias após a sua publicação. (grifos nossos)

É bom ainda destacar que, mesmo na hipótese de *consulta tributária*, o RPAF remete aos dispositivos acima, quando trata da intimação do consulente:

Art. 72. O consulente será cientificado da resposta dada à consulta ou do despacho que determinar seu arquivamento por inépcia ou ineficácia nos termos do art. 108.

Portanto, não há nos autos a comprovação da regular intimação da recorrente acerca da Resolução nº 159/2014, de maneira que entendo inviável exigir da contribuinte conduta diversa àquela empreendida, em razão da orientação que recebeu por meio do Ofício nº 150/2013 do Presidente do Conselho Deliberativo do DESENVOLVE (fl. 287).

Afinal, em se tratando de tributo cujo lançamento é por homologação, como é o caso do ICMS, quando dos fatos geradores (exercícios 2014 e 2015) a recorrente apurou e recolheu seu imposto confiando na resposta que recebeu da Administração Estadual.

Por outro lado, em se tratando do Programa Desenvolve, além de não existir a previsão expressa de afastamento da penalidade e encargos pela denúncia espontânea, o lançamento de ofício exige todo o montante do ICMS que seria dilatado, representando uma exigência difícil de adimplir e capaz de inviabilizar a manutenção das atividades da pessoa jurídica, notadamente quando se encontra de boa-fé, confiando que o Estado concorda com a sua conduta.

Outrossim, ainda que este Conselho não possua competência para afastar ou anular Resolução do Conselho Deliberativo do Programa Desenvolve, a **título de informação**, cabe mencionar que, se aplicada a mesma lógica da interpretação de que o ato nulo praticado por autoridade incompetente não produz efeitos, a Resolução nº 159/2014 do Conselho Deliberativo também deveria ter sua nulidade reconhecida pelo órgão competente.

Passo a explicar.

A recorrente foi constituída em 20/08/1998, tendo como objeto a “[...] indústria e comércio de tubos e conexões plásticos” (fls. 261-263) e, em 05/01/2004 (1ª alteração), seu capital social foi ampliado (fls. 264-265).

Em **06/04/2006 (2^a alteração)**, seu objeto social foi alterado, com a abertura de uma *unidade de produção* (fls. 266-267), da seguinte forma:

“CLÁUSULA PRIMEIRA – O OBJETO SOCIAL”

O objeto social que era indústria e comércio de tubos e conexões de plásticos passa a ser fabricação e comercialização de laminados planos e tubulares de plásticos e artefatos de plásticos em geral.

CLÁUSULA SEGUNDA – DA ABERTURA DE UMA UNIDADE DE PRODUÇÃO

Em decorrência da política de expansão da KEP INDUSTRIA E COMERCIO DE PLASTICOS LTDA ME, fica criada uma unidade de produção com endereço na QD IN, Lote 01, Distrito Industrial dos Imborés, Vitória da Conquista – Bahia, CEP 45.095-160, que passará a figurar no contrato social como Unidade de Produção 02.

Parágrafo 1º - A parte administrativa, contábil, emissão de documentos fiscais, etc, desta unidade, será feita na sede da empresa.

CLÁUSULA TERCEIRA – DO OBJETO SOCIAL DA UNIDADE DE PRODUÇÃO

Fabricação de laminados planos e tubulares de plásticos e artefatos de plásticos em geral. [...]”

Em **25/07/2008 (3^a alteração)** ocorreu mais um aumento de capital social (fls. 268-270) seguido da alteração da unidade de produção, em **13/09/2012 (4^a alteração)** e do endereço da filial (fls. 271-272), da seguinte forma:

“CLÁUSULA PRIMEIRA – ALTERAÇÃO DA UNIDADE DE PRODUÇÃO”

A filial deixará de ser unidade de produção e passará a ser indústria e comércio de laminados planos e tubulares de plásticos.

CLÁUSULA SEGUNDA – ALTERAÇÃO DE ENDEREÇO DA FILIAL

A filial da KEP INDUSTRIA E COMERCIO DE PLASTICOS LTDA ME, inscrita no CNPJ sob o nº 02.723.988/0002-23 e inscrita na Junta Comercial do Estado da Bahia sob o nº 2900813002; que se localizava no QD IN, Lote 01, Distrito Industrial dos Imborés, Vitória da Conquista – Bahia, CEP 45.095-160, passará a situar-se no endereço QD. QI-A, lote 15, Distrito Industrial dos Imborés, Vitória da Conquista – Bahia, CEP 45.007-070.

CLÁUSULA TERCEIRA – DO OBJETO SOCIAL DA UNIDADE DE PRODUÇÃO

Além da fabricação de laminados planos e tubulares de plásticos e artefatos de plásticos em geral passará a fabricar telhas e chapas de materiais plásticos. [...]”

De acordo com as diversas manifestações da contribuinte junto à antiga Secretaria da Indústria, Comércio e Mineração (fls. 285, 286, 289-291) esses movimentos ocorreram por instrução da inspetoria consultada. No entanto, a pretensão da recorrente sempre foi de ampliar sua capacidade produtiva, apenas, sem a criação de um estabelecimento autônomo.

Neste aspecto, se o imóvel onde foi instalada essa unidade fosse contíguo, sequer precisaria de inscrição própria, nos termos do RICMS/BA vigente à época:

Art. 10. Não são considerados estabelecimentos diversos:

I - dois ou mais imóveis urbanos contíguos que tenham comunicação interna;

II - os vários pavimentos de um mesmo imóvel ou as salas contíguas de um mesmo pavimento, quando as atividades sejam exercidas pela mesma pessoa;

E a pretensão neste sentido está clara no parágrafo 1º da 2^a alteração contratual, de onde se extrai que “*A parte administrativa, contábil, emissão de documentos fiscais, etc, desta unidade, será feita na sede da empresa.*”

Não obstante a isso, o parecer que fundamentou o indeferimento do pedido formulado revela que o Conselheiro representante da SEFAZ foi induzido a erro pelo exame empreendido pelo responsável junto à Gerência do Setor Indústria e Comércio Exterior da Diretoria de Planejamento da Fiscalização, vinculada à Superintendência de Administração Tributária (fls. 299-300).

Em síntese, o parecer apreciado pelo Conselho Deliberativo (fls. 303-304) relaciona as seguintes motivações para o indeferimento:

(I) A requerente não teria vencido qualquer das etapas de celebração de Protocolo de Intenções

de Investimento, apresentação do projeto industrial detalhado e avaliação e aprovação pelo Conselho Deliberativo;

- (II) Se solicitasse o incentivo para fruição futura deveria ser avaliado como ampliação ou modernização de planta existente e não mais como de implantação, porque já vinha operando ao longo de vários anos;
- (III) Somente teria buscado sua regularização após sofrer autuação pela fiscalização estadual pelo uso indevido do benefício fiscal no estabelecimento que solicita a extensão do incentivo (AI nº 269278.0009-13/5, lavrado em 02/11/2013);

O problema é que todos esses argumentos podem ser rechaçados pelo próprio exame dos documentos contidos neste PAF, oriundos de processos que tramitaram na Secretaria da Indústria, Comércio e Mineração (SICM), conforme passo a expor.

Ao contrário do que afirma o parecer que motivou o indeferimento, a recorrente apresentou a “carta consulta” para “ampliação e modernização” da sua unidade industrial **em 11/05/2012**, resultando na abertura do processo SICM nº 1100120006949 (fls. 396 e seguintes dos autos), no qual foi aprovada a minuta do protocolo de intenções apresentada, pela Coordenação de Atração de Investimentos após tratativas por e-mail (fls. 407-408).

O parecer favorável à confecção do referido documento foi encaminhado **em 19/06/2012**, conforme documentos que constam nos autos (fls. 414-418).

Mas, **em 28/11/2012**, a recorrente solicitou a desistência daquele projeto de ampliação e modernização apresentado, sinalizando uma mudança de estratégia, apesar da manutenção do interesse em crescer e modernizar o negócio (fl. 420). De acordo com os documentos nos autos, este processo foi encaminhado à SAT **em 13/11/2018** (fls. 422) à DPF, **em 14/11/2018**, e, em seguida, à IFEP/SUL, **em 20/11/2018**, sem qualquer manifestação a respeito do pedido inicial ou da comunicação da desistência.

Por outro lado, **em 26/11/2012**, ou seja, dois dias antes de requerer a desistência do processo de ampliação e modernização, a recorrente deu início ao processo SICM nº 1100120019668, com o objetivo de “implantação da unidade industrial a ser instalada” naquela unidade de produção que veio a ser a sua nova filial (fls. 251-252), nos termos de sua **4ª alteração de contrato social**, efetivada **em 13/09/2012** (fls. 271-272).

Também neste ponto se verifica que não procede o parecer que embasou a Resolução nº 159/2014 do Conselho Deliberativo do Desenvolve no que se refere à ausência de pedido de ampliação/modernização ou mesmo de implantação.

Do mesmo modo, não prospera a alegação de que a empresa somente saiu da inércia após autuação, lavrada no ano posterior às tratativas empreendidas com a Secretaria da Indústria, Comércio e Mineração. Pelo contrário, a recorrente obteve novamente a aprovação da minuta do Protocolo de Intenções, **em 05/12/2012** (fls. 273-275), sendo este **assinado em 28/12/2012**, pelo representante da recorrente e pelos então Chefes da Secretaria da Indústria, Comércio e Mineração, Sr. James Silva Santos Correia e, da Secretaria da Fazenda, Sr. Luiz Alberto Bastos Petitinga (fls. 279-283).

Portanto, não se sustenta a alegação de que não teria vencido quaisquer das etapas para obtenção do benefício, ainda que sua pretensão inicial fosse de apenas ampliar seu parque fabril, sem qualquer criação de estabelecimento autônomo.

Observe-se que é dentro deste contexto, de manifestações favoráveis e após assinatura do Protocolo de Intenções, que o Presidente do Conselho Deliberativo do Desenvolve expede o Ofício nº 150/2013, afirmando que a filial exclusivamente fabril da recorrente estaria contemplada pelos incentivos já concedidos (fl. 287).

Mas não é só!

O pedido da recorrente foi acolhido pela Coordenação de Incentivos da SICM (fl. 292), **em 17/07/2014**, nos seguintes termos:

[...]

JUSTIFICATIVA

A empresa alega que consultou a Inspetoria da Sefaz da região e que abriu nova inscrição em função desse galpão alugado não ser contíguo à fábrica, sendo utilizado apenas como apoio à produção da matriz.

PARECER

Manifestamo-nos favoravelmente ao atendimento do pleito da empresa, entendendo que não existe irregularidade nessa prática, SMJ, e que o estabelecimento filial está contemplado pelos incentivos concedidos à Kep através da Resolução nº 27/2006, publicada no DOE de 28/04/2006.

Sugerimos enviar o pleito da empresa ao Conselho do Programa para deliberação.

[...]

Na mesma linha, o Secretário Executivo do Conselho Deliberativo do DESENVOLVE, Sr. Rafael Valverde, recomendou a extensão dos benefícios à filial da recorrente, **em 22/11/2014 (fl. 294)**.

Porém, como já antecipado, sobreveio o parecer da SAT/DPF/GEINC com a equivocada opinião pelo indeferimento do pleito, fundamentando-se no inciso I, do art. 10 do Decreto nº 8.205/2002, que diz respeito à falta de protocolo de intenção firmado com o Governo do Estado, **o que não é o caso do pedido da recorrente, como já demonstrado**.

Ocorre que, de acordo com o Regulamento do Programa Desenvolve, a competência para sanear o processo de benefício é da Secretaria Executiva, cabendo recurso da sua decisão pelo arquivamento, na forma a seguir:

Art. 11. O Conselho Deliberativo do DESENVOLVE deverá pronunciar-se sobre a pretensão da empresa postulante, na primeira reunião a ser realizada após a conclusão da análise, a qual se processará no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, contados a partir da data de recebimento do processo pela Secretaria Executiva.

Parágrafo único. A análise do processo de habilitação obedecerá à seguinte tramitação:

I - verificação, pela Secretaria Executiva, se foram obedecidas todas as formalidades e análise dos diversos aspectos técnicos, no prazo máximo de 50 (cinquenta) dias;

II - instruído o processo e anexado ao mesmo a análise da Secretaria Executiva, o Presidente do Conselho promoverá distribuição para um dos seus membros, que terá o prazo máximo de 10 (dez) dias para emitir seu parecer.

Art. 12. Verificada a existência de irregularidade no pedido, a Secretaria Executiva determinará a promoção de providências saneadoras quando couber ou, de imediato, o seu arquivamento, quando se tratar de falha insanável.

Art. 13. Do arquivamento do pedido caberá recurso da empresa interessada, ao Conselho Deliberativo, com efeito suspensivo, devendo ser interposto no prazo de 10 (dez) dias, contados a partir da data de recebimento da notificação. (grifos nossos)

Sendo assim, de acordo com o procedimento estabelecido no referido Regulamento, havendo deficiência ou irregularidade, caberia à Secretaria Executiva determinar as providências necessárias para sanear.

Como, no presente caso, sua opinião foi pelo DEFERIMENTO do pleito, ao se manifestar pela rejeição do pedido, ignorando os documentos existentes nos autos, como já demonstrado, e sem conceder à recorrente o prazo para sanear eventuais pendências ou mesmo recorrer da decisão, o Conselho Deliberativo acabou por **desrespeitar o devido processo legal e cercear a sua defesa**, ao que tudo indica.

Nesta perspectiva, a mesma lógica de rigor para a desconsideração dos efeitos do ofício expedido pelo Secretário da Indústria, Comércio e Mineração, também seria aplicável para reconhecer a nulidade absoluta dos pareceres pelo indeferimento do pedido e, por arrastamento, da Resolução nº 159/2014 do Conselho Deliberativo do Desenvolve, podendo a recorrente ainda pleitear a extensão do seu benefício com efeitos retroativos, tendo em vista que a habilitação possui natureza declaratória e não constitutiva.

Logo, os equívocos presentes na discussão estabelecida nestes autos não advêm da conduta da recorrente que, a todo momento (e não há qualquer prova em sentido contrário), agiu pautada pela boa-fé e de acordo com as orientações recebidas pela Administração.

Consequentemente, mesmo que a discussão sobre a validade da Resolução nº 159/2014 do Conselho Deliberativo do Desenvolve não caiba a este órgão, não vejo como prosperar a acusação fiscal, diante da necessidade de reconhecer, em nome da segurança jurídica, da proteção da confiança e da boa-fé, os efeitos do ato praticado pelo Secretário da Indústria, Comércio e Mineração.

Diante do exposto, DOU PROVIMENTO ao Recurso Voluntário para julgar IMPROCEDENTE o Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria, com voto de qualidade do presidente, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 269358.0030/18-0, lavrado contra **KEP INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PLÁSTICOS LTDA**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$6.485.909,17**, sendo o valor de **R\$3.384.781,15**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais e, o valor de **R\$3.101.128,02**, sem incidência da multa aplicada, e demais acréscimos incidentes, conforme o art. 100, I do CTN.

VOTO VENCEDOR – Conselheiros: Ildemar José Landin, Luiz Alberto Amaral de Oliveira e Rubens Bezerra Soares.

VOTO DIVERGENTE – Conselheiros(as): Anderson Ítalo Pereira, Valdirene Pinto Lima e Evalda de Brito Gonçalves.

Sala das Sessões do CONSEF, 01 de fevereiro de 2023.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

ILDEMAR JOSÉ LANDIN – RELATOR

ANDERSON ÍTALO PEREIRA - VOTO DIVERGENTE

MARCELO CARDOSO DE ALMEIDA MACHADO – REPR. DA PGE/PROFIS