

PROCESSO - A. I. N° 299314.0001/07-5
RECORRENTE - VICUNHA TÊXTIL S/A.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO – Acórdão 2^a CJF n° 0368-12/08
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
INTERNET - 15/05/2009

2^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO CJF N° 0082-12/09

EMENTA: ICMS. INEXISTÊNCIA DE PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE DO RECURSO. Constitui requisito para a admissibilidade do Pedido de Reconsideração da Decisão da Câmara, que reformou no mérito a da primeira instância, a existência de matéria de fato ou fundamento de direito arguidos pelo sujeito passivo na impugnação e não apreciados nas fases anteriores de julgamento. Tais condições não ocorreram no caso concreto. Recurso NÃO CONHECIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Pedido de Reconsideração contra a Decisão desta 2^a Câmara de Julgamento Fiscal que Negou Provimento ao Recurso Voluntário interposto pela empresa, confirmando a Decisão da JJF que julgou procedente o Auto de Infração em epígrafe (Acórdão JJF n° 204-04/08), o qual foi lavrado para exigir ICMS, no valor de R\$11.909.343,08, em decorrência do recolhimento a menos do imposto por uso indevido de incentivo fiscal, a título de crédito presumido, previsto na Lei n° 7.025/97, modificando as características essenciais da obrigação tributária principal, de modo a reduzir o montante do imposto devido.

Consta na descrição dos fatos que foi concedido ao autuado, por meio da Resolução n° 06/2006 do Conselho Deliberativo do PROBAHIA, o benefício fiscal do crédito presumido, fixado em 90% das operações de saídas de filamento de poliéster POY, polímeros e fios de algodão e o diferimento do ICMS da diferença de alíquota na importação do exterior e de aquisição de outros Estados de produtos destinados ao ativo imobilizado, para o momento que ocorrer sua desincorporação, bem como, o diferimento nas operações internas de compra de insumos, embalagens e componentes, para o momento que ocorrer a saída dos produtos decorrentes. De igual forma, consta que o contribuinte não vem atendendo às condições estabelecidas no art. 1º, IV, da Lei n° 7.025/07 e no art. 1º, VII, do Decreto n° 6.734/07, pois não realiza operações de saídas de produtos montados ou fabricados pelo processo de fiação e tecelagem, não produz filamento de poliéster POY, de polímeros ou de fios de algodão. O grupo possui fábricas que fiam e tecem, contudo, sua unidade fabril aqui instalada produz “polímero em forma de pellets e não em forma de filamentos”, os quais são embalados, transferidos para suas outras unidades e também vendidos, não produzindo fios ou tecidos, ficando prejudicados os objetivos originais que deram causa a concessão do reportado benefício de crédito presumido.

Os autuantes apensaram ao Auto de Infração, entre outros documentos, os projetos apresentados pela empresa visando obter o benefício ora discutido – em 18/07/2003 (fls. 211/247) e em 02/02/2006 (fls. 262/300), bem como, o Protocolo de Intenções firmado entre o Estado da Bahia e a empresa autuado em 24/02/2006 (fls. 254/259).

Após análise das razões de defesa apresentadas pelo autuado, inclusive com a análise do Parecer Técnico por ele anexado (fl. 399) e da informação fiscal, a 4^a JJF decidiu pela procedência da autuação. Rechaçou todas as preliminares de nulidades arguidas (conflito de competência entre o Conselho Deliberativo do PROBAHIA, incompetência absoluta dos autuantes para apreciar a matéria e cerceamento de defesa), já que a competência da plenária do mencionado Conselho de

Fazenda, conforme definido no art. 7º da Res. 03/2007 é de definir política de investimentos; propor instituição de programas; deliberar sobre pedidos e concessão de incentivos e benefícios; apreciar e decidir sobre cancelamento de benefícios. Portanto, uma vez concedido benefícios fiscais mediante resoluções, para empresas integrantes dos programas instituídos, cabe à fiscalização verificar os procedimentos adotados pelos contribuintes em cumprimento das normas contidas na legislação tributária e caso a fiscalização constate práticas adotadas pelos contribuintes que conflitem com as normas, é de competência dos auditores fiscais, fazer o lançamento de ofício nos termos do art. 6º da Lei nº 8.210/02 e do art. 42 do Dec. 7.629/99. Quanto ao questionamento da capacidade dos autuantes para avaliar os benefícios concedidos, observaram que este argumento era de mérito da autuação. Também rejeitaram a nulidade do lançamento fiscal, sob o argumento de que ele somente poderia ser feito mediante a revogação do benefício concedido pelo CD do PROBAHIA, pois, uma vez concedido os benefícios fiscais previstos no PROBAHIA, constatado descumprimento da legislação tributária, é de competência do Fisco fazer o lançamento de ofício para exigir o tributo devido, independentemente do cancelamento dos benefícios, não havendo conflito de competência entre a ação fiscal que culminou com o lançamento de ofício, privativa dos auditores fiscais e das competências do mencionado Conselho de Fazenda.

No mérito e em síntese, após análise da legislação pertinente à matéria e dos benefícios ao autuado concedidos, os argumentos apresentados pela empresa foram rechaçados, uma vez que *conforme disposto no art. 1º, IV da Lei nº 7.025/97 e art. 1º, VII do Decreto nº 6.734/97, foi autorizado e concedido pelo Poder Executivo a concessão de crédito presumido do ICMS para as atividades de produção de “fiação e tecelagem: em até 90%, nos primeiros quinze anos de produção”. Conforme diagrama contido no projeto técnico para habilitação do crédito presumido (fl. 375) e Parecer técnico à fl. 399, o produto produzido pelo recorrente é “polímero em forma de pellets”, obtido após a reação química da formação da cadeia de polimerização, que só em fase posterior de industrialização poderá vir a constituir atividade de fiação ou tecelagem, que é a prevista na legislação tributária relativo ao crédito presumido, outorgado pela Res. 06/06 do CD PROBAHIA. Entendo que não é correto o procedimento adotado pelo contribuinte, ao utilizar crédito presumido relativo a produtos que produziu e deu saída, sem amparo na norma que lhe concedeu. Agindo como procedeu, assumiu o risco e a responsabilidade pelo cometimento da infração ora lhe imputada, bem como da multa e dos acréscimos legais decorrentes e correto o procedimento adotado pela fiscalização.*

Em relação à multa indicada na autuação – 100%, prevista no art. 42, IV, “j”, da Lei nº 7.014/96 – foi retificada para 60%, prevista no art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96.

Inconformado com a Decisão proferida pela 4ª JJF, o contribuinte apresenta Recurso Voluntário, que não foi dado provimento por esta 2ª CJF.

Em relação às preliminares de nulidades suscitadas, idênticas àquelas expostas quando do julgamento de 1ª Instância, houve o seguinte pronunciamento:

1. incompetência dos autuantes para avaliar a sua conduta quanto ao benefício fiscal do PROBAHIA, já que tal matéria cabia exclusivamente ao Conselho Deliberativo do PROBAHIA. Com base no *disposto no artigo 107, §§ 1º e 2º, da Lei nº 3956/81 (Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB), compete à Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia a fiscalização dos tributos estaduais, sendo essa função fiscalizadora exercida pelos auditores fiscais, os quais detêm a competência privativa para a lavratura de Autos de Infração. É pacífico que cabe exclusivamente ao Plenário do Conselho Deliberativo do PROBAHIA deliberar sobre pedidos, concessões e cancelamentos de incentivos e benefícios. Todavia, os autuantes, no exercício regular de sua função fiscalizadora, apenas verificaram a situação tributária do recorrente frente aos incentivos fiscais que a ele foram concedidos pelo Conselho Deliberativo do PROBAHIA, por meio da Resolução nº 06/2006. Não houve, portanto, qualquer hipótese de extração da competência funcional dos autuantes..*

2. cerceamento de defesa em virtude da falta de prévia revogação da Resolução nº 06/2006, O recorrente continua em pleno gozo dos benefícios fiscais previstos nessa Resolução. Ademais, o Auto de Infração foi lavrado em conformidade com a legislação tributária pertinente.
3. Auto de Infração foi lavrado contra a lei, pois ignorada a vigência da Resolução nº 06/2006, do Conselho Deliberativo do PROBAHIA. O disposto na Resolução nº 06/2006, quando interpretado em consonância com as determinações do art. 1º § 1º, IV, da Lei Estadual nº 7.025/97 e art. 1º. VII do Decreto estadual nº 6.734/97, *deixa claro que os referidos incentivos fiscais são direcionados à atividade de fiação e tecelagem, a qual não foi desenvolvida neste Estado. Dessa forma, no caso concreto, os autuantes apenas constataram que os produtos fabricados pelo recorrente não coincidiam com os previstos na Resolução nº 06/2006, quando interpretada à luz da Lei nº 7.025/97 e do Decreto nº 6.734/97, e, em consequência, que o recorrente não fazia jus aos incentivos fiscais ali previstos.*
4. Afastou o argumento de que o Auto de Infração violava o princípio da estrita legalidade já que fundamentado em decreto do Poder Executivo Estadual, já que tal fato não é razão para a nulidade do lançamento, diante das disposições do art. 19 do RPAF/99. E, no caso, além de ter sido indicado o dispositivo regulamentar (Decreto nº 6.743/97) o autuante expressamente se reportou à Lei nº 7.025/97.

Em seguida, foi indeferida a diligência solicitada, com fulcro no artigo 147, inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, uma vez que os elementos existentes nos autos eram suficientes para o deslinde da questão.

No mérito, todas as razões recursais foram afastadas em voto fundamentado na Lei Estadual nº 7.025/97 e Decreto Estadual nº 6.734/97, na concessão do incentivo fiscal concedido ao recorrente através da Resolução nº 06/2006, do Conselho Deliberativo do PROBAHIA.

Por fim, também não houve acolhimento da tese recursal de que mesmo não havendo crédito presumido na saída de polímeros de seu estabelecimento, essas saídas também não geravam débitos de ICMS, uma vez que se tratava de transferências entre estabelecimentos de uma mesma empresa, pois o ICMS incide nas transferências interestaduais entre estabelecimentos de uma mesma empresa.

A empresa, após ciência desta Decisão, apresentou Pedido de Reconsideração (fls. 586/595) expondo, pela terceira vez, todo o seu processo produtivo, inclusive dos “pellets”, e exigindo revisão da Decisão prolatada, já que foram ignorados os seguintes aspectos:

- “1. O conceito técnico de polímero em forma de “pellets” integra a indústria de fiação de tecidos sintéticos, como insumo indispensável;
2. O polímero em forma de “pellets”, com aparência de grânulos, é obtido a partir da submissão à fieira (fiação);
3. O filamento de poliéster condiz ao polímero em forma de “pellets” após a transformação pela segunda fieira, com orifício de menor dimensão;
4. O crédito presumido era apurado sobre a saída de polímeros, conforme descrito na Resolução nº 06/2006, do Conselho Deliberativo do Programa de Promoção do Desenvolvimento da Bahia — PROBAHIA;
5. Existindo controvérsia técnica sobre o polímero produzido pela requerente, imprescindível à conversão do julgamento em diligência, do contrário, configurado o cerceamento de defesa, infringindo os princípios constitucionais do devido processo legal, contraditório e ampla defesa.
6. Ao contrário do acórdão prolatado, não foi comprovado que o polímero produzido pela requerente era incompatível com descrito na Resolução nº 06/2006, do Conselho Deliberativo do Programa de Promoção do Desenvolvimento da Bahia — PROBAHIA, provavelmente, pela falta da avaliação técnica;
7. O acórdão proferido foi omisso quanto ao projeto de investimentos apresentado pela contribuinte, que proporcionou a concessão do incentivo fiscal e detalhava o processo produtivo, inclusive ressaltando sua finalidade de fabricação do polímero em “pellets”;
8. A Resolução nº 06/2006, do Conselho Deliberativo do Programa de Promoção do Desenvolvimento da Bahia — PROBAHIA, não restringia o cálculo do crédito presumido de Imposto sobre Circulação de Mercadorias e

Serviços (ICMS) somente sobre a saída de polímeros em forma de filamentos, principalmente, por caracterizar uma impropriedade técnico.”

Após tais indicações e/ou considerações, afirmou essencial a reconsideração do acórdão exarado por esta 2^a CJF, pois ela *divergiu dos elementos de fato e jurídicos compreendidos nos autos, sendo fundamentado na incongruência entre o polímero previsto na Resolução nº 06/2006, do Conselho Deliberativo do PROBAHIA, e o produzido pelo recorrente, sem qualquer subsídio técnico.* Rebatendo, em seguida, toda a explicação apresentada e entendida por esta 2^a CJF a respeito da função do “pellets” no processo produtivo de tecelagem do recorrente, solicitou a anulação do acórdão ora em combate e que fosse determinada a realização de diligência fiscal para se identificar se o polímero autuado estava contemplado na Resolução nº 06/2006, do Conselho Deliberativo do PROBAHIA, considerando, inclusive, o seu pedido de habilitação.

Requeru a improcedência do lançamento fiscal e afirmou que o *indeferimento do pedido de reconsideração, ora formulado, caracterizará cerceamento de defesa, transgredindo os princípios constitucionais do devido processo legal, contraditório e ampla defesa.*

Ao exarar o Parecer de fls. 611 a 612, a representante da PGE/PROFIS afirma que da análise das razões expedidas no Pedido de Reconsideração, considerava ausente os requisitos de sua admissibilidade capazes de provocar o seu conhecimento, em obediência às determinações do art. 169, I, “d”, do RPAF/99.

Indicando a inconformidade do autuado, ou seja, a necessidade da realização de diligência fiscal e transcrevendo o art. 169, I, “d”, do RPAF/99, afirmou que da leitura dos autos, inexiste reforma da Decisão exarada pela 2^a CJF. Além do mais, todas as questões provocadas pelo contribuinte foram exaustivamente discutidas no julgamento de Primeira e Segunda Instância.

Opinou pelo Não Conhecimento do Recurso.

VOTO

No presente Pedido de Reconsideração, a empresa volta a externar os mesmos argumentos da sua impugnação em 1^a Instância Administrativa, bem como, no seu Recurso à 2^a Instância. Apenas, no presente caso, exige que seja realizada diligência fiscal, negada quando do julgamento do Recurso apresentado. Além do mais, não havia sido respondido que os polímeros, motivo da autuação, não se encontravam sob o manto do benefício fiscal concedido pelo PROBAHIA.

Para Decisão da presente lide, necessário que se atente para o tipo de peça recursal apresentada, ou seja, Recurso de Pedido de Reconsideração.

O art. 169, I, “d”, do RPAF/99 (Decreto nº 7.629/99) prevê que caberá, com efeito suspensivo, para as Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, pedido de reconsideração da Decisão de Câmara que tenha reformado, no mérito, a de primeira instância em processo administrativo fiscal, desde que verse sobre matéria de fato ou fundamento de direito arguidos pelo sujeito passivo na impugnação e não apreciados nas fases anteriores de julgamento. Por outro lado, o art. 173, V, do citado Regulamento determina que não se deve conhecer o Recurso que não demonstre a existência de matéria de fato ou fundamento de direito arguidos pelo sujeito passivo e não apreciados em decisões anteriores.

Da leitura e análise dos citados dispositivos acima expostos, somente existem dois pressupostos para a admissibilidade do Pedido de Reconsideração:

1. que a Decisão de Câmara de Julgamento Fiscal tenha reformado, no mérito, a de primeira instância em processo administrativo fiscal;
2. que verse sobre matéria de fato ou fundamento de direito arguidos pelo sujeito passivo na impugnação e não apreciados nas fases anteriores de julgamento.

Voltando para o presente caso, a CJF não reformou a Decisão de 1^a Instância, já que, naquela ocasião, todas as preliminares de nulidade arguidas foram apreciadas, bem como, todas as razões de mérito. Em assim sendo, cai por terra a primeira condição de admissibilidade do Recurso interposto pela empresa.

Quanto à segunda condição exigida para a admissibilidade do Pedido de Reconsideração, também a mesma não foi preenchida pela empresa. Em sede de Recurso Voluntário, novamente, todas as preliminares de nulidade invocadas foram apreciadas, bem como, apreciado o pedido de diligência e enfrentadas todas as razões de mérito arguidas.

Nessas circunstâncias, não houve qualquer omissão por parte da JJF e CJF deste Conselho de Fazenda Estadual, que dê ensejo ao Recurso interposto. O recorrente não demonstrou a existência de matéria de fato ou fundamento de direito não apreciados nas Decisões anteriores prolatadas.

Do exposto, acolhendo o opinativo da douta PGE/PROFIS, voto pelo NÃO CONHECIMENTO do Pedido de Reconsideração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO CONHECER o Pedido de Reconsideração apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração nº 299314.0001/07-5, lavrado contra VICUNHA TÊXTIL S/A., devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$11.909.343,08, acrescido da multa 60%, prevista no art. 42, II, "f", da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de abril de 2009.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS – RELATORA

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE - REPR. DA PGE/PROFIS