

PROCESSO - A. I. Nº 299314.0002/08-0
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - VICUNHA TÊXTIL S/A.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 3ª JJF nº 0101-03/09
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
INTERNET - 07/07/2010

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0190-11/10

EMENTA: ICMS. PROGRAMA PROBAHIA. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. USO INDEVIDO DE INCENTIVO FISCAL. Restou comprovado que o sujeito passivo utilizou crédito fiscal presumido relativo a saídas, do seu estabelecimento, do produto (polímero) que está citado expressamente na Resolução nº 06/2006 emanada pelo Conselho Deliberativo do PROBAHIA, vigente até o presente momento. Infração não caracterizada. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso de Ofício, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, interposto pela 3ª JJF após julgamento proferido através do Acórdão JJF nº 0101-03/09, lavrado para imputar ao sujeito passivo o recolhimento a menos do imposto, em razão de uso indevido de incentivo fiscal a título de crédito fiscal presumido nas operações de saídas de produtos montados ou fabricados neste Estado, não inclusos na legislação do crédito presumido previsto na Lei nº 7.025/97.

Consta, na descrição dos fatos, que em 31/01/2006 foram concedidos ao contribuinte através da Resolução nº 06/2006 do Conselho Deliberativo do PROBAHIA, ratificada pela Resolução nº 17/2006, de 19/05/2006, dentre outros benefícios fiscais, usufruídos inclusive até o momento da ação fiscal, o de crédito presumido, fixado em 90% do imposto incidente nas operações de saídas de filamento de poliéster POY, polímeros e fios de algodão.

Consta, ainda, que o contribuinte não vem atendendo às condições estabelecidas no Decreto nº 6.734/07, que regulamenta a Lei nº 7.025/07, na Seção 1, que trata do benefício do crédito presumido, mais precisamente o artigo 1º, inciso VII, porque o sujeito passivo não tem operações de saídas de produtos montados ou fabricados pelo processo de fiação e tecelagem e, portanto, não produz filamento nem de poliéster POY e nem de polímeros, bem como também não produz fios de algodão. Que o grupo Vicunha tem fábricas que fiam e tecem, contudo sua unidade fabril ora autuada “produz polímero em forma de *pellets* e não em forma de filamentos”. Que os citados *pellets* são embalados, transferidos para suas outras unidades, e também vendidos. Que, em o contribuinte não produzindo fios, nem tecidos, ficaram prejudicados os objetivos originais que deram causa à concessão do reportado benefício de crédito presumido, tudo conforme Anexos 1 a 11, juntados ao processo.

No julgamento de Primeira Instância, inicialmente o Relator rechaçou as preliminares de nulidade suscitadas pelo sujeito passivo, aos seguintes argumentos, em síntese:

- I. que o autuado argui a nulidade da autuação alegando que o lançamento de ofício conflita com a Resolução nº 06/06, emanada do Conselho Deliberativo, incompetência dos autuantes para apreciar a matéria, mas que catada, visto que a competência da plenária do mencionado C

artigo 7º da Resolução nº 03/2007, é a 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, cabendo ao Fisco 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 artigo 6º da Lei nº 8.210/02 e do artigo 42 do Decreto nº 7.629/99;

- II. que também rejeita a nulidade arguida sob a alegação de que só poderia ser feito o lançamento de ofício após a revogação do benefício concedido pelo Conselho Deliberativo do PROBAHIA porque, 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, e que, ainda, não existe conflito de competência entre a ação fiscal que culminou com o lançamento de ofício, privativa dos auditores fiscais, e a competência do mencionado Conselho, como afirmou o impugnante, além do que o Auto de Infração foi lavrado em conformidade com o disposto no artigo 38 do RPAF/99, tendo sido devidamente cientificado o autuado, que apresentou sua defesa contestando a exigência fiscal, o que demonstra ter sido respeitado o exercício do seu amplo direito de defesa.

No mérito, assim se pronunciou a JJF, em síntese:

- I. que o presente lançamento exige ICMS em decorrência do recolhimento a menos do imposto em razão de uso indevido de incentivo fiscal, a título de crédito presumido previsto na Lei nº 7.025/97 e que, conforme descrito no Auto de Infração, através da Resolução nº 06/2006 do Conselho Deliberativo do PROBAHIA, ratificada pela Resolução nº 17/2006, foi concedido ao contribuinte benefício fiscal de crédito presumido, fixado em 90% das operações de saídas de filamento de poliéster POY, polímeros e fios de algodão, além de outros benefícios que não são objeto da presente autuação;
- II. que o contribuinte trouxe ao processo dados no Parecer Técnico que anexou às fls. 430 a 433 dos autos, que corroboram as afirmativas dos autuantes no sentido de que os polímeros sob a forma de *pellets* a que deu saída, em razão das quais utilizou o crédito presumido, não são filamentos prontos para a fiação e tecelagem, e sim polímeros em forma de grânulos que podem ser, após novo processo produtivo, transformados em filamentos que podem vir a ser utilizados no processo de fiação e tecelagem, restando incontroverso nos autos que o contribuinte deu saídas a polímeros e fez uso do benefício do crédito presumido com base na Resolução nº 06/2006;
- III. que, no entanto, se faz necessário o exame do texto da Resolução nº 06/2006 que trata do benefício do crédito presumido concedido ao sujeito passivo, o qual transcreve em seu voto, explicitando que o inciso I da mencionada Resolução cita três produtos: filamento de poliéster POY, polímeros e fios de algodão, não especificando os tipos, nem os formatos, dos polímeros aos quais se refere, sendo que ambos, autuante e autuado, admitem que o contribuinte deu saída a polímeros sob a forma de *pellets*;
- IV. que o art. 111, inciso I, do Código Tributário Nacional – CTN - o qual também transcreve, dispõe que se interpreta literalmente a legislação tributária que disponha sobre suspensão ou exclusão do crédito tributário, e que o benefício fiscal concedido exclui parte do crédito tributário a ser exigido do contribuinte, portanto o inciso I do artigo 1º da Resolução nº 06/2006 deve ser interpretado de forma literal, e a referida resolução trata de polímeros;
- V. que, assim, caso o Fisco viesse a verificar a utilização do crédito presumido, pelo sujeito passivo, em razão da saída de outros produtos que não fossem Resolução nº 06/2006, quais sejam estes, filamento de poliéster

godão, seria indevido o uso do benefício, porque, de fato, a Resolução não atinge todas as saídas promovidas pelo sujeito passivo;

- VI. que em relação à arguição de que o contribuinte estaria utilizando o benefício contrariamente ao disposto no inciso IV do §1º do artigo 1º da Lei nº 7.025/97 – o qual transcreve – uma vez que a Resolução nº 06/2006 cita polímeros sem citar a fase de industrialização em que se encontram, e o contribuinte afirma, fato este não contestado pelo Fisco, e também corroborado por Parecer técnico acostado ao processo pelo sujeito passivo, que os polímeros *pellets* também podem vir a ser utilizados em processo de fiação e tecelagem, não está provado, neste processo, que os *pellets* fabricados pelo sujeito passivo não se destinam à fiação e à tecelagem, até porque, conforme verificado pelo Fisco, as saídas destes polímeros sob a forma de *pellets*, promovidas pelo sujeito passivo, destinam-se a unidades fabris do Grupo Vicunha, que promove operações relacionadas com fiação e tecelagem;
- VII. que, de fato, é vedado ao contribuinte utilizar crédito presumido relativo a produtos que produziu e deu saída, sem amparo na norma que lhe concedeu tal benefício fiscal, porém, conforme exposto inclusive no campo “Descrição dos fatos” do Auto de Infração, baseando-se a imputação nas operações de saídas de *pellets*, espécie de polímero, e estando este produto, polímero, citado de forma expressa na Resolução nº 06/2006, a imputação de uso indevido do benefício fiscal não procede, sendo, assim, Improcedente o Auto de Infração.

Ao final do seu voto, recorre de ofício da presente Decisão para uma das Câmaras de julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, item 2, do RPAF//99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10.10.00.

VOTO

Inicialmente devemos consignar que o sujeito passivo era beneficiário do programa DESENVOLVE – Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia - conforme Resolução nº 40/2003, retificada pela Resolução nº 135/2005, habilitando-o aos benefícios do referido Programa para produção dos seguintes produtos: filamentos de poliéster POY, polímero pós-condensado, polímero têxtil brilhante e metanol, e, posteriormente fio de algodão (Resolução nº 126/2005), conforme Protocolo de Intenções firmado com o Estado da Bahia (vide documentos de fls. 260 a 267 dos autos). Registre-se, por necessário, que, ainda, através da Resolução nº 13/2003, concedia-se ao sujeito passivo o diferimento do ICMS na importação do produto Tereftalato de Dimetila, principal insumo para a fabricação do produto polímero pós-condensado.

Posteriormente, em dezembro de 2005, a empresa pleiteou e obteve a migração do benefício do Programa DESENVOLVE para os benefícios constantes do Decreto nº 6.734/97 (amparados na Lei nº 7.025/97), crédito presumido e diferimento do ICMS - que se deu através da Resolução nº 06/2006, emanada do Conselho Deliberativo do Programa de Desenvolvimento da Bahia – PROBAHIA, na data de 31 de janeiro de 2006 (vide documento de fls. 318 dos autos). Registre-se que foram revogadas, na mesma data, as Resoluções que habilitavam o sujeito passivo aos benefícios concedidos pelo programa DESENVOLVE (vide documentos de fls. 316 e 317 dos autos).

A acima citada Resolução nº 06/2006 (documento de fls. 318), além do diferimento do lançamento e do pagamento do ICMS na importação e nas aquisições em outras unidades da Federação de bens do ativo e na importação e operações internas com insumos, embalagens e componentes, concedeu ao sujeito passivo o crédito presumido de 90% do imposto incidente nas operações de saídas dos seguintes produtos por ele fabricados: filamentos de poliéster POY, polímeros e fios de algodão.

Por sua vez, para habilitar-se aos benefícios em tela, o sujeito passivo acionou o Conselho Deliberativo do PROBAHIA (documento de fls. 274

gida ao Secretário de Indústria, Comércio e Mineração – vide fls. 270 a 272 – onde expressamente requereu sua habilitação aos benefícios do Decreto nº 6.734/97, para a produção dos produtos filamentos de poliéster, polímero pós-condensado, polímero têxtil e fios de algodão. Registre-se, por necessário, que se tratam dos mesmos produtos constantes da habilitação ao DESENVOLVE, com exceção do produto metanol.

Nesta petição, requer a concessão do crédito presumido de 90% nas operações de saída dos produtos fabricados pela empresa, pelo prazo de 15 anos, citando expressamente o art. 1º, inciso VII do Decreto nº 6.734/97, cujo texto abaixo transcrevemos, e ainda a concessão de diferimento nas aquisições de insumos e embalagens e na aquisição interestadual e importação de bens do ativo, bem como na importação do produto Tereftalato de Dimetila para o momento em que ocorrer a saída de produto resultante da sua industrialização. Registre-se, por necessário, que o produto citado é matéria-prima para a produção de polímero pós-condensado (PET):

“Art. 1º Fica concedido crédito presumido nas operações de saídas dos seguintes produtos montados ou fabricados neste Estado e nos percentuais a saber:

VII - fiação e tecelagem: até 90% (noventa por cento), nos primeiros 15 (quinze) anos de produção;”

No referido Projeto - necessário para que o Conselho Deliberativo fixasse o percentual de crédito presumido e o prazo de sua fruição em resolução, utilizando-se de critérios econômicos e técnicos – o sujeito passivo após discorrer sobre o histórico de fundação da empresa, plano de comercialização, recursos humanos e orçamento de produção, define os produtos que serão fabricados, seu processo produtivo e o programa previsto de vendas (vide fls. 291 a 301), onde explicita de forma detalhada quais os insumos necessários, inclusive os que serão utilizados para a fabricação dos polímeros têxteis e o pós-condensado, e ainda explicita os produtos que serão fabricados e, em relação aos quais requer a concessão do benefício.

Feito este breve resumo, extraído dos elementos e documentos constantes dos autos, de logo podemos concluir que a concessão da habilitação ao crédito presumido ao sujeito passivo pelo Conselho Deliberativo do PROBAHIA se deu com pleno conhecimento dos produtos que seriam fabricados pelo contribuinte, dentre eles o polímero pós-condensado, tanto que a Resolução nº 06/2006 não especifica o tipo de polímero abrangido pelo benefício, e que, ainda, a intenção era abranger os mesmos produtos constantes do benefício anterior do qual gozava o sujeito passivo – DESENVOLVE – com exceção do produto Metanol, tanto que também fora concedido o diferimento dentro do âmbito do decreto especificado (vide art.2º, inciso V) na importação do principal insumo para a produção do produto polímero pós-condensado (PET), o Tereftalato de Dimetila, como era concedido no âmbito do DESENVOLVE.

O entendimento da JJF, por sua vez, foi no sentido de que a referida Resolução, ao não especificar os tipos, nem os formatos dos polímeros aos quais se refere, deve ser interpretada literalmente, pois disciplina benefício fiscal, no termos do art. 111 do CTN, devendo, assim, ser julgada improcedente a exigência fiscal, pois o contribuinte deu saída de polímeros, ainda que na forma de pellets, e tal produto, polímero, consta na Resolução.

Em verdade, quanto a este ponto especificamente, é cediço que o Decreto nº 6.734/97, ao regulamentar a Lei nº 7.025/97, disciplina os benefícios do crédito presumido e do diferimento do ICMS, nas operações realizadas por estabelecimentos industriais de setores diversos localizados em território baiano, aí incluído o setor de fiação e tecelagem. É cediço, ainda, que para gozo dos referidos benefícios, o estabelecimento industrial deveria estar habilitado para tal, mediante ato formal - no caso, resolução - expedido pelo Conselho deliberativo do PROBAHIA.

Ora, se foi concedido ao sujeito passivo, que atua nesta atividade, a habilitação aos benefícios dos citados diplomas legais, através da Resolução nº 06/2006 do C
BAHIA, e esta trouxe produto que não seria abrangido nas referidas
lução um ato inválido, já que tais resoluções, exaradas pelos cons

mas de incentivos fiscais, não criam direitos, mas declaram ou formalizam sua concessão, visto que, apenas a lei pode criar ou restringir direitos em matéria tributária. A resolução é mero ato administrativo normativo “*infra legem*”.

Os atos administrativos normativos constituem, no entanto, fontes do direito tributário, embora fonte limitada e relativa, nos termos do art. 100, inciso I, do CTN. Neste sentido, porém, possuem eficácia perante os administrados e impõem-se perante os servidores públicos.

Assim, enquanto hígido o ato administrativo normativo em tela, ou seja, enquanto não excluída do âmbito da legislação tributária do Estado da Bahia a referida Resolução, a nosso ver, não há como exigir do sujeito passivo o imposto ora lançado. Salienta, inclusive, Ruy Barbosa Nogueira, que o contribuinte tem o “*direito de invocá-los para demonstrar que agiu de acordo com a orientação desses atos, ou, ainda, para se defender contra atos de funcionários que tenha desatendido a tais ordens*”. Ruy Barbosa Nogueira, Direito Financeiro, São Paulo, José, Bushatsky Editor; 1, edição, 1964, pág. 34.

Sabe-se que farta doutrina esclarece que os atos administrativos normativos são de observância obrigatória, desde que compatíveis com a legislação a que se destinem a complementar, mas, em obediência ao princípio da legalidade, “*cabe à administração pública anular os atos administrativos de seus agentes, quando eivados de nulidade, porque deles não nasce direito em favor da administração ou dos respectivos beneficiários*” (Súmulas 346 e 473 do STF; CF/88, arts. 5º, II e 37, caput) e (STJ, RMS nº 479-SP, 2ª T., DJU-I, de 17.12.90, p. 15.349).

Neste sentido, depois de revogada a referida Resolução, como o ato praticado pelo contribuinte, embora com fulcro em ato administrativo normativo, violou a lei, e como a legalidade deve ser restaurada, se o tributo foi pago em quantia inferior à legalidade prevista, persiste ainda a obrigação, para o contribuinte, de completá-la, já que o poder Público não pode renunciar ao tributo, cujo lançamento constitui ato vinculado e obrigatório por parte da Administração.

No entanto, cabe a dispensa da aplicação de quaisquer penalidades ao sujeito passivo pelo descumprimento da obrigação principal, visto que este agiu em estrita observância ao ato exarado pela própria Administração.

O Código Tributário Nacional, aliás, deu solução ao problema, determinando a restauração do ato ilegal sem prejuízo ao contribuinte, nos termos do Parágrafo único do art. 100: “*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*”.

Assim, de tudo que foi até aqui exposto, podemos concluir que o Conselho Deliberativo do PRO-BAHIA, ao conceder a habilitação ao sujeito passivo para gozo dos benefícios fiscais do crédito presumido, tinha pleno conhecimento de que a mesma abrangia todos os produtos fabricados pela empresa, devidamente informados no Projeto apresentado por este; que o produto polímero consta expressamente descrito na referida Resolução, sem especificação se têxtil ou pós-condensado; que a Lei nº 7.025/97 e o Decreto nº 6.734/97, nos termos do inciso VII do art. 1º, não alcançam produtos que não sejam de fiação e tecelagem para as empresas do setor; que a Resolução nº 06/2006 extrapolou o quanto disposto nos referido diplomas legais, devendo, assim, ser revogada; que enquanto não revogada, a mesma é válida, sendo um ato administrativo normativo com eficácia perante os administrados e que se impõe perante os servidores públicos.

Registre-se, ainda, que o presente lançamento de ofício tem uma mácula não observada pela JJF, que torna, inclusive, incerto o montante do imposto ora exigido, pois a planilha de fls. 09 dos autos não demonstra que foi concedido o crédito fiscal pela entrada dos insumos, embalagens, bens do ativo e energia elétrica da área produtiva, bem como sobre os serviços tomados, a que teria direito o contribuinte em vista da exigência fiscal que afasta o

Assim, extrai-se das conclusões e registro acima apontados, que não há como se manter a exigência fiscal ora objeto de apreciação, o que nos leva a votar pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, mantendo a Decisão recorrida que julgou IMPROCEDENTE o Auto de Infração em epígrafe.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou IMPROCEDENTE o Auto de Infração nº 299314.0002/08-0, lavrado contra **VICUNHA TÊXTIL S/A**.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de junho de 2010.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

SANDRA URÂNIA SILVA ANDRADE – RELATORA

SYLVIA MARIA AMOÉDO CAVALCANTE - REPR. DA PGE/PROFIS