

PROCESSO - A. I. Nº 299314.0001/07-5
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - VICUNHA TÊXTIL S/A
RECURSO - REPRESENTAÇÃO PGE/PROFIS – Acórdão 2ª CJF nº 0082-12/09
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
INTERNET - 10/09/2010

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0260-11/10

EMENTA: ICMS. PROGRAMA PROBAHIA. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. USO INDEVIDO DE INCENTIVO FISCAL. IMPROCEDÊNCIA DA AUTUAÇÃO. 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, sem especificação de tipo ou forma, Resolução vigente até o presente momento. Representação interposta com base no art. 119, II, § 1º, da Lei nº 3.956/81, COTEB, bem como nos princípios da legalidade, isonomia e segurança jurídica, visando uniformizar o entendimento do Conselho de Fazenda sobre a mesma matéria, objeto de exigência fiscal contra o mesmo sujeito passivo através de outro Auto de Infração, julgado Improcedente. Representação **ACOLHIDA**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Através da presente Representação – fls. 802 a 805 - a PGE/PROFIS, com base no art. 119, inciso II, §1º, da Lei nº 3.956/81 – COTEB – combinado com o art. 114, II, §1º do RPAF/BA, encaminha o processo em epígrafe a uma das Câmaras de Julgamento Fiscal deste Conselho de Fazenda para que seja apreciado o lançamento de ofício epigrafo e decretada a Improcedência do Auto de Infração, lavrado para imputar ao sujeito passivo “*o recolhimento a menor do ICMS 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*”, em decorrência de Pedido de Controle de Legalidade apresentado pelo sujeito passivo às fls. 790 a 797 dos autos.

A Representação em tela traz os seguintes fundamentos, em síntese:

- I. Inicialmente informa a procuradora que subscreveu a referida Representação que o sujeito passivo, em seu Pedido de Controle de Legalidade, assevera que teve contra si lavrado dois Autos de Infração com o mesmo fundamento, porém relativos a períodos distintos, sendo que em relação ao lançamento de ofício em epígrafe houve julgamentos, tanto em Primeira como em Segunda instância, que mantiveram a autuação julgada Procedente, tendo ainda sido negados Pedido de Reconsideração por ele interposto, bem como Pedido de Controle de Legalidade perante essa Procuradoria, enquanto em relação ao Auto de Infração nº 299314.0002/08-0, houve julgamento pela 2ª JJF pela Improcedência da autuação, o que foi confirmado em julgamento do Recurso de Ofício pela 1ª CJF;
- II. Informa, ainda, a ilustre procuradora, que o requerente alega que o presente Auto de Infração foi lavrado pela acusação de recolhimento a menor do ICMS por uso indevido de incentivo fiscal a título de crédito presumido nas operações de produtos montados ou fabricados neste Estado, pois não estariam eles incluídos no crédito presumido, mas que tal autuação está amparada em flagrante ilegalidade sobre expressa violação à Resolução nº 06/2006, ratificada

ambas expedidas pelo Conselho Deliberativo do PROBAHIA, ao tempo que sustenta que este benefício teria por base a concessão de crédito presumido do ICMS incidente nas operações de saídas de Filamentos de Poliéster - POY - sem especificar, contudo, os tipos ou formatos aos quais se referiam, fundamento utilizado no julgamento do Auto de Infração nº 299314.0002/08-0, proferido pela 1ª CJF, que confirmou a Improcedência da autuação exarada pela Primeira Instância;

- III. Esclareceu que o autuado era beneficiária do Programa DESENVOLVE, concedido através das Resoluções nºs 40/2003 e 135/2005, e que os produtos abrangidos eram filamentos de poliéster POY, polímero pós-condensado, polímero têxtil brilhante e metanol, sendo incluído posteriormente o produto fio de algodão, através da Resolução nº 126/2006, sendo ainda beneficiária, através da Resolução nº 13/2003, do diferimento do ICMS na importação do produto Tereftalato de Dimetila, o qual era o principal insumo para a fabricação do produto polímero pós-condensado. Esclareceu ainda, que a requerente migrou para o Programa PROBAHIA, através da Resolução nº 06/2006, habilitando-se ao crédito presumido de 90% do imposto incidente nas saídas dos produtos filamentos de poliéster POY, polímeros e fios de algodão, mesmos produtos constantes da habilitação para o DESENVOLVE, a exceção do metanol, tendo, ainda, posteriormente, também obtido o diferimento na importação do produto Tereftalato de Dimetila, matéria-prima para a produção do polímero pós-condensado.
- IV. Consignou que o entendimento da fiscalização, que embasou a lavratura de ambos os Autos de Infração, é que os polímeros em forma de pellets/grânulos, embora produzidos na unidade fabril autuada, não poderiam ser abrangidos pelo uso do benefício fiscal por não integrarem necessariamente o seu setor têxtil, entendimento mantido pelos julgadores do CONSEF no Auto de Infração objeto da Representação;
- V. Consignou, ainda, que, por outro lado, no julgamento do Auto de Infração nº 299314.0002/08-0, a Primeira Instância – através da 3ª JJF – não acatou a interpretação restritiva que a fiscalização imprimiu aos termos da Resolução nº 06/2006, proferida pelo Conselho Deliberativo do PROBAHIA, restando esclarecido neste julgamento que a interpretação correta da referida Resolução, ao não especificar os tipos e nem os formatos dos polímeros aos quais se referem, deve ser interpretada literalmente, nos termos do art. 111, inciso I, do Código Tributário Nacional – CTN, concluindo, assim, que o polímero em forma de pellets é um tipo de polímero produzido pelo autuado, pois a escrita da resolução usa o termo amplo “polímero”, não devendo, assim, ser restringido pela fiscalização;
- VI. Ressaltou que o julgamento proferido pela 1ª CJF confirma este entendimento, deixando claro que, de fato, o Estado da Bahia ao conceder o benefício do crédito presumido o autuado era conhecedor da produção total da indústria autuada, e tinha consciência de que seria utilizado o crédito presumido em toda a produção de polímeros que fosse resultante de seu parque fabril, transcrevendo o voto proferido no julgamento referenciado, por entender que ele elucida os fatos;
- VII. Conclui, assim, que o julgamento mais recente é que deve prevalecer, filiando-se aos fundamentos dos julgadores da 3ª JJF e da 1ª CJF, por efetivamente ser clara a posição do Estado de querer atingir a produção total de polímeros desenvolvida pela empresa autuada, tanto que quando da anterior edição das resoluções do benefício do DESENVOLVE o Estado especificou todos os produtos que seriam atingidos por cada benefício concedido, e quando da edição das resoluções do PROBAHIA, o Estado, de maneira abrangente, generalizou o termo “polímero”, restando o entendimento de que o polímero em forma de pellets também é produto produzido pela indústria autuada, e a mesma deve ser beneficiada pelo uso do crédito presumido 06/2006;

VIII. Por fim, ressalta que deve merecer guarida a pretensão do autuado, por estar presente a hipótese compreendida no art.114 do RPFA/BA, de ilegalidade flagrante, fundamento pelo qual se propõe Representação ao CONSEF, a fim de que se proceda a novo julgamento do presente Auto de Infração, observando-se os princípios da legalidade e da isonomia, como também a segurança jurídica das decisões deste Conselho, para que seja o autuado beneficiada pelo novo entendimento exarado à unanimidade pela 1ª CJF em relação à matéria objeto da autuação e, conseqüentemente, seja decretada a Improcedência do referido Auto de Infração.

VOTO

Inicialmente, cumpre consignar que a representação proposta pela PGE/PROFIS, no controle da legalidade, encontra previsão no art. 119, §1º, do Código Tributário do Estado da Bahia, *in verbis*:

“Na hipótese de existência de vício insanável ou ilegalidade flagrante em Auto de Infração, a Procuradoria Fiscal (PROFIS), órgão da Procuradoria Geral do Estado, representará ao Conselho de Fazenda Estadual (CONSEF), no prazo de 5 (cinco) dias, para apreciação do fato”.

Como se deduz da simples leitura do permissivo legal, compete à PGE/PROFIS representar ao Conselho de Fazenda Estadual sempre que verificar a existência de vício insanável ou ilegalidade flagrante, cabendo a esse órgão de julgamento apreciar o fato.

Assim, da análise da Representação em tela e dos autos, entendemos que a mesma merece acolhida, em todos os seus termos, visto que a exigência fiscal constante deste lançamento de ofício é, de fato, idêntica à que foi apreciada por este Conselho de Fazenda, mediante julgamento proferido pela Primeira Instância no bojo do Auto de Infração nº 299314.0002/08-0, lavrado contra o mesmo sujeito passivo, mais precisamente através da Decisão proferida pela 3ª JJF - Acórdão JJF nº 0101-03/-09, que a julgou Improcedente, Decisão confirmada por esta mesma 1ª CF, por unanimidade, através do Acórdão CJF nº 0190-11/2010.

Como já havíamos nos posicionado detidamente no acórdão referenciado, e diante do fato de a matéria posta à apreciação no presente lançamento de ofício ser rigorosamente a mesma, transcreveremos neste voto os fundamentos que utilizamos para concluir pela improcedência da exigência fiscal:

“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 nº135/2005, 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 fl. 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 apres Deliberativo do PROBAHIA (documento de fls. 274 a 307), através de Indústria, Comércio e Mineração – vide fls. 270 a 272 – onde expressam benefícios do Decreto nº 6.734/97, para a produção dos produtos filan

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 Conselho deliberativo do PROBAHIA, e esta trouxe produto que não seria abrangido nas referidas normas, seria a referida resolução um ato inválido, já que tais resoluções, exaradas pelos conselhos deliberativos de programas 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, no 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, e, em nome da sua legalidade, “ cabe à administração pública anular os atos administrativos e a nulidade, porque deles não nasce direito em favor da administração ou dos

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 a 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 PROBAHIA, 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 referidos 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.”

Podemos ainda frisar que, também, neste Auto de Infração, como verificamos no Auto de Infração objeto da Decisão acima transcrita, há ainda uma mácula que torna incerto o montante do imposto lançado, pois os demonstrativos de cálculos não evidenciam 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 crédito presumido.

Como bem pontuou a PGE/PROFIS a Representação em tela encontra guarida nos princípios da legalidade, isonomia e da segurança jurídica, visto que manter-se uma exigência fiscal sobejamente fragilizada pela inobservância do rito próprio para previamente excluir do mundo jurídico o ato normativo (resolução) que dá amparo ao benefício do crédito presumido utilizado pelo sujeito passivo, bem como fulminada pela iliquidez do quantum a ser exigido a título de imposto, por não terem sido concedidos os créditos fiscais a que teria direito o contribuinte à medida em que lhe foi negado o uso do crédito presumido, somente possibilitaria custos ao Erário, representados pelo ônus da sucumbência em uma temerária execução fiscal, mormente diante do reconhecimento pelo próprio Conselho de Fazenda - em Decisão unânime, frise-se – em Auto de Infração lavrado contra o próprio sujeito passivo e relativo à mesma matéria, da insubsistência da exigência fiscal em tela.

Do exposto, voto pelo ACOLHIMENTO da representação proposta, para julgar IMPROCEDENTE o Auto de Infração epigrafado.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **ACOLHER** a Representação proposta.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de agosto de 2010.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

SANDRA URÂNIA SILVA ANDRADE – RELATORA