

**A. I. Nº** - 087461.0401/13-5  
**AUTUADO** - SWD INDÚSTRIA DE PLÁSTICOS E DERIVADOS LTDA. – ME  
**AUTUANTE** - HÉLIO SILVA DAMASCENO  
**ORIGEM** - INFAZ INDÚSTRIA  
**INTERNET** - 02.04.2014

#### **4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

##### **ACÓRDÃO JJF Nº 0059-04/14**

**EMENTA:** ICMS. BENEFÍCIOS FISCAIS. DESENVOLVE. SUSPENSÃO DO BENEFÍCIO. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. A Resolução concessiva do benefício foi explícita, no seu art. 1º, ao considerar o impugnante habilitado no Desenvolve para produzir embalagens e descartáveis, e não materiais destinados à construção civil. Infração caracterizada. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

#### **RELATÓRIO**

O Auto de Infração em lide foi lavrado no dia 20/12/2013 e exige ICMS no valor histórico total de R\$ 1.294.227,05, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, IV, “j” da Lei 7.014/1996, sob a acusação de recolhimento a menos, em razão de uso indevido do incentivo fiscal previsto no Programa DESENVOLVE.

Consta que, consoante a Resolução 104/2005, o sujeito passivo está autorizado, sob os auspícios do referido benefício, a produzir embalagens e descartáveis, tendo a fiscalização, no entanto, constatado que o estabelecimento produz isopor para laje pré-moldada, bem como outros itens destinados à construção civil.

Na impugnação, de fls. 50 a 61, o contribuinte suscita nulidade por usurpação de competência do Conselho Deliberativo do Programa Desenvolve, porquanto entende que somente este órgão poderia julgar se o cumprimento das condições está de acordo com o que ele mesmo balizou em ato discricionário (Resolução).

Conforme alega, para os fins do incentivo não devem ser submetidos à opinião pessoal do auditor os conceitos de embalagens e descartáveis, tampouco ao próprio Poder Judiciário, nos termos da jurisprudência que colaciona.

No mérito, estribado no Parecer de fls. 58/59, concernente à indústria de madeira, ressalta os objetivos do Programa e assevera que cumpriu os requisitos da Resolução transcrita às fls. 55/56, já que na mesma, a seu ver, não há qualquer limitação atinente à produção de materiais para a construção civil.

Destaca que o isopor é descartável e destinado também à produção de embalagens de diversas mercadorias, a exemplo de lâmpadas.

Em seguida, pede a exibição do processo administrativo que antecedeu a concessão do benefício (art. 144, RPAF/1999), do qual não conseguiu cópia reprográfica até o presente momento, com o objetivo de demonstrar o que o Conselho Deliberativo do Desenvolve entende por embalagens e descartáveis.

Conforme alega, os documentos estão nesta Secretaria da Fazenda e no citado Conselho (Deliberativo).

Encerra pleiteando nulidade ou improcedência.

O autuante apresenta informação fiscal às fls. 71 a 76, na qual transcreve os artigos 925/926, RICMS/1997.

Assinala que o autuado tem como atividade econômica primária a produção de estruturas pré-moldadas de concreto armado, e como secundária a fabricação de artefatos de cimentos para uso em construção, serviços de construção e comércio atacadista de materiais de construção.

Constatou no local que o estabelecimento produz lajes, que podem ou não conter isopor (EPS). Quando o mesmo se faz presente na laje, possui as funções de isolamento acústico e de preenchimento de espaços com pouco peso, nos termos dos gráficos de fls. 73 a 75.

O EPS (isopor) pode ter vários usos, como embalagens e descartáveis, mas no caso em enfoque o destino é um só, nos dizeres da autoridade fiscal: a construção civil.

Na assentada de julgamento, dia 27/03/2014, o i. advogado do impugnante apresentou papéis, os quais não requereu a juntada, pois – segundo ele – fazem parte (constam) do processo SIPRO 055138/2014-2, cuja apensação aos presentes autos foi pleiteada na Secretaria do CONSEF, muito embora não efetuada até a referida data.

Em resumo, trata-se de nova Resolução do Conselho Deliberativo do Desenvolve, atinente ao contribuinte autuado, datada de março do presente ano, que, segundo consta, ao mesmo tempo, ratifica e retifica a Resolução 104/2005, transcrita às fls. 55/56, com fins a conferir o benefício às operações auditadas e outras.

Informou o representante do defendente que a Resolução é resultante de um pedido de esclarecimento ao Conselho Deliberativo, efetuado semanas antes da data de julgamento, com vistas ao delineamento da abrangência do incentivo.

## VOTO

Para o correto julgamento da questão ventilada na preliminar de nulidade, é essencial determinar o que de fato a autoridade autuante fez, se cancelou ou suspendeu o incentivo, obtido pelo contribuinte através da Resolução 104/2005.

O art. 18 do Decreto 8.205/2002 (Regulamento do Desenvolve) estatui a perda, no mês, dos benefícios ali previstos, quando do não recolhimento tempestivo e integral da parcela não sujeita à dilação temporal, e para tanto, de acordo com a jurisprudência pacífica deste Conselho de Fazenda, os auditores fiscais têm atribuição legal para lavrar lançamentos de ofício.

*“Art. 18. A empresa habilitada que não recolher ao Tesouro do Estado, na data regulamentar, a parcela do ICMS não sujeita à dilação de prazo, perderá o direito ao benefício em relação à parcela incentivada naquele mês”.*

Por sua vez, o art. 19, II do mesmo Regulamento prevê como hipótese de cancelamento de autorização para uso do benefício a inobservância de qualquer das exigências para a habilitação do estabelecimento ao Programa, durante o período de sua fruição.

De acordo com o §2º do mesmo artigo, o órgão competente para decretar o cancelamento é o Conselho Deliberativo do Desenvolve, com fundamento em Parecer da Secretaria Executiva.

Portanto, há regra regulamentar de competência e procedimento (devido processo legal) para a hipótese de cancelamento.

*“Art. 19. Implicará cancelamento da autorização para uso dos incentivos do Programa: (...) II - inobservância de qualquer das exigências para a habilitação do estabelecimento ao Programa, durante o período de sua fruição. (...) §2º O cancelamento a que se reporta este artigo dar-se-á por Resolução do Conselho Deliberativo com fundamento em parecer da Secretaria Executiva”.*

Entretanto, trata a situação em análise de perda temporária (art. 18), por ter o beneficiário inserido na parcela de prazo dilatado operações não contempladas na Resolução do Conselho Deliberativo do Programa, diminuindo, por conseguinte, o valor a pagar no mês de apuração (fração não incentivada).

Não se trata de cancelamento (art. 19). Tanto isso é verdade que no levantamento de fl. 09 há quantias atinentes ao imposto com dilação de prazo. Na realidade, tais valores não deveriam ter

sido computados em favor do contribuinte na mencionada memória de cálculo, tendo em vista o comando do art. 18 (do Regulamento do Desenvolve), cuja natureza jurídica é cogente, imperativa, não comportando, conseqüentemente, juízo de oportunidade.

Desse modo, em função da indisponibilidade do interesse público em análise, represento à autoridade competente para que, em nova ação fiscal, reclame os citados montantes. Isso caso seja possível, tendo-se em vista eventual decadência, que não ocorre nas hipóteses previstas no art. 150, §4º, CTN.

*"§ 4º Se a Lei não fixar prazo à homologação, será ele de cinco anos a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação".*

A logística industrial do sujeito passivo não se coaduna com a Resolução respectiva (104/2005), vigente à época dos fatos impositivos, em virtude de que a inserção no Programa Desenvolve de operações não contempladas no ato concessivo implicou em recolhimento a menor de ICMS, possuindo o auditor plena competência para reclamá-lo, o que afirmo com supedâneo na Lei nº 11.470/2009.

*"Art. 1º - Os parágrafos 1º, 2º e 3º do art. 107 da Lei nº 3.956, de 11 de dezembro de 1981, que institui o Código Tributário do Estado da Bahia, passam a vigorar com a seguinte redação: (...) § 2º - Compete aos Auditores Fiscais a constituição de créditos tributários, salvo na fiscalização de mercadorias em trânsito e nos estabelecimentos de microempresas e de empresas de pequeno porte que sejam optantes pelo Simples Nacional (...)".*

Rejeitada a preliminar de nulidade.

No que concerne ao pedido de exibição de documentos, a prova documental será apresentada na impugnação. Preclui o direito de o impugnante fazer isso em outro momento processual, a menos que fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior; se refira a fato ou a direito superveniente; se destine a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidos aos autos (art. 123, §5º, RPAF/1999).

No tocante ao processo SIPRO 055138/2014-2, não vejo óbices à sua juntada, caso venha a efetivamente ocorrer, por se tratar de fato superveniente, hipótese prevista no sobredito artigo regulamentar processual.

Veja-se a norma do caput do mesmo artigo.

*"Art. 123. É assegurado ao sujeito passivo tributário o direito de fazer a impugnação do lançamento, medida ou exigência fiscal na esfera administrativa, aduzida por escrito e acompanhada das provas que tiver, inclusive documentos, levantamentos e demonstrativos referentes às suas alegações, no prazo de 30 (trinta) dias, contado da intimação".*

No mérito, o Parecer de fls. 58/59 é inservível para albergar as pretensões do autuado, vez que diz respeito a uma indústria de madeira que expandiu as suas atividades; situação, portanto, distinta.

Restou cabalmente demonstrado que o material fiscalizado destina-se ao fabrico de lajes pré-moldadas, algumas das quais utilizam o EPS, produto que o sujeito passivo afirmou também ser utilizado na embalagem de lâmpadas. Todavia, nada trouxe para provar tal alegação (gráficos fls. 73 a 75).

A Resolução 104/2005, transcrita às fls. 55/56, é explícita no seu art. 1º ao considerar o impugnante habilitado aos benefícios do Desenvolve para produzir embalagens e descartáveis, e não materiais destinados à construção civil.

Assim, não merece guarida a impugnação, posto que expressamente contrária ao comando do art. 111, CTN (interpretação literal).

Com relação à nova Resolução, apresentada na mesa de julgamento, ainda não apensada ao PAF, resultante de petição protocolada cerca de seis anos após os ilícitos tributários, primeiramente, assinale-se que contém contradição nos próprios termos, pois nenhum documento pode ser ao mesmo tempo retificador e ratificador de outro. Com a devida licença, ou é uma coisa ou outra.

Sabendo-se que o fato gerador é regido pela legislação em vigor no momento de sua ocorrência e que as normas tributárias somente podem retroagir nas hipóteses taxativamente (“*numerus clausus*”) previstas no art. 106, CTN, vejamos o que o Código diz a respeito do assunto.

*“Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito: I - em qualquer caso, quando seja expressamente interpretativa, excluída a aplicação de penalidade à infração dos dispositivos interpretados; II - tratando-se de ato não definitivamente julgado: a) quando deixe de defini-lo como infração; b) quando deixe de tratá-lo como contrário a qualquer exigência de ação ou omissão, desde que não tenha sido fraudulento e não tenha implicado em falta de pagamento de tributo; c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática”.*

*“Art. 116. Salvo disposição de lei em contrário, considera-se ocorrido o fato gerador e existentes os seus efeitos: I - tratando-se de situação de fato, desde o momento em que o se verifiquem as circunstâncias materiais necessárias a que produza os efeitos que normalmente lhe são próprios; II - tratando-se de situação jurídica, desde o momento em que esteja definitivamente constituída, nos termos de direito aplicável. Parágrafo único. A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária”.*

Muito bem, não é possível conferir efeitos retroativos à Resolução apresentada no dia do julgamento, porquanto a mesma não se enquadra em nenhuma das hipóteses do art. 106, CTN. Não é legislação interpretativa, vez que traz no seu bojo materiais absolutamente distintos dos primeiros (inciso I), tampouco se subsume no inciso II.

Anote-se que onde antes havia embalagens e descartáveis (Resolução 104/2005), o ato levado a efeito com o objetivo de, simultaneamente, retificar e ratificar o anterior, traz no seu bojo materiais de natureza claramente diversa (destinados à construção civil, pré-moldados etc.).

Importante a transcrição acima do art. 116, CTN, pois não se deve olvidar que estamos a tratar de situações já consolidadas, com os efeitos evidentemente exauridos (considera-se ocorrido o fato gerador e existentes os seus efeitos, tratando-se de situação de fato, desde o momento em que se verifiquem as circunstâncias materiais necessárias a que produza os efeitos que normalmente lhe são próprios), mais um motivo em razão do qual entendo ser ilegal a pretensão de retroagir a eficácia do ato administrativo mais recente, sob pena de restar atingido o princípio da segurança jurídica.

Infração caracterizada.

Em face do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, com representação à autoridade competente para que, caso possível, devido à possibilidade de decadência, reclame os valores indevidamente computados em favor do contribuinte em nova ação fiscal.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **087461.0401/13-5**, lavrado contra **SWD INDÚSTRIA DE PLÁSTICOS E DERIVADOS LTDA. - ME**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 1.294.227,05**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, IV, “j” da Lei 7.014/1996.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de março de 2014.

PAULO DANILO REIS LOPES – PRESIDENTE / RELATOR

JORGE INÁCIO DE AQUINO - JULGADOR

JOWAN DE OLIVEIRA ARAÚJO - JULGADOR