

PROCESSO - A. I. Nº 232884.0017/14-6
RECORRENTE - INDÚSTRIA BAIANA DE COLCHÕES E ESPUMAS LTDA. (ORTOBOM)
RECORRIDO - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO - Acórdão 1ª CJF nº 0283-11/15
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET 10/06/2016

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO CJF Nº 0085-11/16

EMENTA: ICMS. INEXISTÊNCIA DE PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE DO RECURSO. Constitui requisito de admissibilidade do Pedido de Reconsideração da decisão da Câmara de Julgamento Fiscal (que reformou no mérito a da Primeira Instância), a existência de matéria de fato ou fundamento de direito arguido pelo sujeito passivo na impugnação e não apreciado nas fases anteriores de julgamento. Não há qualquer omissão no julgamento das questões suscitadas pela recorrente, tendo o acórdão original apreciado o pedido empresarial em todos os seus termos. A menção à violação à coisa julgada administrativa não foi deduzida em sede de impugnação, constituindo-se em uma inovação temática do recurso. Não há justa causa que possa ensejar o manejo do Pedido de Reconsideração. Mantida a Decisão recorrida. Pedido **NÃO CONHECIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de um Pedido de Reconsideração em face da Decisão proferida pela 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, em 06/10/2015, que proveu, de forma unânime, o Recurso de Ofício interposto da Decisão de Primeira Instância que julgara Procedente o lançamento, materializado pela lavratura do Auto de Infração nº 232884.0017/14-6, lavrado em 18/12/2014, desonerando o sujeito passivo da totalidade do débito lançado, no montante original de R\$ 1. 539.465,52, mais os acréscimos legais.

O Auto de Infração citado fora julgado Improcedente em Primeira Instância, pela 3ª JJF, através do Acórdão JJF Nº 0148-03/15.

Da decisão proferida, a 3ª Junta de Julgamento Fiscal interpôs Recurso de Ofício cuja distribuição ensejou a sua apreciação pela 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, em 06/10/2015, a qual proferiu o Acórdão CJF Nº 0283-11/15, abaixo reproduzido.

“Trata-se de Recurso de Ofício por ter a Decisão recorrida exonerado o sujeito passivo da totalidade do débito originalmente exigido, conforme previsto no art. 169, inciso I, alínea “a”, item I, do RPAF.

Foi imputado ao sujeito passivo o recolhimento a menor do ICMS, devido a erro na determinação do valor da parcela sujeita a dilação de prazo, prevista pelo Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – DESENVOLVE.

Consta no relatório da ação fiscal que a acusação decorre da segregação das saídas fabricadas pela autuada e sobre estas foi aplicado o benefício fiscal considerando o piso constante da resolução que concedeu o benefício à autuada.

No entender do autuante a autuada utilizou, indevidamente, na apuração do ICMS DESENVOLVE, o benefício concedido aos produtos fabricados pela incorporada Bojuy Indústria e Comércio de Poliuretanos Ltda., mas o referido incentivo não alcançaria seus produtos originalmente previstos na Resolução Desenvolve nº 68/2005.

Em sua defesa a autuada refuta a imputação, ao argumento que a partir do mês de junho de 2008, com a

incorporação da Bojuy Indústria e Comércio de Poliuretanos Ltda., o Conselho Deliberativo do DESENVOLVE, através da Resolução nº 061/2008 e amparada pelo Parecer Final da DITRI nº 14.947/2007, Processo 11425420076 de 05/12/2007, transferiu o benefício da incorporada para a empresa autuada.

Pela análise dos elementos contidos no processo, verifico que:

- a) A Resolução nº 090/05 de 28/03/05 (fl. 31) habilitou a Bojuy Indústria e Comércio de Poliuretanos Ltda. ao benefício fiscal de dilação de prazo, cujo art. 2º estabelece:

Conceder 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 II, Tabela I, anexa ao Regulamento do DESENVOLVE;

- b) A Resolução nº 068/05 de 22/03/05 (fl. 33) habilitou a Indústria Baiana de Colchões e Espumas Ltda. aos seguintes benefícios:

I - Diferimento do lançamento e do pagamento do ICMS 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 a sua desincorporação;

II - Conceder 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 II, Tabela I, anexa ao Regulamento do DESENVOLVE;

O art. 2º fixou parcela do saldo devedor mensal do ICMS passível de incentivo, o que exceder a R\$183.830,22.

- c) A Resolução nº 061/08 (fl. 70) alterou a Resolução nº 090/05, dispondo em seu art. 1º. “... que concedeu o benefício à Bojuy Indústria e Comércio de Poliuretanos Ltda., retificando a titularidade do benefício para a INDÚSTRIA BAIANA DE COLCHÕES E ESPUMAS LTDA., CNPJ 02.748.342/0002-09, face a sua incorporação”;

- d) No Parecer DITRI nº. 14.947/2007 (fl. 87), foi questionado se face a incorporação poderia usufruir dos benefícios concedidos e se afirmativo, se “serão mantidas as condições e prazos de fruição do incentivo”. Foi respondido que considerando que a incorporadora suceda a incorporada, dependia de nova Resolução do Conselho Deliberativo do DESENVOLVE;

- e) Na informação fiscal (fl. 258), foi esclarecido que a Resolução nº 061/08 retifica a titularidade do benefício para a Indústria Baiana de Colchões e Espumas Ltda. “somente quanto aos produtos fabricados pela BOJUY” e a apuração do imposto incentivado pelo DESENVOLVE, se aplica a duas classes de produtos fabricados:

- 1. Alcançados pela Resolução nº 090/05 (projeto da Bojuy Indústria e Comércio de Poliuretanos Ltda.)*
- 2. Alcançados pela Resolução nº 68/05 (projeto da Indústria Baiana de Colchões e Espumas Ltda.)*
- 3. O imposto exigido se refere exclusivamente em relação aos produtos fabricados pelo autuado e alcançados pela Resolução nº 68/05, considerando o piso fixado.*

Na planilha IV foram relacionados os produtos fabricados pela Bojuy Indústria e Comércio de Poliuretanos Ltda. (fls. 12 a 16);

No planilha V foram relacionados os produtos não fabricados pela Bojuy Indústria e Comércio de Poliuretanos Ltda. (fls. 17 a 20);

Na planilha III foi apurado o imposto sobre as operações próprias considerando os produtos fabricados pela Indústria Baiana de Colchões e Espumas Ltda. (fl. 11);

Na planilha II foi apurado o imposto sobre as operações próprias considerando os produtos fabricados pela Bojuy Indústria e Comércio de Poliuretanos Ltda. (fl. 10);

Na planilha I foi apurado o imposto considerando a dilação da Bojuy Indústria e Comércio de Poliuretanos Ltda. e da Indústria Baiana de Colchões e Espumas Ltda.

Entendo que não há como dar guarida ao procedimento da autuada, posto que a Resolução nº 61/08 transferiu o benefício da Bojuy Indústria e Comércio de Poliuretanos Ltda. para a Indústria Baiana de Colchões e Espumas Ltda. somente quanto aos produtos fabricados pela Bojuy Indústria e Comércio de Poliuretanos Ltda.

O benefício fiscal do DESENVOLVE é vinculado ao projeto apresentado ao Conselho Deliberativo, sendo concedido apenas para os produtos que estão especificados no referido projeto.

Por mais que se entenda que após a incorporação todos os produtos passaram a ser fabricados pela Indústria Baiana de Colchões e Espumas Ltda., para fruição do benefício, deve-se observar os produtos constantes nos projetos aos quais as resoluções se referem.

Isto porque a Instrução Normativa nº 27/2009, que dispõe sobre a apuração do saldo devedor mensal do ICMS a recolher passível de incentivo pelo DESENVOLVE, no item 7 demonstra claramente a possibilidade de mais de uma resolução ativa.

Desta forma, para os produtos que faziam parte da Resolução nº 090/05 o autuante apurou o imposto considerando a dilação e a não obrigatoriedade de piso da Bojuy Indústria e Comércio de Poliuretanos Ltda. e para os produtos que faziam parte da Resolução nº 068/05 o autuante apurou o imposto considerando a dilação e a obrigatoriedade de piso da Indústria Baiana de Colchões e Espumas Ltda.

Considero que o Parecer da DITRI apenas esclarece que a incorporadora poderia usufruir dos benefícios concedidos a incorporada e que as condições e prazos de fruição do incentivo dependia de nova Resolução do Conselho Deliberativo do DESENVOLVE.

Assim, a Resolução nº 061/08 transfere a titularidade do benefício para a Indústria Baiana de Colchões e Espumas Ltda., contudo somente quanto aos produtos que eram fabricados pela Bojuy Indústria e Comércio de Poliuretanos Ltda., pois permanece vinculado ao projeto original e não poderia transferir mais benefícios do que a incorporada possui, principalmente para produtos que não estavam no projeto para o qual o benefício foi concedido.

Entendo que o procedimento adotado pelo autuante está de acordo com a Instrução Normativa nº 27/2009, pois apurou o imposto considerando as duas resoluções, tanto a dilação da Bojuy Indústria e Comércio de Poliuretanos Ltda., quanto a da Indústria Baiana de Colchões e Espumas Ltda.

Ante ao exposto, voto pelo PROVIMENTO do Recurso de Ofício, para reformar a Decisão recorrida de IMPROCEDENTE para PROCEDENTE.”

Inconformado, com fundamento no art. 169, I, “d” do Decreto nº 7.629/1999 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia), o contribuinte interpôs Pedido de Reconsideração às folhas 300 a 437, mediante o qual aduz as seguintes alegações.

Preliminarmente, advoga a admissibilidade do presente Pedido de Reconsideração com base no argumento de que não houve, no processo, a devida avaliação de todos os argumentos de mérito expostos à impugnação, bem como da preliminar de nulidade suscitada.

Argumenta que as alegações de nulidade com base na coisa julgada administrativa e com base na vinculação do ato administrativo não foram apreciadas, além do fato de que as notas fiscais apresentadas como prova não foram sequer examinadas. Nesse sentido, afirma que o Acórdão CJF 0468-13/13 julgou matéria de igual teor, com identidade de partes e identidade de data de ocorrência, tendo produzido decisão contrária à atual, fato que denuncia a ocorrência de violação ao princípio da definitividade das decisões irrecorríveis.

Explica que as ocorrências de fev/2010 e mar/2010 já haviam sido objeto de autuação no lançamento anterior, cuja lide foi dirimida pelo Acórdão citado. Para comprovação do quanto alega, anexa cópia do Auto de Infração nº 279196.0002/12-9, além de cópia do Acórdão nº CJF 0468-13/13.

Afirma, ademais, que os questionamentos acerca da metodologia de apuração da base de cálculo não foram analisados, pois entende que o autuante não preparou as planilhas conforme determina a IN 27/09.

No mérito, pede a nulidade da decisão da Primeira Câmara ao argumento de que fundamentou-se em provas produzidas após a manifestação da empresa autuada e que não acompanharam o Auto de Infração, o que acarretaria o vício de cerceamento do direito de defesa.

Aduz outros argumentos de mérito, já deduzidos em sede de impugnação, tais como a alegação de que os produtos da Bojuy Indústria são iguais aos produtos da Ortobom. Afirma, ainda no mérito, que a incorporação transfere a titularidade dos benefícios fiscais à incorporadora. Afirma, por fim, que formulou consulta à DITRI, tendo obtido resposta que ampara a sua conduta.

Às folhas 441 a 445, a recorrente faz a juntada de cópias em apoio à tese recursal.

Às folhas 450 a 454, a PGE se manifesta, opinando pelo não conhecimento do recurso ao fundamento de que não há matéria de fato ou de direito ventilada na defesa e não apreciada nos julgamentos.

Às folhas 458 a 467, a recorrente volta a se manifestar, reafirmando as suas alegações, deduzidas na peça inaugural do presente recurso, defendendo a tese de que ocorreram três omissões, quais sejam. A primeira relativa à violação à coisa julgada administrativa, a segunda relativa à falta de explicitação da forma de apuração da base de cálculo, e a terceira relativa a decisão fundamentada em documento que não faz parte do processo.

Em sessão de julgamento, a representante da recorrente manifestou-se, alegando duplicidade da presente exigência fiscal, a qual estaria contida em outro Auto de Infração. Pede pra acostar documentos que respaldariam a sua tese.

Tendo em vista a questão fática suscitada e o interesse público em seu deslinde, o relator pediu o adiamento do feito com vistas a que pudesse examinar melhor os documentos acostados pela recorrente.

VOTO

Preliminarmente, faço o juízo de admissibilidade do presente recurso, nos termos postos a seguir.

O Pedido de Reconsideração é espécie recursal prevista na alínea “d” do inciso I do art. 169 do RPAF/99, cujo texto reproduzo abaixo.

“Art. 169. Caberão os seguintes recursos, com efeito suspensivo, das decisões em processo administrativo fiscal:

I - para as Câmaras de Julgamento do CONSEF:

...

d) 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 argüidos pelo sujeito passivo na impugnação e não apreciados nas fases anteriores de julgamento (grifos acrescidos);

...”

Como bem se pode ver, a partir da leitura do dispositivo regulamentar acima reproduzido, o manejo do recurso referido pressupõe a verificação de dois requisitos, quais sejam: a reforma, no mérito de decisão de primeira instância e a condição de que a peça recursal verse sobre matéria argüida e não apreciada nas fases anteriores de julgamento, conforme trecho em destaque.

Examinando a impugnação oferecida pela autuada (folhas 62 a 80), em cotejo com as decisões proferidas no presente processo, percebo que a recorrente suscitou as seguintes questões: a) nulidade por falta de explicitação da base de cálculo do lançamento; b) nulidade pelo fato de a conduta empresarial estar amparada por Parecer Ditri nº 14947/2007, em resposta a consulta formal; c) improcedência ao fundamento de que os cálculos empreendidos pela fiscalização desconsideraram o direito da incorporadora transferidos por conta da incorporação; d) nulidade por vício de violação à coisa julgada administrativa.

Penso que as questões “a”, “b” e “c” foram adequadamente enfrentadas pelas decisões anteriores, tendo sido debatidas e superadas por votos devidamente fundamentados, não havendo, nesse sentido, qualquer elemento que pudesse viabilizar o manejo do presente recurso. Tal, contudo, não se deu relativamente à questão “d” (nulidade por vício de violação à coisa julgada administrativa), em relação à qual não há qualquer menção na decisão de piso, bem como na decisão *ad quem*.

Observe, contudo, que não há, na impugnação empresarial, qualquer alegação nesse sentido, sendo forçoso admitir que inexistente qualquer omissão no julgamento de tais questões, tendo o acórdão original apreciado o pedido empresarial em todos os seus termos.

Assim, soa cristalino que a irresignação do sujeito passivo não tem amparo na legislação, restando acatado o parecer exarado pela digna Procuradoria. Sou pelo não conhecimento do recurso.

Ressalto, entretanto, que embora o sujeito passivo tenha inovado no processo, alegando, em sede de pedido de reconsideração, matéria não ventilada nas instâncias anteriores, este colegiado não poderia fechar os olhos em relação a fatos contrários à lei, matéria que poderia ser conhecida de ofício, em prestígio ao princípio da verdade material. Faz-se necessário, porém, que tais irregularidades pudessem ser evidenciadas a partir de prova pré-constituída, sem que demandasse dilação probatória, caso contrário se estaria abrindo a porta para uma terceira instância recursal, sem qualquer previsão legal, o que agridira, por tabela, ao princípio da isonomia na medida em que tal oportunidade não se reconhece aos demais contribuintes.

Assim, considerando que a atividade probatória, desenvolvida durante a sessão de julgamento, não logrou êxito em evidenciar a alegação de coisa julgada, suscitada pela recorrente, remeto tal debate ao controle de legalidade, oportunidade em que o contribuinte poderá requerer à PGE que interponha a representação cabível, com base na prerrogativa prevista no art. 113 e seguintes do RPAF/99.

Do exposto, Voto pelo NÃO CONHECIMENTO do Pedido de Reconsideração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª 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 **232884.0017/14-6**, lavrado contra **INDÚSTRIA BAIANA DE COLCHÕES E ESPUMAS LTDA. (ORTOBOM)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.539.465,52**, acrescido da multa de 60%, prevista do art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de maio de 2016.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA – RELATOR

MARIA HELENA DE MENDONÇA CRUZ – REPR. DA PGE/PROFIS