

PROCESSO - A. I. Nº 087461.0401/13-5
RECORRENTE - SWD INDÚSTRIA DE PLÁSTICOS E DERIVADOS LTDA. (REFRAN PREMOLDADOS) - ME
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4º JJF nº 0059-04/14
ORIGEM - INFAZ INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 21/09/2017

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0302-12/17

EMENTA: ICMS. BENEFÍCIOS FISCAIS. DESENVOLVE. SUSPENSÃO DO BENEFÍCIO. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. Acompanha-se o abalizado opinativo da PGE/PROFIS, no sentido de que o lançamento tributário derivado de fatos geradores ocorridos nos exercícios de 2008 a 2011, resta absolutamente descaracterizado, pois, o Estado da Bahia, por meio da Resolução nº 25/2014, deixa incontestavelmente patente a vontade e a necessidade de corrigir erro perpetrado quando da edição da Resolução nº 104/2005, por meio de retiratificação expressa na Resolução nº 025/2014, fato que leva à conclusão da obrigatoriedade da aplicação retroativa da norma insculpida na Resolução nº 025/2014, em relação ao beneficiamento do poliestireno para fabricação das peças técnicas de EPS. Acolhe-se integralmente as razões recursais e as provas da retificação da Resolução que trata do benefício do programa DESENVOLVE. Infração descaracterizada. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO**. Auto de Infração **Improcedente**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão exarada pela 4ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou Procedente o Auto de Infração epigrafado, lavrado para exigir o recolhimento de ICMS no valor histórico de R\$1.294.227,05, acrescido da multa de 100%, sob a acusação de recolhimento a menos, em razão de uso indevido do incentivo fiscal previsto no programa DESENVOLVE.

Consta que, consoante a Resolução nº 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.

A Junta de Julgamento Fiscal decidiu a lide com a seguinte fundamentação, “*verbis*”:

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.

Irresignado, o Contribuinte apresenta Recurso Voluntário tempestivo, fls. 102/121, aduzindo de início que o acórdão recorrido desconsidera as razões de defesa e relevante fato superveniente, frisando que o caso que serve de fundo ao Recurso interposto é singular e inusitado.

Diz o recorrente que se encontra habilitada junto ao Estado da Bahia para utilização do benefício fiscal "DESENVOLVE", nos termos da Resolução nº 104/2005, e que após quase uma década de utilização regular do benefício para o qual fora habilitada, no final do ano de 2013, teria sido surpreendida com autuação fiscal sob a acusação de "recolhimento a menor do ICMS em razão de uso indevido de incentivo fiscal (...) em desacordo com a legislação do DESENVOLVE", nos termos da infração descrita acima.

Diz que ao contrário do quanto dito pelo auditor fiscal, o projeto apresentado pela empresa e aprovado pelo Conselho Deliberativo do DESENVOLVE, desde sempre, fazia alusão ao uso do benefício para toda a cadeia de atividades desenvolvidas, seja a produção de plásticos e embalagens, seja a fabricação de lajes pré-moldadas ou isopor.

No contexto descrito, certa da existência de erro material no texto da Resolução que lhe deferira o DESENVOLVE, o recorrente empreendeu esforços junto a SEFAZ a fim de esclarecer o que aparentemente revelava-se um equívoco.

Registra que apresentou defesa em face da autuação, na qual, alinhada ao contexto acima descrito, fez consignar que os seguintes pontos: **a) que somente o próprio Conselho Deliberativo do DESENVOLVE poderia avaliar o suposto uso incorreto do benefício; b) que, de todo modo, não**

houve uso indevido do referido benefício; e c) que o julgamento dependia da exibição dos autos do processo administrativo de habilitação do recorrente ao DESENVOLVE.

Diz que em momento posterior à apresentação da sua defesa, o Conselho Deliberativo do Desenvolve, através da Resolução nº 025/2014, teria retificado a Resolução nº 104/2005, para expressamente incluir no âmbito do benefício concedido à empresa recorrente o “*beneficiamento de poliestireno expandido, fabricação de peças técnicas em EPS (blocos, lajes, placas e telhas), laje treliçada com EPS e vigota treliçada para construção*”, sendo certo que o Conselho Deliberativo, admitiu o erro material existente na Resolução que habilitou a empresa recorrente ao DESENVOLVE, tudo a demonstrar que o Auto de Infração em discussão teria sido lavrado com base em Resolução incorreta e com texto publicado de modo errado. Cita acórdão da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do CONSEF.

Referindo-se à retificação superveniente da resolução que habilitou o recorrente ao DESENVOLVE, aduz que o Conselho Deliberativo do programa, expressamente retificou a Resolução n. 104/2005 para que dela conste, com efeitos retroativos, que a SWD estaria autorizada pelo dito programa a “*produzir embalagens e descartáveis, beneficiamento de poliestireno expandido, fabricação de peças técnicas em EPS (blocos, lajes, placas e telhas), laje treliçada com EPS e vigota treliçada para construção*”. transcreve excerto D.O.E. referente à Resolução 025/2014, destacando:

Art. 1º - Ratificar a Resolução nº 104, de 29 de março de 2005, que habilitou a SWD INDÚSTRIA DE PLÁSTICOS E DERIVADOS LTDA., CNPJ nº 10.248.723/0001-68 e IE nº 077.938.948NO, aos benefícios do DESENVOLVE, retificando o caput do art 1º conforme redação abaixo e definir no art. 2º como início do prazo de fruição do projeto incentivado 08.12.2008.

“Art. 1º - onde se lê: para produzir embalagens e descartáveis, leia-se: para produzir embalagens e descartáveis, beneficiamento de poliestireno expandido, fabricação de peças técnicas em EPS (blocos, lajes, placas e telhas), laje treliçada com EPS e vigota treliçada para construção.”

Registra que da retificação operada pelo Conselho Deliberativo do DESENVOLVE, dúvida não haveria em relação à possibilidade de uso do benefício por parte do recorrente, bem como atestaria a retroatividade da Resolução retificadora.

Refuta os fundamentos legais que deram base à Decisão combatida.

Suscita a nulidade do Auto de Infração em razão de suposta usurpação de competência do Conselho Deliberativo do DESENVOLVE.

Registra que após habilitação no DESENVOLVE, nos termos da Resolução n. 104/2005 e do art. 4º da Lei Estadual nº 7.980/2001, somente O Conselho Deliberativo teria competência para avaliar a conformidade ou não da utilização do benefício. Cita o regramento do Programa de incentivo, aduzindo que a Decisão de piso não teria observado, referindo que é nulo o Auto de Infração porque afrontaria o art. 18, inciso I do RPAF.

Também aduz a nulidade da Decisão recorrida em razão de suposta violação do devido processo legal por ausência de exibição de documento requerido em sede de defesa.

Quanto a este ponto, com fundamento no art. 144 do RPAF, diz que formulou pedido de exibição de documentos que somente poderia estar na posse da SEFAZ, denegado pelos julgadores da JJF, o que caracteriza violação ao devido processo legal, também restringindo o seu direito de defesa.

Retornando à discussão de mérito, diz da improcedência da autuação em face do preciso cumprimento das condições para utilização do benefício do DESENVOLVE.

Afirma que apesar de o autuante ter entendimento diverso, ainda em relação à Resolução nº 104/2005, não consta qualquer tipo de restrição à destinação dos produtos do recorrente, não podendo tal limitação ser feita pelo auditor fiscal.

Dizendo da natureza e descrição do produto EPS (POLIESTIRENO EXPANDIDO), fabricado pelo recorrente, reitera que é destinado à construção civil e é produto descartável, estando, pois, coberto pelos benefícios previstos na Resolução nº 104/2005. Tece explicações em derredor do tema, concluindo que além de descartável, o EPS também é utilizado para produção de

embalagens de diversos produtos, sobretudo de lâmpadas, o que afastaria qualquer incompatibilidade com os limites definidos na Resolução nº 104/2005 para uso do DESENVOLVE pela empresa autuado.

Faz digressões sobre o objetivo, alcance e limites do DESENVOLVE, aduzindo que a eventual ampliação das atividades da contribuinte não pode ser tomada como fator de não-aplicação do DESENVOLVE a seus beneficiários. Cita o Parecer nº 10165/2013, registrando que a SEFAZ entende que as regras do programa DESENVOLVE devem ser interpretadas de modo a se verificar se o uso do benefício está de acordo ou não com os seus principais objetivos: fortalecer e integrar a economia do estado da Bahia.

Em conclusão, pugna pelo acolhimento do fato superveniente à autuação fiscal, configurado no reconhecimento do erro material e na consequente retificação da Resolução n. 101/2005, para que se julgue nulo o Auto de Infração e, alternativamente, requer a declaração de nulidade do Auto de Infração em face da usurpação de competência do Conselho Deliberativo ou mesmo pela não exibição do processo administrativo que habilitou o recorrente ao DESENVOLVE viola do devido processo legal.

Pede a declaração de improcedência do Auto de Infração.

À fl. 133 a Douta Procuradora, Dra. Maria José Coelho Sento-Sé, à vista das razões recursais aduzidas pelo Recorrente, manifesta-se requerendo diligência para apensamento aos Autos de cópias do inteiro teor das Resoluções nº 104/2005 e 025/2014. Os membros da segunda Câmara de Julgamento Fiscal acolheram a recomendação supra.

Vieram aos autos, às fl. 151/152, Ofício do recorrente para o Secretário da Indústria, Comércio e Mineração, com os anexos pertinentes, requerendo a edição de uma resolução ratificadora e retificadora da Resolução nº 104/2005, e assim explicitar que toda a produção industrial de sua Empresa estaria desonerada com base na legislação do DESENVOLVE.

Também foram apensados ao PAF, copia da Resolução nº 025, datada de 11/03/2014, pela qual o Conselho Deliberativo do DESENVOLVE ratifica e retifica a Resolução 104/2005 para incluir, a partir de 1º de março de 2014, no caput do art. 1º, o beneficiamento de poliestireno expandido para fabricação de peças técnicas em EPS (blocos, lajes, placas e telhas) e definir no art. 2º como início do prazo de fruição do projeto incentivado 08.12.2008.

Às fls. 267/276, o recorrente retorna aos autos e, reiterando a sua tese, diz da natureza retificadora da Resolução nº 025/2014, afirmando que todo o processo que culminou na edição da dita Resolução fora motivado pela efetiva necessidade de retificação da resolução anterior, de modo a atender o pleito original da empresa autuada, o que não estava claro quando da edição da Resolução nº 104/2005. Reitera a tese da Retroatividade, consignando que **"Não houve mera alteração voluntária do texto da Resolução n. 104/2005, mas sim uma correção do texto, uma retificação, conforme expressamente consta da Resolução 025/2014"**.

Registra que não pretende meramente que uma alteração levada a efeito nas regras do seu DESENVOLVE tenha efeitos retroativos, mas sim que seja reconhecido pelo CONSEF um equívoco no texto da Resolução nº 104/2005, que já teria sido reconhecido pelo próprio Conselho Deliberativo.

Quanto ao Parecer Técnico da ASTEC, entende que confirma tudo o quanto exposto na sua tese de defesa, destacando o excerto:

"Cabe destacar, em relação aos documentos fornecidos pela Coordenação de Incentivos e Análise de Projetos do Governo do Estado da Bahia, (...), quanto ao Parecer do relator que analisou o pleito de re-ratificação da Resolução n. 104/2005, onde se manifestou favorável pela inserção dos itens acobertados pelo incentivo fiscal do Programa Desenvolve, com recomendação de retroagir seus efeitos a dezembro/2008";

"Sobre o referido Parecer, a Coordenação de Incentivos e Análise de Projetos da Secretaria de Desenvolvimento Econômico, disponibilizou a Ata da 61ª Reunião Ordinária do Conselho Deliberativo do DESENVOLVE (...) de aprovação do citado Parecer, que veio a dar origem a Resolução n. 25/2014".

Reitera seus pedidos de nulidade, improcedência e total provimento do seu Recurso.

Às fls. 280/283, o autuante manifesta-se sobre o resultado da Diligência realizada, e salienta sua concordância com o Relator do Acórdão JJF 0059-04/14, quanto à nova Resolução do Conselho do DESENVOLVE.

Em nova manifestação da PGE/PROFIS a Dra. Maria José Coelho Sento-Sé aduz que o lançamento tributário, realizado em 20.12.2013, relativo a fatos geradores materializados nos exercícios de 2008 a 2011, resta descaracterizado, eis que o Estado da Bahia, pela Resolução nº 25/2014, expressou a vontade inequívoca de retificar e ao mesmo tempo ratificar a Resolução nº 104/2005, no sentido de contemplar retroativamente o beneficiamento do poliestireno, para fabricação das peças técnicas de EPS, elencadas na autuação em comento.

Salienta, ainda, que inexistente óbice legal à realização de atos administrativos dotados de caráter retroativo, desde que respeitados os interesses públicos e os direitos dos administrados.

Opina pelo Conhecimento e Provimento do Recurso Voluntário.

A n. Procuradora Assistente, Dra. Rosana Maciel Bittencourt Passos, ratifica os termos do Parecer Conclusivo da lavra da Dra. Maria José Coelho Sento-Sé.

VOTO

Trata o presente de Recurso Voluntário, tempestivo, interposto pelo contribuinte, a rigor do art. 169, inciso I, alínea “b”, do Decreto nº 7.629/99 – RPAF, no sentido de modificar a Decisão da 4ª JJF deste CONSEF, com o propósito de desobrigá-lo do pagamento do imposto exigido no presente Auto de Infração.

Cinge-se o Recurso Voluntário à apreciação da Decisão da 4ª Junta de Julgamento Fiscal em derredor da manutenção integral de exigência fiscal no montante de R\$1.294.227,05, acrescido da multa de 100%, cuja acusação decorre de recolhimento a menos, em razão de uso indevido do incentivo fiscal previsto no programa DESENVOLVE.

Em sua defesa cujos argumentos são reiterados da peça recursal, o Sujeito Passivo aduz que há nulidades consubstanciadas no fato de que, apenas o Conselho deliberativo do DESENVOLVE teria competência para avaliar a conformidade ou não da utilização do benefício, ao passo que aponta a nulidade da Decisão recorrida em razão do não atendimento ao seu requerimento para que fossem trazidos aos autos documentos que somente a SEFAZ teria.

Para resolver a questão afeita às nulidades suscitadas, evoco o art. 155, Parágrafo Único do RPAF, cujo texto, dia:

Art. 155. A Decisão resolverá as questões suscitadas no processo e concluirá pela procedência ou improcedência, total ou parcial, do lançamento do crédito tributário ou do pedido do contribuinte, ou ainda quanto à nulidade total ou parcial do procedimento.

Parágrafo único. Quando houver possibilidade de se decidir o mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta.

Feita a transcrição do dispositivo legal, resta claro que frente à possibilidade de decidir o mérito da querela em favor do Sujeito Passivo, este julgador não se pronunciará nem determinará a repetição do ato supostamente falho.

Isto posto, dou por superada a matéria aduzida em sede de preliminar.

No mérito, sustenta o autuante e os julgadores de piso que, com base na Resolução nº 104/2005, o Sujeito Passivo teria incorrido em ilícito fiscal, entendido que a dita Resolução afastaria o Recorrente dos benefícios estabelecidos pelo programa DESENVOLVE. Nessa linha, a inteligência formulada pelo autuante e ratificada pelos julgadores de piso tem base no fato de que a produção do material destinado ao fabrico de lajes pré-moldadas, algumas das quais utilizam o EPS, não teriam enquadramento na possibilidade de obtenção de benefício fiscal baseado na Resolução 104/2005.

De outra banda, a tese recursal é de que teria havido erro material na edição da Resolução nº

104/2005, e que diante de provocação ao Conselho deliberativo do DESENVOLVE, o referido erro teria sido sanado por meio da Resolução nº 025/2014.

A matéria no entender desse relator ficou definitivamente elidida quando, na busca da verdade material e da perfeita inteligência da matéria trazida aos autos, o feito foi convertido em diligência à ASTEC, cujo Parecer foi ratificado pela PGE/PROFIS.

Fato é que com respeito às Resoluções nº 104/2005 que ensejou a lavratura do Auto de Infração e a Resolução nº 025/2014, o que restou absolutamente incontestável é que a segunda retificou os termos da primeira, no que concerne aos produtos à sombra dos benefícios do DESENVOLVE, certo que a dita Resolução fez incluir, a partir de 1º de março de 2014, no caput do art. 1º, o beneficiamento de poliestireno expandido para fabricação de peças técnicas em EPS (blocos, lajes, placas e telhas) e definir no art. 2º como início do prazo de fruição do projeto incentivado a data de 08.12.2008.

Ou seja, o que a Resolução nº 025/2014 fez, em última análise, foi colocar os produtos objeto da autuação ao abrigo do benefício fiscal inaugurado pela Resolução 104/2005, bem como ratificou a concessão do benefício à Recorrente nos termos da mesma Resolução, tudo nos termos do Parecer ASTEC que tem o excerto mais uma vez transcrito:

“Cabe destacar, em relação aos documentos fornecidos pela Coordenação de Incentivos e Análise de Projetos do Governo do Estado da Bahia, (...), quanto ao Parecer do relator que analisou o pleito de re-ratificação da Resolução n. 104/2005, onde se manifestou favorável pela inserção dos itens acobertados pelo incentivo fiscal do Programa Desenvolve, com recomendação de retroagir seus efeitos a dezembro/2008”;

“Sobre o referido Parecer, a Coordenação de Incentivos e Análise de Projetos da Secretaria de Desenvolvimento Econômico, disponibilizou a Ata da 61ª Reunião Ordinária do Conselho Deliberativo do DESENVOLVE (...) de aprovação do citado Parecer, que veio a dar origem a Resolução n. 25/2014”.

Assim, outra não pode ser a Decisão deste julgador senão a de acompanhar o abalizado opinativo da PGE/PROFIS, no sentido de que o lançamento tributário derivado de fatos geradores ocorridos nos exercícios de 2008 a 2011, resta absolutamente descaracterizado, pois, o Estado da Bahia, por meio da Resolução nº 25/2014, deixou incontestavelmente patente a vontade e a necessidade de corrigir erro perpetrado quando da edição da Resolução nº 104/2005, por meio de retiratificação expressa na Resolução nº 025/2014, fato que leva à conclusão da obrigatoriedade da aplicação retroativa da norma insculpida na Resolução nº 025/2014, em relação ao beneficiamento do poliestireno para fabricação das peças técnicas de EPS.

Pelo exposto, acolhendo integralmente as razões recursais e as provas da retificação da Resolução que trata do benefício do programa DESENVOLVE em comento, acompanho o Parecer da PGE/PROFIS, e voto no sentido de dar PROVIMENTO ao Recurso Voluntário para JULGAR IMPROCEDENTE o Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **087461.0401/13-5**, lavrado contra **SWD INDÚSTRIA DE PLÁSTICOS E DERIVADOS LTDA. (REFRAN PREMOLDADOS) - ME**.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de agosto de 2017.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

JOSÉ CARLOS BARROS RODEIRO – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE - REPR. DA PGE/PROFIS