

A I Nº - 299314.0002/07-1
AUTUADO - SANSUY S/A INDÚSTRIA DE PLÁSTICOS
AUTUANTES - ISRAEL CAETANO e CRISANTO JOSÉ BICALHO
ORIGEM - INFAZ INDÚSTRIA
INTERNET - 26.11.08

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0351-04/08

EMENTA: ICMS. PROGRAMA DESENVOLVE. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. USO INDEVIDO DE INCENTIVO FISCAL. Restou comprovado que o sujeito passivo utilizou benefício fiscal de dilação do prazo para recolhimento do imposto decorrente de operações próprias, que foi concedido a estabelecimento incorporado e transferido ao incorporador, sem que tenha cumprido as contrapartidas previstas no Programa DESENVOLVE (investimento, implantação de nova tecnologia, criação de emprego, geração de receita). Retificado o percentual da multa. Infração não elidida. Não acolhida às arguições preliminares de nulidades. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 26/11/07, para exigir ICMS no valor de R\$19.307.799,23, acrescido da multa de 100%, em decorrência do recolhimento a menos do imposto em razão de uso indevido de incentivo fiscal – dilação de prazo para pagamento de ICMS – relativo às operações próprias, em desacordo com a legislação do DESENVOLVE, modificando as características essenciais da obrigação tributária principal, de modo a reduzir o montante do imposto devido, evitando, assim o seu pagamento.

Consta, na descrição dos fatos, que em 23/07/04, foi inscrito na condição de contribuinte normal, Viniartefatos Comércio Importação e Exportação Ltda, que foi incorporada em 17/12/04 pela Sansuy S/A Indústria de Plásticos, ficando habilitado aos benefícios fiscais concedidos através da Resolução 35/2004 do Conselho Deliberativo do DESENVOLVE:

- 1) Diferimento do lançamento e pagamento do ICMS em determinadas hipóteses;
- 2) Dilação do prazo de 72 (setenta e dois meses) para pagamento do saldo devedor do ICMS.

Em 11/03/05 a Res. 02/2005 revogou habilitação do BAHIAPLAST, da qual era beneficiária e na mesma data expediu a Res. 15/05 do Conselho Deliberativo (CD) do DESENVOLVE, transferindo os benefícios fiscais concedidos a VINIARTEFATOS para a SANSUY S/A.

Consta, ainda, a título de inadequações encontradas que:

- 1) A Viniartefatos firmou protocolo de intenções em 06/08/04 com o Estado da Bahia (Anexo 7), se comprometendo aplicar investimento de 63 milhões, criação de setecentos empregos diretos e mil empregos diretos, empregar tecnologia moderna, entretanto, conforme livro de Registro de Empregados (Anexo 8) não gerou nenhum emprego;
- 2) A escrituração da matriz localizada em Embu-SP, indica que sua filial em Camaçari-BA, adquiriu máquinas com mais de um ano de uso, empregando tecnologia da Sansuy S/A, conforme notas fiscais de aquisição de ativos em 26/11/04 totalizando R\$5.877.726,00, tendo como contrapartida da conta do ativo imobilizado, o lançamento na conta fornecedores, não chegando a sair fisicamente da Sansuy, sendo que em 17/12/04 houve incorporação da Vineartefatos por parte da Sansuy, voltando ao ativo permanente da segunda;

- 3) A Vineartefatos não adquiriu insumos, não produziu, não constituiu estoques, não imprimiu documentos fiscais, utilizaria a mesma tecnologia empregada pela Sansuy;
- 4) A Sansuy cedeu terreno para implantação da Vineartefatos, não foi edificado, visto que foi incorporada em seguida (2004) pela primeira e os sócios são os mesmos em ambas as empresas;
- 5) Os objetivos originais foram prejudicados, tendo em vista que nem a Vineartefatos, nem a Sansuy que a incorporou, cumpriram em completo o que foi pactuado com o Estado da Bahia.

O autuado, na defesa apresentada às fls. 316 a 352, por meio de seu presidente, inicialmente apresenta um histórico dos benefícios fiscais concedidos, abaixo resumidos:

- 1) Requereu recursos do PROIND à Secretaria de Indústria e Comércio, aprovado pela Res. 23 de 19/11/97, no âmbito do PROBAHIA;
- 2) Renunciou aos benefícios do PROBAHIA em 28/09/1998 e requereu incentivos ao CD do BAHIAPLAST, concedido pela Res. 16 de 30/10/2002;
- 3) A Res. 35 de 20/08/04 do CD DESENVOLVE, concedeu benefícios a Viniartefatos;
- 4) Consultou a SEFAZ através do processo 161788.2004-9 (fls. 401 a 404), se em função da incorporação da Vineartefatos, teria o direito de usufruir dos incentivos concedidos à incorporada, tendo obtido Parecer afirmativo 7.915/04;
- 5) A Res. 15 de 12/03/05 transferiu os benefícios concedidos à VINIARTEFATOS para a SANSUY e a Res. 02/05 revogou os benefícios concedidos a SANSUY do programa BAHIAPLAST (ocorrido em consequência da transferência de incentivos do DESENVOLVE).

Discorre sobre os programas BAHIAPLAST e DESENVOLVE, o primeiro incentivo fiscal consistia em aquisição de insumos com diferimento e utilização de crédito presumido incidente sobre as saídas produzidas, o que ocorreu até fevereiro/05, sem que houvesse sido constatada qualquer irregularidade por parte da fiscalização. Com o DESENVOLVE, passou a fazer uso da dilação de prazo, benefício que está sendo objeto de autuação.

Ressalta que os benefícios do BAHIAPLAST foram concedidos até 31/12/07, não cometeu qualquer infração, não houve cancelamento daqueles benefícios, nem infringência ao art. 13 do Regulamento do Programa e só deixou de usufruir em 12/03/05, após a Res. 02/05 do CD BAHIAPLAST, em decorrência da transferência dos incentivos da VINIARTEFATOS para a SANSUY em função da incorporação do incentivo do DESENVOLVE para evitar a existência de dois incentivos fiscais na mesma empresa, passando a ter eficácia para toda a produção da SANSUY, “tanto a resultante de investimentos anteriores a 12 de março de 2005, como de outros efetuados posteriormente”.

Com relação à acusação de que não poderia utilizar os benefícios do DESENVOLVE, por não ter cumprido o protocolo de intenções de realizar novos investimentos e gerar novos empregos, por entender os autuantes que só poderia usufruir a partir de 12/03/05 “somente a produção resultante de novos investimentos poderia ser beneficiada”, não podendo usufruir dos benefícios concedidos anteriormente à VINIARTEFATOS, contesta afirmando que:

- a) o art. 3º, § 4º do Regulamento do DESENVOLVE (Dec. 8.205/03), que transcreveu à fl. 325, estabelece que no caso de empreendimentos já instalados, o incentivo de dilação de prazo pode ser aplicado sobre a arrecadação que exceder a um determinado piso, a exemplo do concedido à empresa Barry Callebeaut Brasil S/A, Res. 061/03, com piso de R\$1.123.926,70;
- b) no caso da transferência de benefícios da VINIARTEFATOS para a SANSUY, não houve definição de qualquer piso, o que no seu entendimento incentivou os novos investimentos, bem como os que já haviam sido feitos anteriormente pelo BAHIAPLAST.
- c) as Resoluções publicadas simultaneamente (cancelamento da BAHIAPLAST e incorporação da VINIARTEFATOS), sem estabelecer qualquer piso ou limite leva a entender que o novo incentivo concedido a SANSUY deve ser aplicado sobre a produção total.

Transcreve o art. 14 do Regulamento do Desenvolve (fl. 326) que trata dos benefícios concedidos e afirma que não tendo a Res. fixado qualquer piso, não poderia ser outro o entendimento do

Conselho Deliberativo, cancelar os benefícios do BAHIAPLAST e incorporar os benefícios da VINIARTEFATOS (DESENVOLVE), conforme previsto no art. 10 do mencionado programa, que veda a acumulação de outros benefícios, bem como o saldo sobre o qual incide os benefícios são fixados pelo CD, pela Res. 15/2005 de acordo com o art. 3º, § 4º e art. 14 do citado Regulamento.

Salienta que de acordo com o art. 100 do Código Tributário Nacional (CTN), as práticas das autoridades administrativas são normas complementares do direito tributário e que o fato de ter sido transferido os incentivos fiscais concedidos à VINIARTEFATOS para o autuado, deve ter sua eficácia garantida.

Passou então a citar diversas alterações de incentivos ocorridos em outras empresas:

COBAFI – Habilitado no BAHIAPLAST, revogado e concedido benefícios do PROBAHIA;

IBR - Habilitado no BAHIAPLAST, adquirida pela RICHHOLD, contemplado pelo DESENVOLVE;

DUSA – Dupont Sabanci Brasil S/A, contemplada no PROBAHIA, foi incorporada pela COBAFI, que recebeu em transferência os benefícios da DUSA.

Ressalta que nos casos citados, não houve qualquer restrição ou condição de fruição do incentivo antes concedido à incorporadora pela sucessora, tal como a incorporação da Viniartefatos.

Transcreve às fls. 332 a 334, o art. 1º do DESENVOLVE (Dec. 8.205/02), o qual foi indicado como infringido na autuação, ressaltando que não é da competência dos autuantes analisar e decidir quanto à concessão dos benefícios, mas que não é verdadeira a presunção feita pela fiscalização, haja vista que realizou investimentos totalizando: 2005 – R\$1.241.296,83; 2006 – R\$1.205.979,76 e 2007 – R\$626.263,77 conforme Anexos X1 a X14 (fl.s 334/335) e Anexo IX (fls. 437 a 451).

Afirma que além destes investimentos realizados, transferiu diversos equipamentos de unidades fabris instaladas no Estado de São Paulo para a unidade localizada em Camaçari, totalizando R\$488.150,17 no período de setembro/05 a janeiro/07, conforme demonstrativo à fl. 336, ressaltando que os investimentos tem sido contínuos, apesar de estar em processo de recuperação judicial.

Conclui dizendo que ao contrário do que afirmou os autuantes, vem realizando investimentos para aumentar a transformação industrial, ganhar competitividade, conquistar novos mercados, principalmente de produtos com maior valor agregado, o que resultou em expansão da unidade, nos termos do art. 1º, §§1º e 2º do Dec. 8.205/02.

Ressalva que mesmo que não tivesse efetuado qualquer investimento após a incorporação da VINIARTEFATOS, entende ser correta a utilização dos benefícios fiscais concedidos, “pois o Conselho concedeu os benefícios do DESENVOLVE para toda a atividade da empresa e não apenas sobre o ICMS incremental decorrente de novos investimentos”.

Passou então a discorrer sobre o cancelamento de benefícios fiscais, salientando que em decorrência da transferência dos benefícios concedidos a VINIARTEFATOS pela a Res. 15/05 (art. 1º), calculou a parcela dilatada prevista no Programa registrou no livro RAICMS e que o procedimento adotado pela fiscalização implicou em cancelamento dos benefícios concedidos pelo CD DESENVOLVE.

Aduz que os artigos 41 e 48 da Lei nº 7.014/96, que determinam as penalidades aplicadas pela infração da legislação do ICMS, inclusive de cancelamento de benefícios fiscais, entendendo que não é da competência dos autuantes cancelar qualquer benefício ou incentivo fiscal com fundamento de que “... ficaram prejudicados os objetivos originais que deram causa ao Protocolo de Intenções, dentro do espírito do Programa DESENVOLVE”.

Argumenta que mesmo que fosse verdadeira a afirmação dos autuantes, a competência para cancelar os benefícios concedidos é do CD DESENVOLVE, conforme disposto no art. 7º e 19 do Dec. 8.205/02, mediante Resolução e Parecer da Secretaria Executiva e não por meio de procedimento fiscal comum, por entender que os autuantes não têm competência para verificar “se os objetivos originais do Programa foram ou não prejudicados”.

Em seguida, passou a discorrer sobre o protocolo de intenções. Alega que as intenções firmadas entrem a VINIARTEFATOS e o Estado da Bahia (fls. 977/981), significa tão somente intenção dos signatários no sentido de viabilizar a instalação de indústria no Estado da Bahia, mediante ações reciprocamente condicionadas e não pode fundamentar imposição de penalidades, por não constituir legislação tributária, nos termos dos artigos 96 e 100 do CTN, que considera legislação tributária apenas as leis, os tratados e convenções internacionais, os decretos e as normas complementares.

Atenta que o art. 142 do CTN determina que a atividade privativa do lançamento pela autoridade administrativa é vinculada e obrigatória, e não pode fundamentar-se apenas em um documento não normativo que indica apenas intenções entre as partes. Transcreve texto de autoria do professor José Jayme de Macedo Oliveira, acerca do lançamento, para reforçar o seu posicionamento, ressaltando que o Auto de Infração não está vinculado a uma determinação legal e sim num protocolo de intenções, o que implica em vício original.

Transcreve a Res. 021/2007 que habilita a POLY EMBALAGENS LTDA aos benefícios do DESENVOLVE, ressaltando que o CD passou a exigir a assinatura de um “contrato de obrigações mútuas e recíprocas” entre empresa beneficiária do Programa e o Estado da Bahia, o que no seu entendimento explicita que o protocolo de intenções não gera qualquer obrigação entre as partes.

Com relação à multa aplicada tipificada no art. 42, IV, “j” da Lei nº 7.014/96, afirma que pela sua descrição houve uma ação ou omissão fraudulenta e que a suposta fraude não está especificada na mencionada Lei, visto que não foi descrita na infração cometida, não guardando uma correção entre o enquadramento da multa e a descrição da infração cometida, contrariando o disposto no art. 39 do RPAF/BA.

Requer a nulidade da autuação, por entender que os requisitos contidos no RPAF/BA não foram plenamente atendidos, nos termos do art. 18 do mencionado Regulamento, conforme decisões contidas nos Acórdãos CJF 0865/99 e 1064/99, que transcreveu às fls. 346/347, relativo à divergência entre o enquadramento da multa e descrição da infração cometida.

Cita texto de autoria do professor Roque Antonio Carrazza, pertinente ao Princípio da Legalidade, previsto no art. 5º da Constituição Federal, consagrado no art. 97, V do CTN, que as sanções aplicáveis face à violação da legislação tributária requer expressa previsão em lei e que o procedimento da fiscalização vai de encontro a jurisprudência, objeto de decisões do Supremo Tribunal Federal (STJ), a exemplo da decisão contida no RE 100.919-5 SP.STF 1ª T, cujo Relator foi o Ministro Néri da Silveira.

Salienta ainda, a posição da doutrina conforme entendimento do professor José Eduardo Soares de Melo (fl. 349) e que em se tratando de irregularidade flagrante contida no presente Auto de Infração, o débito não pode ser inscrito em Dívida Ativa, atendendo ao princípio da economicidade processual, solicita que a ilegalidade seja apreciada pelo órgão julgador, pela nulidade da autuação.

Por fim, requer a nulidade da autuação, pela ausência de elementos que determinem com segurança a infração e pela falta de indicação de dispositivo legal que fundamente a autuação e a infração cometida.

De acordo com os argumentos anteriormente apresentados afirma que a transferência de incentivos da VINIARTEFATOS seguiu orientação da SEFAZ e foi feita por meio de Resolução exarada pelo CD DESENVOLVE, não constituindo infração tributária o protocolo de intenções fundamentado pela fiscalização que não é norma tributária. Solicita aplicação da regra disposta no art. 155, § Único do RPAF/BA, se a decisão do mérito for a seu favor, julgando improcedente o Auto de Infração em detrimento de sua nulidade.

Os autuantes prestam informação fiscal (fls. 984 a 1005), preliminarmente comentam sobre os objetivos do Programa DESENVOLVE e conceitos nele contidos do que são novas indústrias,

expansão industrial, reativação e modernização, bem como sobre os critérios e condições estabelecidos para seu enquadramento e fruição de benefícios.

Em seguida esclarecem que durante as atividades de fiscalização, constataram que o contribuinte aproveitava de benefícios fiscais, sem atender os compromissos acordados com o Estado da Bahia. Afirma que na seqüência dos fatos, em julho/04 foi constituída a empresa Viniartefatos, que se habilitou no mês de agosto/04 ao DESENVOLVE (Res. 35/04: diferimento e dilação do prazo para pagamento do ICMS). Em dezembro/04, a Sansuy incorporou a Viniartefatos, tendo por meio das Res. 02/05 e 15/05, sido revogado o benefício anteriormente concedido no Programa BAHIAPLAST e incorporado os benefícios concedidos à Viniartefatos.

Informam que no pedido de habilitação ao Programa DESENVOLVE a Viniartefatos demonstrou intenção de investir 63 milhões de Reais, criação de setecentos empregos diretos e mil empregos indiretos, entretanto, pelos documentos acostados ao processo (Anexos 4 e 5), a Viniartefatos adquiriu máquinas e equipamentos com mais de um ano de uso da Sansuy em 26/11/04 no valor de R\$5.877.726,00, valor este que nunca pagou, não adquiriu insumos, não gerou qualquer emprego, não produziu, nem gerou estoques de mercadorias e a tecnologia que seria empregada guardava consonância com a empregadas anteriormente pela Sansuy.

Afirmam que a Sansuy cedeu terreno vizinha a sua fábrica para instalação da Viniartefatos, no qual nada foi edificado. Ressaltam que a Viniartefatos firmou protocolo de intenções com indicações de investimentos a serem feitos, criação de empregos diretos e indiretos e que não foram realizados por ela, nem pela incorporadora (Sansuy), prejudicando os objetivos originais que motivaram o Protocolo de Intenções previstos no DESENVOLVE.

Concluem dizendo que diante de tais constatações, lavrou o presente Auto de Infração, por o autuado ter feito utilização indevida de benefícios fiscal em desacordo com o que foi pactuado com o estado da Bahia.

Passou então a rebater os argumentos defensivos apresentados pelo impugnante:

- 1) Infração - não contestou as inadequações descritas na autuação;
- 2) Incentivos fiscais - não contestou as informações fiscais trazidas ao processo e manteve a defesa distante destas informações;
- 3) Revogação do BAHIAPLAST e incorporação do DESENVOLVE, afirmam que não tem embasamento legal a afirmação do recorrente de que passou a ter eficácia para usufruto de benefícios fiscais, toda a produção da Sansuy, resultante de investimentos anteriores e dos outros efetuados posteriormente a março/05;
- 4) Benefícios concedidos a outros contribuintes – afirmam que os exemplos trazidos ao processo não tem correlação com o presente caso;
- 5) Investimentos – dizem que os foram aplicados valores na manutenção do parque e não guardam relação com as propostas do projeto apresentado ao Estado da Bahia, entre as mais importantes, aquisição de equipamentos usados, fabricação de mesa de silkscreen, construção de galpão, modificação de máquina para produção, empastadora, revestidora, que não constituem inovação.

No que se refere à competência para cancelar os incentivos fiscais concedidos, afirmam que em momento algum houve cancelamento dos benefícios e sim que no exercício de suas competências de fiscalização, examinaram os créditos e débitos fiscais do ICMS apropriados mensalmente e fizeram o lançamento ora combalido, face à utilização irregular dos benefícios fiscais. Afirmam que o contribuinte não cumpriu o protocolo de intenções firmado com o Estado da Bahia, fato este que fundamenta a infração apontada na autuação.

Relativamente à multa aplicada, dizem que a mesma é prevista na Lei do ICMS (7.014/96) e que a infração cometida se enquadra como fraudulenta no âmbito do direito tributário, conforme definido na Lei nº 4.502/64 em seu art. 72, como ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou

retardar a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária, ou excluir ou modificar suas características essenciais de modo a reduzir o pagamento do imposto devido.

Tecem comentários sobre o Princípio da Legalidade e afirmam que agiram em conformidade com o que determina a lei, não havendo afronta àquele Princípio.

Com relação ao pedido de nulidade e improcedência requerido pelo contribuinte, salientam que a transferência de benefício de outra empresa não foi causa da autuação, bem como o cancelamento do BAHIAPLAST é normal, tendo em vista que qualquer empresa não pode fazer uso simultâneo de dois benefícios, mas que não foi comprovado a execução das atividades previstas no Protocolo de Intenções firmado com o Estado da Bahia.

Por fim, ressaltam que todos os argumentos defensivos foram contestados, bem como foram entregues ao contribuinte todos os documentos juntados ao processo e pedem pela procedência do Auto de Infração.

O contribuinte recebeu cópia da informação fiscal (verso da fl. 1006), juntou instrumento de procuração ao processo (fl. 1009), nomeando advogado, o qual protocolou petição da manifestação acostada às fls. 1013 a 1018.

Comenta que na informação fiscal os autuantes dividiram a mesma em dois itens que passou a contestar. Afirmam que ao contrário do que foi alegado, na defesa foi detalhado os aspectos que envolvem os incentivos concedidos e as inadequações indicadas no Auto de Infração.

Argumenta que os autuantes não se pronunciaram sobre os procedimentos adotados pelo Estado da Bahia na concessão de incentivos fiscais, sobre a consulta por ele formulada e respondida pela SEFAZ, nem questionou os argumentos apresentados na impugnação, sem que tenha cometido qualquer infração relativa ao BAHIAPLAST, revogado antes do prazo final da sua vigência, o qual foi substituído pelo DESENVOLVE.

Alega que ao contrário do que foi afirmado pelos autuantes de que o exemplo apresentado na defesa de concessão de benefícios não tem relação com o que foi concedido ao estabelecimento autuado, apresentou diversas regras de concessão de incentivos fiscais para outras empresas já implantadas, principalmente a imposição de um piso mínimo de arrecadação, fato que não foi contestado de sua autorização de usufruir de incentivos sobre a totalidade de suas operações.

Com relação aos equipamentos incorporados, afirma que a análise dos autuantes é subjetiva, sem fazer prova de que são utilizados na manutenção dos equipamentos, que são usados, adaptados ou sem inovação. Contesta dizendo que nas regras que regem o DESENVOLVE, a única restrição acerca de investimento ou equipamento é a prevista no art. 1º, § 1º, I do Dec. 8.205/02 que transcreveu à fl. 1016: “Para os efeitos deste Programa, considera-se: I – novo empreendimento, a implantação de projeto que não resulte de transferência de ativos de outro estabelecimento da mesma empresa ou de terceiros, oriundo da Região Nordeste”, fato que afirma não ter ocorrido na situação presente.

Salienta que mesmo que a Sansuy não tivesse efetuado qualquer investimento após a incorporação da Viniartefatos, entende ser correta a utilização dos incentivos fiscais tendo em vista que a concessão feita pelo CD DESENVOLVE foi para toda a atividade da empresa e não apenas sobre o ICMS incremental decorrente de novos investimentos.

Argumenta que os autuantes insistem em fundamentar a autuação de forma exclusiva no protocolo de intenções, que serve para orientar as ações que as partes devem conduzir por um prazo de 24 meses e não dos 12 anos do incentivo fiscal, mas que o mesmo não é legislação tributária. Afirmam que na informação fiscal os autuantes não fizeram análise das leis, decretos e resoluções que constituem a legislação tributária.

Com relação ao argumento de que não houve cancelamento dos benefícios fiscais, afirma que os autuantes desenvolveram diversos roteiros de auditorias e não constataram qualquer irregularidade, resultando em uma única infração desconsiderar o incentivo fiscal de dilação de prazo concedido ao estabelecimento autuado.

Conclui dizendo que os autuantes não descreveram atos praticados que se enquadrem como fraudulentos, sem contestar os argumentos apresentados pela impugnante e que ao contrário do que foi afirmado na informação fiscal, não foram contestados todos os argumentos apresentados de forma objetiva e sim transcrito parte da impugnação. Reitera os pedidos formulados na defesa inicial de nulidade ou improcedência do Auto de Infração.

VOTO

O autuado suscitou a nulidade da autuação, argumentando que o lançamento de ofício conflita com Resolução emanada do Conselho Deliberativo do PROBAHIA e que há incompetência absoluta dos autuantes para apreciar a matéria. Rejeito a nulidade pretendida, tendo em vista que a competência da plenária do mencionado Conselho, conforme definido no art. 7º da Res. 03/2007 é 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. Portanto, uma vez concedido benefícios fiscais mediante resoluções, para empresas integrantes dos programas instituídos, cabe à fiscalização 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 art. 6º da Lei 8.210/02 e art. 42 do Dec. 7.629/99. Quanto ao questionamento da capacidade dos autuantes para avaliar os benefícios concedidos, por se tratar do mérito da questão, será apreciado no momento próprio.

Também rejeito a nulidade pretendida, sob o argumento de que só poderia ser feito o lançamento de ofício mediante a revogação do benefício concedido pelo CD do PROBAHIA. Conforme apreciado anteriormente, uma vez concedido os benefícios fiscais previstos no PROBAHIA, constatado descumprimento da legislação tributária, é de competência do Fisco fazer o lançamento de ofícios para exigir o tributo devido, independentemente do cancelamento dos benefícios. O certo é que a fiscalização não tem competência para cancelar o benefício concedido, competência esta do CD PROBAHIA, o que não ocorreu neste processo. Portanto, não pode ser acatada a alegação de que os atos foram praticados por servidor incompetente nos termos do art. 18, I do RPAF/BA. Rejeito a nulidade pretendida por não existir conflito de competência entre a ação fiscal que culminou com o lançamento de ofício, privativa dos auditores fiscais e das competências do mencionado Conselho, como quis fazer crer o impugnante na sua defesa. Além do mais, o Auto de Infração foi lavrado em conformidade com o disposto no art. 38 do mencionado diploma legal, notificado o autuado, que apresentou sua defesa contestando a exigência fiscal, o que demonstra não ficar caracterizado impedimento ao exercício do seu direito de defesa.

Requer a nulidade da autuação, por entender que os requisitos contidos no RPAF/BA não foram plenamente atendidos, nos termos do art. 18 do mencionado Regulamento, conforme decisões contidas nos Acórdãos CJF 0865/99 e 1064/99, que transcreveu às fls. 346/347, relativo à divergência entre o enquadramento da multa e descrição da infração cometida.

Por fim, requer a nulidade da autuação, argumentando ausência de elementos que determinem com segurança a infração e pela falta de indicação de dispositivo legal que fundamente a autuação e a infração cometida.

Rejeito as nulidades suscitadas, tendo em vista que em primeiro lugar, conforme apreciado anteriormente, a acusação fundamenta-se em que houve utilização indevida de incentivo fiscal em decorrência de o impugnante ter usufruído de benefícios fiscais sem que houvesse cumprido a finalidade prevista na legislação do Programa Desenvolve. A multa aplicada se coaduna com a acusação, em razão de que, a fiscalização entendeu que os procedimentos adotados pelo impugnante configuram omissão fraudulenta. Quanto ao percentual da multa aplicada entendo que faz parte do mérito da questão e será apreciado no momento próprio.

Vale ressaltar, que os Acórdãos CJF 0865/99 e CJF 1064/99 não servem de parâmetro para a questão que se apresenta neste processo, visto que se tratam de operação com trânsito e suprimento de

caixa de origem não comprovada de mercadoria, não havendo qualquer sintonia com os fatos ocorridos que culminaram nesta infração.

No mérito, o Auto de Infração exige ICMS em decorrência do recolhimento a menos do imposto em razão de uso indevido de incentivo fiscal, a título de dilatação de prazo previsto no Dec. 8.025/03.

Conforme descrito no Auto de Infração, o impugnante incorporou a empresa VINIARTEFATOS e a partir do momento que ocorreu sua incorporação, incorporou também os benefícios fiscais concedidos à incorporada, sem que houvesse cumprido as etapas previstas do protocolo de intenções assinado com o Estado da Bahia.

O autuado, na defesa apresentada argumentou que anteriormente requereu, habilitou-se e utilizou os benefícios previstos no PROIND, posteriormente no BAHIAPLAST, tendo renunciado aos benefícios deste Programa, em função da incorporação da VINEARTEFATOS em 03/2005 e junto com ela, os benefícios concedidos pelo Programa DESENVOLVE àquela empresa.

Os autuantes contestaram os argumentos defensivos, afirmando que o autuado não adotou os critérios e nem atendeu as condições estabelecidas previstas para o Programa DESENVOLVE, tendo apenas seus sócios, constituído a VINIARTEFATOS e após concessão dos benefícios previstos no Programa DESENVOLVE, incorporou esta empresa e passou a fazer uso dos benefícios que lhe foi concedido.

Da análise dos elementos constantes do processo, constato que em relação aos aspectos constitutivos das empresas:

- a) A SANSUY S/A, localizada na Rua dos Plásticos 761, foi inscrita no cadastro de Contribuintes do Estado da Bahia a partir de 24/10/79 (fls. 86//87) com o nº 002.082.206, tendo entre seus sócios o Sr. Takeshi Honda, Kazumi Miyamoto e Kiyuziro Akimoto e como atividade principal a “fabricação de tecidos especiais, inclusive artefatos”.
- b) A VINIARTEFATOS, de acordo com Alteração de Contrato Social (24/06/04) da matriz localizado em São Paulo (CNPJ 01.558.722/0001-29, fls. 114 a 121), os sócios administradores Takeshi Honda, Kazumi Miyamoto e Kiyziro Akimoto decidiram abrir filial em Camaçari;
- c) A VINIARTEFATOS, situada na Rua dos Plásticos, 761, Pólo Petroquímico – Camaçari, foi inscrita no cadastro de contribuinte do ICMS do Estado da Bahia em 23/07/04 (fl. 73), com o nº 064.187.765, tendo como sócios administradores os Sr. Takeshi Honda, Kiyuzuro Akimoto, Kazumi Miyamoto e Toshio Nakabayashi, tendo como atividade: industrialização de artefatos de plásticos e tecidos, máquinas de solda, galpões estruturados, armazéns infláveis, mangueira, containeres, mantas laminados e outros produtos de plásticos (item 3, fls. 114/115). A alteração contratual de 12/08/04 (item 1, fl. 112), incluiu como objeto social a atividade de “fabricação de tecidos especiais, inclusive artefatos”.
- d) Cópia da 7ª Alteração de Contrato Social da VINIARTEFATOS (fls. 129 a 136, de 17/12/04, indica que foi aprovado o encerramento das atividades da filial e aprovado cisão parcial em 26/11/04, tendo a parcela cindida vertida para a SANSUY S/A localizada no mesmo endereço da VINIARTEFATOS (Rua dos Plásticos, 761 – Pólo Petroquímico-Camaçari);
- e) Cópia da Ata da Assembléia da SANSUY S/A (fls. 137 a 141), indica que a VINIARTEFATOS foi avaliada em 26/11/04 pelo valor de R\$5.880.726,00 (fl. 141), sendo que o laudo de avaliação dos ativos juntado à fl. 142 demonstra que a empresa tinha a seguinte composição:

ATIVO		PASSIVO	
Caixa	3.000,00	Contas a Pagar	5.877.726,00
Imobilizado	5.877.726,00	Capital Social	3.000,00
Total	5.880.726,00	Total	5.880.726,00

- f) Com a incorporação, os sócios cotistas receberam valor de R\$1.000,00 cada um (Takeshi Honda, Kazumi Miyamoto e Kiyziro Akimoto), conforme item 1.2.3 do Protocolo e Justificação de Incorporação (fl. 145), tendo como justificativa no item 2.2 que as partes envolvidas entendem que “entre os benefícios oriundos da referido incorporação, destacam-se

os ganhos operacionais e fiscais, bem como a redução dos custos das operações da empresa Sansuy S/A no Estado da Bahia”.

Já em relação aos benefícios fiscais concedidos, verifico que:

- 1) A SANSUY S/A habilitou-se aos recursos do Programa de Promoção do Desenvolvimento (PROBAHIA) (fl. 367), o qual foi aprovado em 06/11/97 (fl. 393), limitado à produção do “laminado sanlux”, pelo prazo de fruição por dez anos;
- 2) Renunciou ao PROBAHIA e habilitou-se ao Programa Estadual de Desenvolvimento da Indústria de Transformação Plástica (BAHIAPLAST), conforme petição à fl. 394, fazendo jus “a utilização de crédito presumido previsto no art. 9º do Dec. 7.439/98”;
- 3) A VINIARTEFATOS habilitou-se ao Programa DESENVOLVE, tendo o Conselho Deliberativo por meio da Res. 35 de 19/08/04, aprovado o benefício para “produzir artigos de malhas têxteis (laminados e confeccionados)”, mediante diferimento do lançamento e pagamento do ICMS, (a) na importação, aquisições internas e em outros Estados de bens de ativo (b) aquisição internas de insumos e embalagens destinadas a fabricantes de artigos de malharia e (c) 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
- 4) Em 11/03/05, o CD do BAHIAPLAST (Res. 02/05, fl. 395) revogou os benefícios concedidos a SANSUY S/A e na mesma data, transferiu os benefícios do Programa DESENVOLVE concedidos a VINIARTEFATOS, para a SANSUY por meio da Res 15/2005 de 11/03/05.

Pelo acima exposto, de forma resumida, faço as conclusões que passo a expor.

O estabelecimento autuado, localizado na Rua dos Plásticos 761, Pólo Petroquímico de Camaçari, funcionava desde 1979 e estava autorizada a utilizar os benefícios fiscais previstos no Programa BAHIAPLAST. Tinha entre sócios Takeshi Honda, Kazumi Miyamoto e Kiyuziro Akimoto.

A VINIARTEFATOS, localizada em São Paulo desde 24/06/04, tinha também como sócios administradores Takeshi Honda, Kazumi Miyamoto e Kiyuziro Akimoto. Abriram uma filial em 23/07/04, no mesmo endereço onde funcionava a Sansuy, habilitou-se ao Programa DESENVOLVE em 19/08/04 e cindiu em 26/11/04, tendo a parcela cindida vertida para a SANSUY S/A localizada no mesmo endereço, tendo em vista que o seu ativo imobilizado totalizando R\$5.877.726,00 era composto de maquinário comprado a prazo, que não foi pago, e com a cisão houve reversão do ativo imobilizado para o autuado e cancelado a obrigação do seu Passivo (Contas a Pagar).

Como os sócios do estabelecimento autuado (SANSUY S/A) são também os sócios da VINIARTEFATOS, constituídas no mesmo endereço, constato que a composição dos seus ativos (máquinas e acessórios, móveis e utensílios e periféricos), conforme relacionado no documento à fl. 20, foram vendidos a prazo, ficaram no mesmo lugar e com a cisão, retornaram para onde já estavam e o que deveria ser pago, não ocorreu, em decorrência da cisão implementada.

De tudo que foi exposto, a filial da VINIARTEFATOS se resume a um Contrato Social de R\$3.000,00, que teve vigência de 23/07/04 a 26/11/04, período em que habilitou-se e lhe foi concedido os benefícios do Programa DESENVOLVE, deixando de existir quando foi aprovado sua cisão ou seja, período aproximado de quatro meses.

Analisando o projeto da VINIARTEFATO que foi apresentado ao CD Desenvolve (fls. 148 a 176), demonstrava que a implantação do estabelecimento proporcionaria:

- Investimento de R\$63.000.000,00 (R\$19.000.000,00 em Edificação, Instalação e Móveis e Utensílios; R\$43.560.000,00 em Máquinas e Equipamentos e R\$800.000,00 em veículos – fl. 469);
- Criação de 1.700 empregos (diretos e indiretos – fls. 148 e 155);
- Faturamento anual crescente de R\$12.600.000,00 em 2005 a R\$239.580.000,00 em 2010 (fl. 162);
- Emprego de tecnologia avançada de PVC (sem similar no Estado – fl. 148).

Da análise dos documentos juntados com a defesa, constato que a VINIARTEFATOS adquiriu máquinas, móveis e periféricos usados da SANSUY S/A em 26/11/04 (fls. 20/28) os quais retornaram ao mesmo estabelecimento com a cisão, conforme escriturado no livro Razão (fl. 59).

Houve contratação de poucas pessoas num prazo restrito, conforme documentos juntados pelo autuantes às fls. 202 a 213, que num prazo de quatro meses perderam seus efeitos com a cisão.

A VINIARTEFATOS foi contemplada com os benefícios previstos no DESENVOLVE (Res. 35 de 19/08/04), para “produzir artigos de malhas têxteis (laminados e confeccionados)”, com diferimento no lançamento e pagamento do ICMS, (a) na importação, aquisições internas e em outros Estados de bens de ativo (b) aquisição internas de insumos e embalagens destinadas a fabricantes de artigos de malharia e (c) 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.

Tendo a VINIARTEFATOS sido incorporada pela SANSUY S/A, que renunciou os benefícios do BAHIAPLAST, logo, para poder usufruir dos benefícios acima elencados, inclusive da dilação de prazo de 72 meses para pagamento do saldo devedor do ICMS, certamente o autuado como incorporador, deveria também, cumprir o protocolo de intenções assumido pela cindida. Entretanto, não foi trazido ao processo qualquer prova de que gerou os empregos, implantou novas tecnologias, criou um faturamento adicional que correspondesse ao já existente na SANSUY, somado ao projetado e pactuado com o Estado pela VINIARTEFATOS em contrapartida aos benefícios que lhe foi concedido pelo Programa DESENVOLVE.

Quanto aos investimentos que o autuado afirmou ter realizado, verifico que conforme relacionado na defesa apresentada, numa análise preliminar resulta em valor de R\$1.241.296,83 (fl. 441); R\$1.205.979,76 (fl. 444) e R\$626.263,77 (fl. 451), respectivamente em 2005, 2006 e 2007, o que resulta em valor próximo de R\$3.000.000,00, bem distante dos R\$63.000.000,00 projetados pela VINIARTEFATOS na sua habilitação ao DESENVOLVE.

Conforme ressaltado pelos autuantes, constato que os equipamentos adquiridos pelo autuado constantes das notas fiscais 234 e 235 são equipamentos reformados que totalizam R\$300.000,00 (fls. 475/477), bem como outros se tratam de transferências de ativos usados do estabelecimento matriz (fls. 961 a 975), que remonta valor próximo de R\$1.000.000,00.

A maior parte das notas fiscais juntadas com a defesa às fls. 482 a 953 identificam compras de rolamentos, cantoneiras, tinta, chapa de acrílico, parafuso, anéis, mancal, cilindro, eixos, tubo, niple, bucha, engrenagem, retentores, roletes, juntas e outros, que constituem peças de reposições utilizadas nas máquinas e equipamentos do estabelecimento autuado.

O único equipamento adquirido que efetivamente constitui um novo investimento foi a importação de um Aquecedor de Infravermelho no valor de R\$61.560,41.

Por tudo que foi exposto, pela análise dos procedimentos adotados pelo autuado e das provas juntadas ao processo, concluo que de fato seus sócios (Takeshi Honda, Kazumi Miyamoto e Kiyuziro Akimoto) constituíram uma empresa (VINIARTEFATOS) na qual eram sócios administradores, com dotação insignificante de capital, venderam equipamentos a nova empresa, que não deram saída do estabelecimento, sem que houvesse pagamento pelos mesmos, os quais retornaram ao ativo imobilizado do vendedor em prazo de quatro meses após a sua constituição, em decorrência da sua incorporação.

Por outro lado, a nova empresa habilitou-se e lhes foi concedido benefícios previstos no Programa DESENVOLVE. Uma vez, concedido tais benefícios fiscais pelo Estado da Bahia, incorporaram a empresa que de fato já lhes pertencia, incorporando os benefícios concedidos. Entretanto, não cumpriram o protocolo de intenções, ao não criarem empregos, introduzirem tecnologia de produção sem similar no Estado (nova), nem fizeram o investimento previsto no projeto original, bem como não ficou comprovado na defesa que tenha sido efetivada ampliação da receita, como projetada no seu projeto de implantação.

Por outro lado, a SANSUY S/A, que anteriormente aos fatos acima expostos, era beneficiária do Programa BAHIAPLAST e não podia usufruir do Programa DESENVOLVE concomitantemente, com estes procedimentos, passou a usufruir dos benefícios concedidos a VINIARTEFATOS, do diferimento do lançamento e do pagamento do ICMS, relativo às aquisições de bens destinados ao ativo fixo, na importação do exterior, aquisições internas e do pagamento da diferença de alíquota nas aquisições fora do Estado, bem como na aquisição interna de insumos, além da dilação do prazo de pagamento do saldo devedor do ICMS, sem que fosse cumprido o protocolo de intenções pactuados com a cindida (VINIARTEFATOS).

O Programa DESENVOLVE, entre outros, tem como objetivo complementar e diversificar a matriz industrial e agroindustrial do Estado, incentivando à instalação de novos empreendimentos industriais ou expansão, reativação, modernização de empreendimentos já instalados; desconcentração espacial dos adensamentos industriais e formação de adensamentos industriais nas regiões com menor desenvolvimento econômico e social; a integração e a verticalização das cadeias produtivas essenciais ao desenvolvimento econômico e social e à geração de emprego e renda no Estado; o desenvolvimento tecnológico dos processos produtivos e assimilação de novas tecnologias; a geração de novos produtos ou processos e redução de custos de produtos ou processos já existentes.

Dessa forma, entendo que houve utilização indevida do incentivo de dilação do prazo do pagamento do ICMS, relativo às operações próprias. Em vista dos procedimentos adotados pelo autuado, numa análise contextual, criaram uma empresa com finalidade única de habilitar-se aos benefícios previstos no Programa DESENVOLVE, que não podia habilitar-se aos seus benefícios, visto que já era beneficiado pelo BAHIAPLAST. Além de tudo isso, tendo incorporado a empresa que criaram, para que pudessem usufruir os benefícios fiscais da dilação do prazo, seria necessário que cumprissem as metas pactuadas (investimentos, criação de empregos, implantação de novas tecnologias), fato que não ocorreu, conforme anteriormente apreciado. O conjunto destes procedimentos resultou em desvirtuamento da utilização do programa DESENVOLVE e redução do imposto devido, culminado com a dilação do prazo de pagamento.

Convém ressaltar, que os impostos arrecadados devem cumprir sua finalidade social, utilizado no custeio das atividades e dos investimentos promovidos pelo Estado. A concessão de benefícios fiscais implica em renúncia de receitas tributárias em detrimento de outros benefícios. Na situação presente, ao conceder dilação do pagamento do saldo devedor do ICMS incidente sobre as operações próprias (bem como diferimento do pagamento do ICMS na aquisição de bens do ativo e insumos utilizados na produção), o Estado deixou de arrecadar o imposto relativo a diversas operações e o valor do imposto que deveria ser arrecadado de imediato ao ser postergado, significa de fato redução do seu valor, visto que conforme previsto na legislação, o valor devido a ser pago no futuro pode ser pago em valor presente com deságio. A contrapartida desta renúncia fiscal é o que a empresa se comprometeu a fazer investimento no Estado, implementar nova tecnologia, gerar empregos e renda, o que de fato não provou ter feito.

Com relação ao argumento defensivo de que para utilizar os benefícios previstos no citado Programa, fez consulta a DITRI/GECOT e foi expedida Resolução pelo CD DESENVOLVE favorável a incorporação do benefício fiscal concedido a VINIARTEFATOS (cindida), observo que estes órgãos analisaram apenas os aspectos formais, ou seja, que a empresa incorporadora daria continuidade ao projeto da incorporada. Quanto a isso, atente a conclusão do parecer à fl. 402 "...havendo compromisso firmado com a empresa Incorporadora de que o projeto de implantação aprovado para a empresa incorporada não terá sua finalidade desvirtuada...". Logo, não tendo havido continuidade do projeto, quer seja por ter sido simulada a criação da empresa e incorporação, ou que por falta de condições econômicas não tenha dado continuidade ao projeto, não atendeu a condição estabelecida o que caracteriza em redução de pagamento do imposto, sem proporcionar as contrapartidas oferecidas ao Estado (investimento, nova tecnologia, criação de novos empregos e ampliação da receita).

Da mesma forma, o Conselho Deliberativo do DESENVOLVE analisa os projetos e avalia se, se coaduna com as diretrizes estabelecidas e concede os benefícios, tudo isso se resume aos aspectos formais. Uma vez concedido os benefícios previstos no Programa, é a fiscalização que verifica se objetivamente o beneficiado cumpriu as intenções elencadas no projeto. Se não cumpriu, modificou as características essenciais da obrigação tributária que motivou sua renúncia, implicando na redução do montante do imposto devido. É certa a afirmação que os autuantes não têm competência para cancelar benefício ou incentivo fiscal, mas é correta a exigência do ICMS pela fiscalização, quando ficar comprovado que o usufruto do benefício fiscal não pode ocorrer face ao não atendimento das condições estabelecidas.

Com relação à alegação defensiva de que a multa aplicada tipificada no art. 42, IV, “j” da Lei nº 7.014/96, pela descrição dos fatos não caracteriza uma ação ou omissão fraudulenta, não especificada na Lei, o que foi contestado pelos autuantes argumentando que a infração cometida se enquadra como fraudulenta no âmbito do direito tributário, entendo que pela descrição dos fatos, pode até se conceituar como fraude os procedimentos adotados pelo autuado, de acordo com o definido na Lei nº 4.502/64 em seu art. 72:

Fraude é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, ou a excluir ou modificar as suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do imposto devido a evitar ou diferir o seu pagamento.

Entretanto, verifico que a natureza das infrações previstas no inciso IV, que foi tipificada na autuação, reporta-se a operação ou prestação sem documentação fiscal; mercadoria encontrada sem documentação fiscal; mercadoria entregue destinatário diverso do indicado no documento fiscal; quando documento fiscal acobertar, mais de uma vez a operação, emissão de documento fiscal com numeração em duplicidade; adulteração de documentos; não emissão de documento fiscal ou for emitido documento fiscal inidôneo; arbitramento, ou quando constatar qualquer ação ou omissão fraudulenta diversa das especificadas expressamente nesta Lei.

Na situação presente, o levantamento fiscal foi efetuado com base nos livros fiscais devidamente escriturados, que culminou com a utilização indevida do benefício fiscal de dilação do imposto a ser pago. Mesmo os procedimentos periféricos, como constituição de empresa, compra e venda de mercadorias foram devidamente registrados nos livros próprios. Dessa forma, a multa deve ser corrigida para 60% (sessenta por cento) do valor do imposto não recolhido tempestivamente, em decorrência de infração diversa das previstas nesta Lei que importe descumprimento de obrigação tributária principal, em que não haja dolo, prevista no art. 42, II, “f” da Lei 7.014/96.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, com a retificação da multa.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **299314.0002/07-1**, lavrado contra **SANSUY S/A INDÚSTRIA DE PLÁSTICOS**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$19.307.799,23**, acrescido da multa 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei n.º 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de novembro de 2008.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – RELATOR/PRESIDENTE

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – JULGADORA

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR