

PROCESSO	- A. I. N° 299314.0002/07-1
RECORRENTE	- SANSUY S/A. - INDÚSTRIA DE PLÁSTICOS
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4 ^a JJF n° 0351-04/08
ORIGEM	- INFAZ INDÚSTRIA
INTERNET	- 03/08/2010

2^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO CJF N° 0219-12/10

EMENTA: ICMS. PROGRAMA DESENVOLVE. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. USO INDEVIDO DE INCENTIVO FISCAL. Restou comprovado que o sujeito passivo utilizou incentivo fiscal de dilação do prazo para recolhimento do imposto decorrente de operações próprias, que tinha sido concedido a estabelecimento incorporado e transferido ao incorporador, sem que o cumprimento das 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 acolhidas as preliminares de nulidade e a solicitação de diligência. Decisão por maioria quanto à primeira preliminar e unânime em relação às demais. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVVIDO**. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão da 4^a Junta de Julgamento Fiscal (4^a JJF) que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, o qual foi lavrado para cobrar ICMS, no valor de R\$19.307.799,23, acrescido da multa de 100%, em decorrência do recolhimento a menos do imposto por uso indevido de incentivo fiscal – dilação de prazo para pagamento do imposto relativo às operações próprias – em desacordo com a legislação do Programa 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, a empresa Viniartefatos Comércio Importação e Exportação Ltda. foi inscrita no cadastro de contribuintes e, em 19/08/04, por meio da Resolução nº 35/2004 (fl. 273), foi habilitada aos benefícios do Programa DESENVOLVE. Em 17/12/04, a Viniartefatos foi incorporada pela Sansuy S/A Indústria de Plásticos. Em 11/03/05, por meio da Resolução nº 02/2005, foi revogada a habilitação da Sansuy S.A. aos benefícios do BAHIAPLAST e, nessa mesma data, por meio da Resolução nº 15/2005 (fls. 274 e 275), os benefícios do DESENVOLVE concedidos à Viniartefatos foram transferidos para a Sansuy S.A. Consta, ainda, que os investimentos e empregos previstos não foram implementados, de forma que não foi cumprido o que tinha sido pactuado com o Estado da Bahia.

Deliberativo do programa, razão pela qual entende que os autuantes não poderiam ter desconsiderado a Resolução do DESENVOLVE. Requeru a nulidade ou a improcedência do Auto de Infração, citou doutrina e jurisprudência, transcreveu dispositivos legais e acostou farta documentação ao processo (fls. 354 a 981).

Os autuantes na informação fiscal (fls. 984 a 1005), explicaram a acusação feita ao autuado, rebateram os argumentos trazidos na defesa, frisaram que não houve cancelamento de benefício e, ao final, mantiveram a autuação em sua totalidade.

Às fls. 1013 a 1018, o autuado se pronunciou sobre a informação fiscal, reiterando os argumentos já trazidos na defesa.

Por meio do Acórdão JJF Nº 0351-04/08, fls. 1024 a 1035, em Decisão unânime, o Auto de Infração foi julgado procedente.

Na Decisão recorrida, a Primeira Instância afastou as alegações de nulidade do lançamento, sob o argumento de que “uma vez concedidos 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”.

Ao adentrar no mérito, o ilustre relator descreveu a infração, detalhou o processo constitutivo das empresas, teceu considerações sobre os benefícios fiscais concedidos e, em seguida, em síntese, assim se pronunciou:

[...]

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 deferimento 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 pactuado 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 concedidos pelo DESENVOLVE, que não podia habilitar-se aos seus benefícios, visto que já era beneficiária do BAHIAPLAST. Além de tudo isso, tendo incorporado a empresa que criaram, para que pudessem usufruir dos benefícios concedidos pelo DESENVOLVE, a dilação do prazo, seria necessário que cumprissem as metas pactuadas (índice de produtividade, geração de empregos, implantação de novas tecnologias), fato que não ocorreu, conforme anteriormente mencionado.

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.

A Primeira Instância decidiu que a multa indicada na autuação, art. 42, IV, "j", da Lei nº 7.014/96, no percentual de 100%, devia ser substituída pela prevista na alínea "f" do inciso II do mesmo artigo e lei, no percentual de 60%.

Inconformado com a Decisão proferida pela 4^a JJF, o contribuinte apresenta Recurso Voluntário, afirmando que o Acórdão JJF Nº 0351-04/08 merece ser reformado, conforme relatado a seguir.

Preliminarmente, o recorrente suscita a nulidade do Auto de Infração por entender que falta competência aos autuantes para fiscalizar o cumprimento de compromissos assumidos em projetos do Programa DESENVOLVE. Frisa que essa competência é privativa do Conselho Deliberativo desse Programa. Diz que, dessa forma, o Auto de Infração é nulo, pois os auditores fiscais extrapolaram suas competências legais e regulamentares ao fiscalizar o cumprimento de termos do Protocolo de Intenções em tela. Transcreve dispositivos da Resolução nº 02/07, do Regulamento do DESENVOLVE, da Portaria Conjunta 78/04, da Lei nº 8.210/02 e do RPAF/99.

O recorrente argui a nulidade do Auto de Infração por falta de indicação do fundamento legal da autuação, bem como por ausência de uma descrição clara e precisão da acusação. Menciona que o artigo 1º do Decreto nº 8.205/02, único dispositivo citado no Auto, apenas relaciona os objetivos do Programa DESENVOLVE. Diz que a falta de indicação do dispositivo que fundamenta a infração é motivo de nulidade do lançamento, conforme o disposto no art. 18 do RPAF/99.

Ainda em preliminar, o recorrente suscita a nulidade do Auto de Infração sob o argumento de que houve um cancelamento indevido do incentivo fiscal. Frisa que os autuantes cancelaram os efeitos da Resolução, o que era uma competência privativa do Conselho Deliberativo do DESENVOLVE, conforme o artigo 19 do Decreto nº 8205/02. Pede que seja declarada a nulidade do procedimento fiscal, pois os autuantes extrapolaram as suas competências.

No mérito, o recorrente explica que a concessão dos incentivos se deu concomitante à revogação dos benefícios do BAHIAPLAST. Frisa que o cancelamento indevido decorreu de descumprimento de norma regulamentar ou legal. Por

DESENVOLVE se aplicam a todas as operações da empresa, motivadas ou não por novos investimentos, o recorrente sustenta que a autuação não procede. Requer a realização de diligência, para esclarecer os motivos pelos quais o Conselho Deliberativo do BAHIAPLAST revogou os benefícios anteriormente concedidos à Sansuy.

Referindo-se aos investimentos realizados, o recorrente sustenta que qualquer produção ensejava a utilização dos incentivos, que as regras do DESENVOLVE não vedam a transferência de equipamentos utilizados em unidades localizadas na Região Sudeste e que os investimentos realizados estão de acordo com as regras do DESENVOLVE.

O recorrente frisa que Protocolo de Intenções não faz parte da legislação tributária e, portanto, não poderia ter sido utilizado como motivo para a autuação. Transcreve trecho da defesa, em que foi defendida a tese de que protocolo de intenções não faz parte da legislação tributária e, assim, não pode fundamentar a imposição de penalidade.

Ao finalizar seu arrazoado, o recorrente solicita que a Decisão de primeira instância seja reformada para que o Auto de Infração venha a ser julgado improcedente.

Em Parecer às fls. 1077 a 1082, a ilustre representante da PGE/PROFIS, doutora Ângeli Maria Guimarães Feitosa, procuradora do Estado, afirma que o lançamento tributário em apreço está revestido de todas as formalidades legais e que consta no Auto de Infração uma descrição detalhada da acusação imputada ao recorrente.

Destaca a ilustre procuradora que há, no entanto, um vício procedural que torna nulo o Auto de Infração, pois *“não apenas a fiscalização do cumprimento pela empresa dos compromissos assumidos ao aderir ao Desenvolve, como também o cancelamento ou a suspensão do benefício, são atos de competência exclusiva do Conselho Deliberativo do Programa, nos termos da sua legislação regulamentadora.”*

Sustenta que o cancelamento da adesão da Sansuy ao Programa do DESENVOLVE foi promovido por autoridade incompetente, já que efetuada pelos auditores fiscais responsáveis pelo lançamento tributário. Explica que, uma vez identificadas ações dissonantes das compromissadas pela empresa no Protocolo de Intenções, caberia aos auditores fiscais comunicar o fato ao Conselho Deliberativo do citado Programa, ao qual caberia fiscalizar o cumprimento pela empresa dos requisitos para a fruição do incentivo fiscal.

Ao finalizar seu Parecer, a ilustre procuradora opina pelo Provimento do Recurso Voluntário, para que se decrete a nulidade do Auto de Infração. Recomenda que o Conselho Deliberativo do DESENVOLVE apure os fatos averiguados na presente ação fiscal.

Após a emissão do Parecer relatado acima, o recorrente se pronunciou nos autos (fls. 1084 a 1092), aduzindo que tinha solicitado à Secretaria da Indústria, Comércio e Mineração do Estado da Bahia (SICM) esclarecimentos sobre a vigência e eficácia dos incentivos fiscais que lhe foram concedidos. Esse pedido de esclarecimentos (fl. 1104 a 1120) foi respondido mediante ofício expedido em 15 de junho de 2009 (fls. 1121 a 1123).

Segundo esse pedido de esclarecimentos, em síntese, foi informado que: o cancelamento do benefício do Programa BAHIAPLAST concedido à Sansuy não foi uma penalidade imposta por descumprimento de qualquer obrigação, mas sim porque os dois benefícios (BAHIAPLAST e DESENVOLVE) eram incompatíveis entre si; a dilação do prazo para pagamento do ICMS concedida à Sansuy deve ser aplicada sobre o saldo do imposto apurado; o incentivo da dilação de prazo está em vigor; o referido incentivo é aplicável à produção resultante dos investimentos realizados anteriormente; a Comissão de Acompanhamento de Empresas Incentivadas não visitou a Sansuy e, portanto, não identificou qualquer irregularidade na aplicação do incentivo.

Ao finalizar seu pronunciamento, o recorrente reitera os argumentos já expendidos e pede que o Auto de Infração seja julgado improcedente.

Ao tomar conhecimento do Parecer da PGE/PROFIS de fls. 1077 a pronunciar nos autos. Faz alusão aos esclarecimentos prestados p

sobre o Parecer da PGE/PROFIS e, ao final, reitera o pedido para que o Auto de Infração seja julgado nulo ou improcedente.

Considerando os pronunciamentos do recorrente, o processo foi encaminhado ao procurador assistente da PGE/PROFIS, doutor José Augusto Martins Junior, para conhecimento e análise.

Em Parecer às fls. 1152 a 1156, a doutora Sylvia Maria Amoêdo Cavalcante, procuradora do Estado, discorda do Parecer da doutora Ângeli Maria Guimarães Feitosa, porém ratifica a fundamentação quanto ao afastamento das arguições de nulidade do lançamento.

A ilustre procuradora ressalta que foi lícita a incorporação da Viniartefatos e que os autuantes não cancelaram o benefício do DESENVOLVE concedido à Sansuy. Afirma que a Decisão recorrida está correta, pois o recorrente não cumpriu as condições pactuadas no Protocolo de Intenções firmado com o Estado da Bahia, deixando, assim, de fazer os investimentos e de criar os empregos previstos. Diz que, desse modo, não houve para o Estado da Bahia benefício que compensasse a renúncia fiscal advinda do parcelamento do ICMS em 72 meses. Opina, ao final, pelo não provimento do Recurso Voluntário, para que seja o Auto de Infração julgado procedente, com o retorno da multa aplicada ao percentual de 100%.

Ao tomar conhecimento desse último Parecer da PGE/PROFIS, o recorrente volta a se pronunciar nos autos (fls. 1161 a 1176) e, inicialmente, questiona a existência de dois Pareceres da PGE/PROFIS, os quais opinam em sentidos opostos. Diz que não há previsão legal para a existência de revisão de Parecer emitido por procurador que esteja no exercício regular do seu cargo e que tenha atuado dentro da sua competência. Pede que o presente julgamento se fundamente apenas no primeiro Parecer.

Reitera que Protocolo de Intenção não é norma tributária. Menciona que os incentivos concedidos à Viniartefatos correspondiam a novos investimentos, mas os investimentos já realizados pela Sansuy também continuavam incentivados, de forma que eram dois os investimentos que passaram a ser incentivados pelo Estado: os novos investimentos previstos para a Viniartefatos; e, os já realizados pela Sansuy, que era beneficiária do BAHIAPLAST.

Afirma que se a aplicação do DESENVOLVE estivesse condicionada à realização de novos investimentos a partir de 2005, estaria, assim, sendo desprezados o investimento e os empregos decorrentes da implantação da unidade fabril da Sansuy. Conclui que, mesmo que a Sansuy não tivesse efetuado qualquer investimento após a incorporação da Viniartefatos, a utilização dos incentivos estaria correta, pois o Conselho concedeu os benefícios do DESENVOLVE para toda a atividade da empresa e não apenas sobre o ICMS decorrente de novos investimentos.

Sustenta que o incentivo fiscal da dilação de prazo foi suspenso ou cancelado e que a lavratura do Auto de Infração deveria estar fundamentada em dispositivo legal. Diz que a utilização do incentivo pela Sansuy foi regular e que a incorporação da Viniartefatos foi lícita e, portanto, não havia motivo para a imposição de pena à empresa ou para a caracterização de fraude. Ao final, solicita que o Auto de Infração seja julgado nulo ou, no mérito, improcedente.

O processo foi, por sorteio, distribuído a este relator, conforme fl. 1189. Considerando que a PGE/PROFIS ainda não tinha tido ciência do pronunciamento de fls. 1160 a 1188, o processo foi devolvido à Coordenação Administrativa do CONSEF para deliberação, conforme despacho à fl. 1198, em 07 de abril de 2010. Nessa mesma data, o processo foi encaminhado à doutora Sylvia Maria Amoêdo Cavalcante, procuradora do Estado.

Consta às fls. 1199 e 1200, petição do recorrente, datada de 03 de setembro de 2009, dirigida ao Secretário da Fazenda do Estado da Bahia. Nessa petição, é solicitado que o processo seja encaminhado ao Conselho Deliberativo do DESENVOLVE para a apuração dos fatos que foram denunciados pelos autuantes. Após informações da Superintendência da SAT e da DPF/GEINC, o processo foi encaminhado ao CONSEF, para análise e manifestação 1

Às fls. 1202 a 1350, foram acostados ao processo fotocópia dos pronunciamentos do recorrente, do Auto de Infração, do Acórdão Voluntário e de consulta feita à SICM.

O recorrente volta a se pronunciar nos autos às fls. 1352 a 1354, em 21/05/10. Nessa oportunidade, afirma que tinha solicitado à SICM (fls. 1360/1361) esclarecimentos sobre seu direito à fruição dos incentivos fiscais em questão e sobre a existência de fraude na concessão de incentivos. Diz que, conforme resposta prestada pela SICM (fls. 1362 e 1363), o investimento feito pela Sansuy para ingresso no BAHIAPLAST era válido também para o DESENVOLVE, não sendo necessário exigir os investimentos previstos no Protocolo de Intenções da Viniartefatos. Também afirma que, segundo a resposta dada pela SICM, não há qualquer evidência de que a Sansuy tenha cometido irregularidade ou fraude na obtenção dos incentivos fiscais. Foram acostados ao processo fotocópia de DMAs e de DAEs referentes ao período de 03/05 a 04/10 (fls. 1364 a 1523).

Em novo Parecer às fls. 1526 a 1531, a doutora Sylvia Maria Amoêdo Cavalcante, procuradora do Estado, explica que no seu Parecer anterior deixou de citar que estava substituindo o Procurador Assistente da SECON/PROFIS/PGE, o qual detinha competência revisora de Parecer contrário ao Estado, conforme nomeação contida no Decreto do Senhor Governador do Estado publicado no DOE em 01 de fevereiro de 2007, e artigo 46, inciso II, da Lei nº 8.207/2002.

Inicialmente, a procuradora reconhece a validade dos incentivos fiscais do DESENVOLVE usufruídos pela Sansuy por ocasião da incorporação da Viniartefatos. Afirma que, cotejando as DMAs e os DAEs apresentados com os valores cobrados no Auto de Infração, constata que o ICMS que está sendo cobrado é o beneficiado pela dilação de prazo e está baseado na acusação de prática de atos fraudulentos no descumprimento das cláusulas do Protocolo de Intenções firmado pelo recorrente com o Estado da Bahia. Transcreve trecho de Parecer anterior em que se posicionou pela falta de competência aos auditores fiscais para promoverem a suspensão ou o cancelamento dos benefícios do programa DESENVOLVE.

Após fazer alusão à consulta formulada à Secretaria Executiva do DESENVOLVE, a ilustre procuradora conclui que: não há imposto devido pelo recorrente que não tenha sido recolhido integral e tempestivamente; o imposto lançado é aquele referente à dilação de prazo para pagamento pelas regras do DESENVOLVE; os incentivos do DESENVOLVE foram legalmente transferidos da Viniartefatos para a Sansuy, por meio da incorporação da primeira pela segunda; não há comprovação de fraude no processo de concessão do DESENVOLVE por meio da Resolução nº 15/05, conforme foi verificado pela Secretaria Executiva desse Programa, através da sua Coordenação de Incentivos; as exigências contidas no Protocolo de Intenções firmado entre o Estado e a Sansuy, quando da concessão do DESENVOLVE, foram cumpridas desde a fruição do anterior benefício do BAHIAPLAST, as quais eram válidas para o ingresso no benefício e tornou desnecessário exigir os investimentos previstos no Protocolo de Intenções da Viniartefatos.

Ao finalizar seu Parecer, a ilustre procuradora afirma que é necessário reformular seu Parecer anterior, ultrapassa as questões da preliminar de nulidade por incompetência dos autuantes e, analisando o mérito da autuação, opina pelo Provimento do Recurso Voluntário, para julgar o Auto de Infração Improcedente.

Em petição às fls. 1534 e 1535, o doutor Edgar Silva Neto (OAB/BA 14.538) solicita o desentranhamento dos autos e a devolução do instrumento de procura de fls. 1191 a 1197, sob o argumento de que esse referido instrumento continha vício de irregularidade, uma vez que fora assinado por pessoa não detentora de poderes para a sua outorga.

Incluído o processo em pauta de julgamento, foi concedido vista ao representante da PGE/PROFIS e aos conselheiros membros desta 2^a CJF.

No dia 05/07/10, o representante da PGE/PROFIS presente à sessão de julgamento, acostou ao processo o Parecer de fls. 1538 a 1549. Por determinação do senhor Presidente da 2^a CJF, foi entregue ao patrono do recorrente fotocópia desse Parecer, tendo sido concedido ao recorrente o prazo regulamentar de dez (10) dias para pronunciamento.

Nesse Parecer de fls. 1538 a 1549, o doutor José Augusto Ma procurador assistente da PGE/PROFIS, nos termos do art. 41, II, da L

1526/1531 dos autos, que tinha concluído pelo provimento do Recurso Voluntário para declarar improcedente o Auto de Infração.

O ilustre procurador assistente salienta que às fl. 1152 e 1358 constam dois instrumentos de procuração nos autos: o primeiro, outorgando poderes específicos para representação no processo em exame; e, o segundo, com poderes gerais de representação. Dessa forma, sugere a realização de diligência ao órgão preparador do CONSEF, para que seja intimado o doutor Ivan Freire do Bonfim para que acoste aos autos instrumento de procuração devidamente atualizado, bem como para que seja o doutor Edgar Silva Neto intimado a esclarecer os motivos para alegação do suposto defeito de representação suscitado. Também sugere que o setor de preparo do CONSEF informe o motivo do hiato de laudas existente entre a numeração dos autos das fls. 1154 e fls. 1198, corrigindo-o, caso derive de um erro formal de numeração.

Quanto à matéria de fundo do presente lançamento, o ilustre procurador ressalta que o pronunciamento de fls. 1362/1363, emitido pelo Coordenador de Incentivos da Secretaria da Indústria, Comércio e Mineração do Estado da Bahia, não se presta para sedimentar o pedido de improcedência da autuação. Destaca que o suposto pagamento dos impostos pelo recorrente não constitui elemento de elisão do Auto de Infração, uma vez que o lançamento não está baseado em falta de pagamento, mas sim na falta de cumprimento das condições previstas no Protocolo de Intenções como necessárias para a habilitação no benefício fiscal.

Referindo-se à possibilidade de lavratura de Auto de Infração sem Resolução Administrativa que cancelasse o incentivo concedido ao recorrente, o Parecerista transcreve dispositivos da Lei nº 7.980/01 e do Decreto nº 8.205/02 e, em seguida, destaca que a Lei nº 7.980/01 não estabeleceu que o cancelamento do benefício seria consolidado pela edição de Resolução do Conselho Deliberativo, restando prevista esta formalidade apenas no Decreto nº 8.205/02. Frisa que o art. 9º da Lei nº 7.980/01 prevê que “implicará” cancelamento do benefício *a ocorrência de infração que se caracterize como crime contra a ordem tributária*.

O ilustre procurador discorre sobre os crimes contra a ordem tributária e a constituição do crédito tributário e, em seguida, conclui que, *por dedução lógica, não há que se falar em precedência da Resolução do Conselho Deliberativo do Desenvolve para efetivação do lançamento tributário pelo auditor fiscal do Estado da Bahia*. Aduz que o Código Tributário do Estado da Bahia confere privativamente aos auditores fiscais e, em determinadas situações aos agentes de tributos, a realização de lançamento tributário, não se podendo criar entrave a essa norma legal.

Salienta que o termo “implicará”, utilizado no art. 9º da Lei do DESENVOLVE, traduz uma ausência de discricionariedade na formatação do ato administrativo do Conselho Deliberativo do DESENVOLVE de cancelamento de benefício, após aferição de supressão ou redução de pagamento de tributos ou descumprimento dos requisitos previstos na norma instituidora do benefício fiscal devidamente investigada e depurada em Processo Administrativo Fiscal, inclusive com toda proteção ao contraditório e a ampla defesa. Menciona que, mesmo admitindo-se a necessidade de ato administrativo de cancelamento pelo Conselho Deliberativo para a supressão do benefício, não poderia ser obstado o exercício do direito de o Estado efetuar o lançamento para evitar a decadência do direito de constituição do crédito tributário.

Após tecer considerações acerca da competência para a concreção de ato administrativo, o Parecerista reitera que a constituição do crédito tributário pelo lançamento compete aos auditores fiscais e, portanto, não há como se falar em Resolução Administrativa de cancelamento de benefício como condição para realização do lançamento. Faz alusão ao Acórdão CJF Nº 0242 -12/09, que acolheu esse entendimento, e ao artigo 38 da Lei nº 7.014/6, que prevê que *quando o reconhecimento do benefício do imposto depender de condição, não sendo esta satisfeita, o imposto será considerado devido no momento em que ocorreu a operação ou prestação*.

Referindo-se ao cumprimento das condições necessárias para a f DESENVOLVE, o ilustre procurador afirma que o recorrente descumpriu previstos na legislação tributária do Estado da Bahia. Frisa que a Viniartefatos Comércio Importação e Exportação Ltda. para a San

não desnaturalou as condições estabelecidas para a fruição do incentivo pela Viniartefatos Comércio Importação e Exportação Ltda., uma vez que se tratava de benesse fiscal de “trato continuado”, ficando o recorrente, sucessor da beneficiária, adstrito aos termos obrigacionais do benefício anteriormente estabelecidos.

Sustenta que os papéis de trabalho dos anexos 04 a 07 dos autos comprovam que o recorrente nunca cumpriu os requisitos firmados na habilitação do benefício pela Viniartefatos Comércio Importação e Exportação Ltda. Destaca que a Viniartefatos nunca existiu de fato, tanto que não há qualquer comprovação dos pagamentos das máquinas e equipamentos. Frisa que a Viniartefatos, conforme atestado nos anexos 06 e 08 dos autos, nunca ofertou nenhum emprego e jamais praticou qualquer operação comercial de aquisição de insumos para produção de bens.

Afirma que a Viniartefatos Comércio Importação e Exportação Ltda. não tinha direito à fruição dos benefícios do DESENVOLVE, por descumprimento do Protocolo de Intenções firmado para habilitação no programa. Diz que o benefício do DESENVOLVE jamais poderia ser transferido ao recorrente, pois não é possível se transferir direitos que não possui. Aduz que o recorrente também descumpriu as condições impostas na referida habilitação, pois não houve criação, expansão ou modernização de parque industrial, já que sempre utilizou o seu parque industrial em todos os momentos do benefício.

Ao finalizar seu Parecer, o ilustre procurador assistente não acolhe o Parecer de fls. 1526/1531 e opina pelo não provimento do Recurso Voluntário, propugnando pela realização de diligência no sentido de esclarecer a representação processual do recorrente.

Notificado acerca desse Parecer de fls. 1538 a 1549, o recorrente se pronunciou nos autos e, referindo-se à representação processual da Sansuy S/A Indústria de Plásticos, afirma que não há qualquer defeito no instrumento de procuração, porém, por prudência, está acostando ao processo documentação que comprova a regularidade da representação da Sansuy pelo advogado Ivan Freire do Bomfim. Quanto à atuação de outro advogado no processo, afirma que a Sansuy não outorgou poderes a qualquer outro profissional e, assim, solicita que o pedido feito pelo procurador assistente da PGE/PROFIS seja atendido em apartado para não prejudicar a tramitação do presente processo administrativo fiscal.

O recorrente faz alusão aos Pareceres emitidos pela PGE/PROFIS, transcreve o disposto no art. 118 do RPAF/99 e, em seguida, afirma que não há na legislação qualquer regra que determine a revisão de Parecer emitido por procurador legalmente habilitado. Sustenta que o Parecer da lavra do procurador assistente desrespeita as regras do RPAF/99, pois ele se pronunciou em caráter conclusivo 399 dias após a emissão de o primeiro Parecer, quando o prazo estabelecido no art. 118, I, “a”, do RPAF/99, era de dez (10) dias. Dessa forma, o recorrente suscita a nulidade do Parecer apresentado pelo procurador assistente e solicita que esse Parecer seja desconsiderado no julgamento do presente processo, mantendo-se a posição do primeiro e do terceiro Parecer.

Destaca que a existência de quatro Pareceres neste processo demonstra que, além de não terem sido observadas as determinações contidas no art. 41, I e IV, da Lei Complementar 34/09, há uma falta de uniformidade no entendimento da PGE/PROFIS sobre as matérias em apreço, o que diz deixar evidente a fragilidade do Auto de Infração. Salienta que, como no próprio âmbito da representação legal do Estado há dúvidas sobre a legalidade e procedência da autuação, comprovada pela emissão de quatro Pareceres, é imperioso que o Auto de Infração seja julgado nulo ou improcedente, pois diz que há provas e argumentos para tanto.

Assevera que a consulta feita à SICM não deixa qualquer dúvida em relação à aplicação dos incentivos à capacidade de produção da Sansuy existente antes da incorporação da Viniartefatos, o que diz acarretar a improcedência da autuação. Para embasar sua assertiva, transcreve quesito respondido pela Coordenação de Incentivos da SICM. Frisa que esse entendimento foi reforçado em outro pedido de esclarecimento apresentado pelo recorrente, ¹ 2010, no qual foi afirmado que “*o investimento feito pela Sansuy é válido para ingresso no Desenvolve, não sendo necessário exigir o Protocolo de Intenções da VINIARTEFATOS.*” Salienta que estas afir-

o procurador assistente não se pronunciou, apresentam o caráter de definitividade que, no entendimento do procurador assistente, estavam supostamente ausentes.

Sustenta que as hipóteses previstas nos incisos I e II do artigo 9º da Lei nº 7.980/2001 não se encontram presentes neste processo, pois: a primeira instância decidiu pela redução da multa por entender que não houve qualquer ação fraudulenta ou dolosa que pudesse caracterizar crime contra a ordem tributária; por seu turno, a SICM declarou que a Sansuy podia regularmente utilizar os benefícios do referido Programa. Conclui que, portanto, os autores não poderiam cancelar o benefício fiscal em questão, mesmo que eles possuíssem competência para tanto.

Afirma que as únicas penalidades previstas no Regulamento do DESENVOLVE são a suspensão e o cancelamento e, conforme o segundo Parecer da PGE/PROFIS, não houve cancelamento ou suspensão de benefício. Diz que, assim, não havia fundamento legal para a lavratura do Auto de Infração. Faz alusão ao princípio da estrita legalidade e, em seguida, diz que a utilização do incentivo fiscal pela Sansuy foi regular, uma vez que se fundamentou em incentivo válido, conforme foi admitido no segundo Parecer da PGE/PROFIS.

Diz que, à luz do disposto no art. 96 do Código Tributário Nacional, protocolo de intenções não tem valor de norma tributária. Explica que a assinatura de protocolo de intenções é apenas uma fase preliminar no processo de concessão de incentivos fiscais, não ocorrendo ainda qualquer vinculação ou nascimento de direitos e obrigações, os quais só nascem com a concessão da Resolução do CD do DESENVOLVE. Frisa que a Resolução concedida a Viniartefatos não condicionou a fruição dos incentivos à geração de determinado número de empregos ou à realização de investimentos, mas apenas à produção de determinadas mercadorias. Menciona que, apenas a partir de 2007, o CD do DESENVOLVE passou a exigir a assinatura de um “contrato de obrigações mútuas e recíprocas” entre a empresa beneficiária e o Estado da Bahia, porém frisa que nem a Sansuy nem a Viniartefatos assinaram qualquer tipo de contrato de obrigações mútuas e recíprocas com o Estado da Bahia.

Menciona que os incentivos concedidos para a Viniartefatos correspondiam a novos investimentos, porém os investimentos já realizados pela Sansuy também continuavam incentivados. Enfatiza que a transferência de incentivos da Viniartefatos para a Sansuy ocorreu ao mesmo tempo em que houve a revogação do BAHIAPLAST, totalizando dois os investimentos incentivados: os novos investimentos previstos no Protocolo de Intenções com a Viniartefatos; e o empreendimento já realizado pela Sansuy e que era beneficiário do BAHIAPLAST. Aduz que se a aplicação do DESENVOLVE estivesse condicionada à realização de novos investimentos a partir de 2005, o Estado da Bahia estaria desprezando os investimentos realizados e os empregos gerados quando da implantação da Sansuy. Diz que a SICM, ao responder questionamento do recorrente, apresentou o entendimento de que o DESENVOLVE deve ser aplicado ao imposto relativo às operações decorrentes de investimentos realizados anteriormente.

Sustenta que se, por hipótese, a Sansuy não tivesse efetuado qualquer investimento após a incorporação da Viniartefatos, a utilização dos incentivos fiscais estava correta, pois o CD do DESENVOLVE concedeu os benefícios para toda a atividade da empresa e não apenas sobre o ICMS incremental decorrente de novos investimentos. Salienta que, conforme pronunciamento da SICM, não há restrição à aplicação do incentivo do DESENVOLVE à produção decorrente dos investimentos realizados pela SANSUY antes da incorporação da Viniartefatos. Diz que o Auto de Infração em tela é uma tentativa de restringir a aplicação dos incentivos do DESENVOLVE ao ICMS gerado exclusivamente em decorrência de novos investimentos.

O recorrente transcreve ementa do Acórdão CJF Nº 0351-12/08, desta 2ª Câmara, que julgou nulo item do Auto de Infração nº 207090.0005/06-0, por considerar que era da competência exclusiva do CD do DESENVOLVE a decretação da perda do direito ao incentivo fiscal que tinha sido concedido por meio de Resolução.

Ao finalizar seu arrazoado, o recorrente solicita que o Auto de Infração seja julgado nulo ou improcedente.

VOTO

Trata o presente processo de recolhimento a menos de ICMS, no valor de R\$ 19.307.799,23, em decorrência da utilização de incentivo fiscal – dilação do prazo para o pagamento do imposto relativo a operações próprias – em desacordo com a legislação do Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – DESENVOLVE, modificando, assim, as características essenciais da obrigação tributária principal.

Preliminarmente, o recorrente suscita a nulidade do Auto de Infração por considerar que faltava aos autuantes competência para fiscalizar o atendimento de compromissos assumidos em projetos do Programa DESENVOLVE.

O Programa DESENVOLVE, instituído pela Lei nº 7.980/01, trata da concessão de incentivos fiscais com o objetivo de diversificar a matriz industrial do Estado. Por versar sobre incentivos fiscais condicionados, a inobservância das condições previstas acarreta a cobrança do imposto que deixou de ser recolhido e da multa cabível, ao teor do disposto no artigo 38 c/c artigo 42, ambos da Lei nº 7.014/96. No caso em tela, os autuantes consideraram que havia inadequações no cumprimento das condições necessárias para o gozo do incentivo fiscal da dilação de prazo concedido à Viniartefatos – Comércio Importação e Exportação LTDA. e, em consequência, lavraram o Auto de Infração em epígrafe para cobrar o ICMS que deixou de ser recolhido e para impor a correspondente multa.

Ao assim agir, os auditores fiscais autuantes cumpriram o dever funcional de constituir o crédito tributário mediante o lançamento de ofício, amparados no artigo 107 da Lei nº 3956/81 (COTEB), que prevê que compete à Secretaria da Fazenda a fiscalização dos tributos estaduais, cabendo aos auditores fiscais a competência para a lavratura de Auto de Infração para a cobrança de tributos, multas e acréscimos legais. Ademais, há que se ressaltar que o crédito tributário está submetido ao prazo quinquenal de decadência, nos termos dos artigos 150, § 4º, e 173, ambos do CTN. Não se pode, portanto, dizer que os autuantes tenham extrapolado as suas funções e praticado ato para o qual não tinham a necessária competência. Afasto, assim, essa primeira preliminar de nulidade.

Suscita o recorrente a nulidade do lançamento tributário por falta de indicação do dispositivo legal infringido e por ausência de descrição clara e precisa da autuação.

Examinado as peças processuais, consta-se que, além da descrição da infração conforme o padrão do sistema de automatizado de emissão de Auto de Infração (fl. 01), os autuantes tiveram o cuidado de explicar, detalhadamente, a irregularidade apurada (fl. 02), bem como elaboraram onze anexos referentes à determinação da infração e do imposto lançado (fls. 19 a 312). Assim, ao contrário do afirmado pelo recorrente, considero que a descrição da infração foi satisfatória e permitiu o pleno exercício do direito de defesa. Observo que, no Auto de Infração, foi consignado como dispositivo infringido o artigo 1º do Decreto nº 8.205/02 (Regulamento do DESENVOLVE). Essa indicação de dispositivo regulamentar, nos termos do artigo 19 do RPAF/99, equivale à menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente, sendo que a sua indicação não é razão para a nulidade do lançamento, uma vez que a descrição dos fatos é clara e permite o exercício do direito de defesa em sua plenitude.

Ainda em preliminar, o recorrente argui a nulidade do Auto de Infração, pois considera que houve um cancelamento indevido do incentivo fiscal em questão.

Essa preliminar de nulidade aborda uma questão que melhor se enquadraria em uma análise do mérito da lide. Como o recorrente arguiu essa questão do cancelamento como uma preliminar de nulidade, assim a apreciarei. Quando entrar no mérito da lide, voltarei ao exame da questão.

Não se tem dúvida que o cancelamento de um contribuinte do Programa do DESENVOLVE é da competência exclusiva do Conselho Deliberativo desse Programa e, coerentemente, com esse posicionamento, não houve no Auto de Infração em epígrafe a menção ao cancelamento da incentivo fiscal. O que houve foi a cobrança do imposto indevidamente, não ter o recorrente, à época dos fatos, implementado as condições do incentivo fiscal que lhe fora concedido. Assim que sejam atendidas as condições para o gozo do incentivo fiscal, o recorrente poderá se beneficiar da

Resolução 35/2004. No entanto, caso o presente Auto de Infração venha a ser julgado procedente em caráter definitivo na esfera administrativa, a autoridade competente deverá representar ao Secretário da Fazenda, para que ele solicite ao CD do DESENVOLVE o cancelamento da habilitação do recorrente no referido Programa.

O recorrente argui a nulidade do lançamento em razão da existência de quatro Pareceres da PGE/PROFIS no presente processo, pois interpreta esse fato como uma insegurança na determinação da infração. Não acato essa preliminar, haja vista que esses Pareceres são apenas opinativos e não vinculam a Decisão da lide.

Suscita o recorrente a nulidade do Parecer da PGE/PROFIS de fls. 1538 a 1549, por considerar que esse Parecer carece de amparo legal e foi emitido após o prazo regulamentar. Afasto essa preliminar de nulidade, pois os Pareceres de fls. 1152/1156 e 1538/1549 foram emitidos com respaldo no art. 42, inc. II, da Lei Complementar nº 34/09, que prevê que o procurador assistente da PGE/PROFIS deverá manifestar-se em caráter conclusivo sobre Pareceres emitidos pelos procuradores lotados no Núcleo de Procuradoria, quando se tratar de questões das quais possam resultar prejuízos ao Erário estadual. Por seu turno, a data da emissão do Parecer de fls. 1538/1549 não é motivo para invalidá-lo, constituindo uma questão administrativa interna à PGE/PROFIS.

Em fase recursal, o recorrente solicitou a realização de diligência, todavia não vislumbro razão para o atendimento desse pleito, pois considero que os elementos já existentes nos autos são suficientes para a formação do convencimento dos julgadores. Dessa forma, com fulcro no art. 147, I, “a”, do RPAF/99, indefiro a solicitação de diligência.

No que tange à diligência sugerida pelo procurador assistente da PGE/PROFIS no seu Parecer de fls. 1538/1549, observo que o recorrente trouxe ao processo novo instrumento de mandado, suprindo, assim, qualquer falha que eventualmente houve quanto à outorga de poderes de representação. Em relação ao alegado equívoco na numeração do processo, não apurei a falha indicada pelo procurador e, em consequência, não acolho a sugestão do ilustre procurador. Quanto à procuração outorgando poderes de representação ao doutor Edgar Silva Neto, caberá à Coordenação Administrativa do CONSEF providenciar o seu desentranhamento e devolução do documento, conforme solicitado na petição de fls. 1534 e 1535.

Adentrando no mérito, verifico que a razão do presente lançamento tributário foi, em síntese, o não cumprimento de requisitos discriminados no Protocolo de Intenções firmado pela Viniartefatos Comércio, Importação e Exportação Ltda. com o Estado da Bahia, o que lhe impedia de usufruir o incentivo fiscal da dilação de prazo previsto no Programa DESENVOLVE concedido por meio da Resolução nº 35/2004 (fls. 1125 e 1126). Segundo os autuantes, os requisitos não cumpridos, que eles denominaram de “Inadequações Encontradas”, foram os seguintes: I - não foi efetuado o investimento de R\$ 63.000.000,00; II - não houve a edificação da fábrica projetada; III - não foram criados os 1.700 novos empregos diretos e indiretos prometidos. Dessa forma, os autuantes refizeram a apuração do imposto devido pelo recorrente, no período de março de 2005 a outubro de 2007, excluindo o incentivo fiscal da dilação do prazo para o pagamento do ICMS, conforme demonstrativo à fl. 19.

Para um melhor entendimento das questões envolvidas no presente processo, transcrevo a seguir o disposto no artigo 3º da Lei nº 7980/01, que instituiu o DESENVOLVE:

Art. 3º Os incentivos a que se refere o artigo anterior têm por finalidade estimular a instalação de novas indústrias e a expansão, a reativação ou a modernização de empreendimentos industriais já instalados, com geração de novos produtos ou processos, aperfeiçoamento das características tecnológicas e redução de custos de produtos ou processos já existentes.

§ 1º Para os efeitos deste Programa, considera-se:

I - nova indústria, a que não resulte de transferência de ativos de outro estabelecimento da mesma empresa ou de terceiros, oriundos da Região Nordeste;

II - expansão industrial, o aumento resultante de investimentos permanente (cinco por cento) na produção física em relação à produção obtida nos 12

III - reativação, a retomada de produção de estabelecimento industrial cujas atividades estejam paralisadas há mais de 12 meses;

IV - modernização, a incorporação de novos métodos e processos de produção ou inovação tecnológica dos quais resultem aumento significativo da competitividade do produto final e melhoria da relação insumo/produto ou menor impacto ambiental.

§ 2º Considera-se, também, expansão o aumento da transformação industrial que objetive ganhos de escala ou de competitividade, ou a conquista de novos mercados ou que implique em aumento real no valor da produção total do empreendimento.

Examinado a Resolução nº 35/2004 (fls. 186 e 187), constata-se, no seu artigo 1º, que o Conselho Deliberativo do Desenvolve considerou habilitado ao Programa do DESENVOLVE, o projeto de implantação da VINIARTEFATOS - COMÉRCIO, IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA., pelo que foram concedidos a essa empresa os incentivos fiscais da dilação do prazo para pagamento do ICMS e do diferimento. Posteriormente, esses incentivos foram transferidos para a Sansuy S/A Indústria de Plásticos, por meio da Resolução nº 15/2005 (fl. 196), em decorrência da incorporação da Viniartefatos pela Sansuy.

A Resolução nº 35/2004, do CD do DESENVOLVE, habilitava a Viniartefatos aos referidos incentivos fiscais em contrapartida à implantação da indústria descrita no projeto apresentado pelo recorrente e que se encontra acostado às fls. 148/176. Nesse projeto, está claro que a Viniartefatos se comprometia a implantar na Bahia uma unidade industrial que, dentre outras características representava *um investimento de aproximadamente R\$ 63 milhões, a criação de mais de setecentos empregos diretos e, pelo menos, mais mil empregos indiretos.*

Uma vez que a Viniartefatos foi incorporada pela Sansuy em 17/12/04, a empresa incorporada não chegou a implantar a unidade industrial projetada, bem como não realizou os investimentos previstos e nem criou os empregos prometidos. Por seu turno, a empresa incorporadora, a Sansuy S.A. Indústria de Plásticos, também não implantou a unidade fabril prometida e nem cumpriu os demais requisitos necessários ao gozo dos benefícios fiscais, limitando-se a dar continuidade à operação de seu parque industrial, o qual já estava montado e em pleno funcionamento.

Os anexos elaborados pelos autuantes comprovam sobejamente que não houve a implantação da unidade fabril projetada, a aplicação dos investimentos programados, a criação dos empregos prometidos, a implantação de nova tecnologia, a geração de receitas e nem a fabricação dos produtos previstos. É relevante salientar que esses requisitos necessários ao gozo do incentivo fiscal em questão estavam previstos no Projeto apresentado pelo recorrente e no Protocolo de Intenções firmado entre o recorrente e o Estado da Bahia. Não houve, portanto, benefício algum que compensasse a renúncia fiscal advinda da dilação do prazo para pagamento do imposto apurado pelo recorrente.

Quanto à validade dos Protocolos de Intenções para embasar a autuação, saliento que essa questão deve ser examinada dentro do contexto do processo de concessão de incentivos fiscais condicionados – que são verdadeiros benefícios fiscais condicionados. No caso em tela, o incentivo fiscal condicionado da dilação de prazo foi utilizado sem que as condições previstas no Protocolo de Intenções de fls. 188 a 192 tivessem sido observadas pelo recorrente, incidindo, assim, no disposto no artigo 38, da Lei 7.014/96, que prevê que “*Quando o reconhecimento do benefício do imposto depender de condição, não sendo esta satisfeita, o imposto será considerado devido no momento em que ocorreu a operação ou prestação*”. Desse modo, não acolho o argumento recursal de que os Protocolos de Intenções não fazem parte da legislação tributária e, portanto, não poderiam ser utilizados como motivo para a autuação.

No que tange às respostas dadas pela SICM aos pedidos de esclarecimentos de fls. 1121/1123 e 1362/1363, comungando com posicionamento defendido pelo procurador assistente da PGE/PROFIS, considero que essas respostas não são conclusivas, não refletem obrigatoriamente o entendimento do Conselho Deliberativo do Programa DESENVOLVI capazes de modificar a Decisão recorrida.

Quanto aos investimentos feitos pela Sansuy antes da incorporação esses investimentos não se confundem com os descritos no Proj

Resolução nº 35/2004 (fls. 186/187) e que tinha sido apresentado pelo Viniartefatos (fls. 148/176). Assim, afasto a tese recursal de que a Sansuy fazia jus ao incentivo em questão, mesmo que a Viniartefatos não tivesse efetuado os investimentos previstos. Nas Resoluções 35/2004 e 15/2005 não há qualquer evidência de que o Conselho Deliberativo tenha concedido os incentivos fiscais do DESENVOLVE para toda a atividade da empresa, bem como não há qualquer afirmação de que os investimentos feitos pela Sansuy para ingresso no BAHIAPLAST eram válidos para ingresso no DESENVOLVE, especialmente quando se observa que a Viniartefatos tinha sido habilitada em um projeto de implantação.

A Decisão exarada no Acórdão CJF Nº 0351-12/08, cujo voto vencedor foi da minha lavra, não serve como paradigma para o presente caso, senão vejamos. Apesar de versar sobre o Programa DESENVOLVE, o Auto de Infração a que se referia esse Acórdão tratava de uma situação fática em que o autuante cancelou o incentivo fiscal que tinha sido concedido mediante uma Resolução do CD do Programa DESENVOLVE. Já no Auto de Infração em epígrafe, conforme já me pronunciei neste voto, não houve qualquer cancelamento de incentivo fiscal. Dessa forma, não vislumbro como se aplicar ao caso em tela o mesmo entendimento contido no Acórdão CJF Nº 0351-12/08, conforme pleiteia o recorrente.

Pelo acima exposto e, em conformidade com o Parecer exarado pelo ilustre procurador assistente da PGE/PROFIS às fls. 1538/1549, considero que os argumentos e provas trazidos pelo recorrente não são capazes de modificar a Decisão recorrida.

Voto, portanto, pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para manter inalterada a Decisão recorrida, a qual não carece de qualquer retificação.

VOTO DIVERGENTE

Peço vênia para discordar do nobre Conselheiro Relator em relação à nulidade suscitada pelo sujeito passivo, atinente à incompetência do autuante (auditor fiscal) de lavrar o presente Auto de Infração, tendo em vista que se trata de atribuição exclusiva ao Conselho do Desenvolve para este mister.

É de corriqueira sabença que, para uma empresa usufruir dos benefícios fiscais previstos no programa do DESENVOLVE, é necessário formular requerimento à Secretaria da Fazenda, a fim de que este órgão, juntamente com o **Conselho Deliberativo do DESENVOLVE** analise se a requerente preenche os requisitos do Programa, concedendo, ou não, o benefício colimado, e após a realização de análise criteriosa.

In casu, constata-se que o Estado da Bahia, através de órgão competente, após analisar o requerimento formulado pelo autuado, concedeu o referido benefício fiscal através de Resolução própria, jungida aos fólios processuais.

Evidencia-se, pois, que se a **habilitação** da empresa ao programa do Desenvolve é respaldada através de Decisão do Conselho Deliberativo do Programa do Desenvolve, mediante ato administrativo formal, também é **exclusivamente este** o órgão competente para afirmar se a empresa preenche ou não os requisitos do Programa, especialmente porque os argumentos utilizados pelo autuante para justificar a lavratura do Auto de Infração são de cunho eminentemente técnico, necessitando, por óbvio, de prévia análise por parte do Conselho Deliberativo do Desenvolve, o que não tinha acontecido.

Daí porque, ao contrário do quanto realizado pelo autuante, constatando-se o descumprimento de alguma norma do programa de benefício fiscal, caberia ao mesmo comunicar ao Conselho Deliberativo do Programa do Desenvolve, a fim de que este órgão pudesse analisar os argumentos apresentados, respeitando-se, inclusive, o princípio do contrário e da ampla defesa em favor do autuado.

Essa é a dicção do §1º, do art. 19 do Decreto Estadual nº 8.205/2002, c

Art. 19 – A empresa habilitada aos incentivos do DESENVOLVE terá o circunstâncias:

(...)

§1º - O cancelamento a que se reporta este artigo dar-se-a por Resolução do Conselho Deliberativo com fundamento em Parecer da Secretaria Executiva.

Desta forma, pode-se concluir que o órgão competente para afirmar se o recorrente preencheu, ou não, os requisitos do programa do DESENVOLVE e efetivar a exigência do imposto é o Conselho Deliberativo do programa, valendo mais uma vez relembrar, que, caso o fiscal autuante constatasse que o sujeito passivo não estava preenchendo as exigências do programa, deveria elaborar um relatório circunstanciado, indicando todas as provas do quanto alegado e entregar ao referido Conselho, a fim de que este último pudesse tomar as demais providências cabíveis.

Destarte, acolho a preliminar de incompetência do autuante em lavrar o presente Auto de Infração, tendo em vista que o procedimento fiscal, na forma em que foi efetivado, violou frontalmente o quanto disposto no programa do DESENVOLVE, bem como nos princípios norteadores do processo administrativo.

Vencido quanto à preliminar de incompetência supra assinalada e compelido, à luz do parágrafo único do art. 154 do RPAF/BA, a enfrentar o *meritum causae* do Recurso Voluntário apresentado, saliento que, no caso vertente, aquela preliminar se confunde com a análise do próprio mérito.

Isso porque, entendendo que o autuante é absolutamente incompetente para praticar ato jurídico, cuja competência é exclusiva do Conselho do Desenvolve, resta evidenciado que a lavratura do Auto de Infração se constitui em ato jurídico, à luz do quanto apregoados na doutrina e jurisprudência pátrias, INEXISTENTE, ou seja, ato que não produz qualquer efeito jurídico.

Ora, se o ato mencionado foi tido como **inexistente**, salta aos olhos que não poderia se cogitar de análise do mérito da *vexata quaestio*, ante a sua manifesta impossibilidade!

Todavia, em respeito às normas regimentais, tecidas essas considerações prefaciais, passo ao exame do mérito.

Também aqui entendo que merece guarida o pleito recursal, invocando, para tanto, as razões externadas no terceiro opinativo exarado pela Douta PGE/PROFIS, através da Dra. Sylvia Maria Amoêdo (fls. 1.526 a 1.531).

Inocorreu, no meu entendimento, qualquer prática de violação fraudulenta das cláusulas constantes do protocolo de intenções pactuado entre o recorrente e o Estado.

O recorrente colacionou aos fólios processuais nova consulta formulada à Secretaria Executiva do DESENVOLVE em 20/04/10, respondida em 19/05/10 pelo Coordenador de Incentivos da SEICM, através do qual foram prestados os seguintes esclarecimentos:

- a) como já é de conhecimento notório, o recorrente era detentor do programa de benefício intitulado BAHIAPLAST, através da resolução nº 16/2002, o qual foi cancelado em 12/03/2005, através da Resolução nº 02/2005; nesse mesmo dia, o recorrente foi habilitado no DESENVOLVE pela Resolução nº 15/2005, através da transferência dos benefícios concedidos à empresa VINIARTEFATOS, convindo ressaltar que tal transferência foi aprovada, inclusive, mediante Parecer emitido pela SEFAZ;
- b) afirma o aludido Coordenador, também, que quando assumiu em 2007 não encontrou nenhum indício de que o recorrente tivesse cometido qualquer ato que justificasse o cancelamento da Resolução e, consequentemente, do benefício concedido.

Após tais esclarecimentos, assevera o Coordenador da Secretaria de Indústria e Comércio que **não tem elementos para afirmar se em algum momento houve fraude ou não no processo de concessão de incentivos e que nem encontrou evidências de qualquer ato irregular!**

Ora, deflui-se da assertiva do órgão técnico executivo do Programa DESENVOLVE que o recorrente se apresenta absolutamente regular no que concerne referido Programa.

Mas não é só. Restou igualmente esclarecido que o Conselho entendeu que o investimento feito pelo recorrente para ingresso no

ingresso no DESENVOLVE, não sendo necessário exigir os investimentos previstos no Protocolo de Intenções da VINIARTEFATOS!

Assim é que, pode-se concluir, no mérito, que:

- a) não há imposto devido pelo recorrente que não tenha sido recolhido integral e tempestivamente;
- b) o imposto lançado no presente Auto de Infração é aquele a que o recorrente faz jus à dilação de prazo para pagamento, pelas regras do DESENVOLVE;
- c) o benefício do DESENVOLVE foi regular e legalmente transferido da VINIARTEFATOS para a SANSUY, através da incorporação da primeira pela segunda;
- d) inexiste, nos cadernos processuais, qualquer comprovação de fraude após verificação efetuada pela Secretaria Executiva do DESENVOLVE, através da Coordenação de Incentivos, no processo de concessão do DESENVOLVE através da Resolução nº 15/2005;
- e) as exigências contidas no Protocolo de Intenções firmado entre o Estado da Bahia e o recorrente, quando da concessão do DESENVOLVE, foram cumpridas desde a fruição do anterior benefício do BAHIAPLAST, as quais foram consideradas válidas para ingresso no benefício e trouxeram desnecessário exigir os investimentos previstos no Protocolo de Intenções da VINIARTEFATOS.

Ex positis, com espeque, repita-se, no Parecer exarado pela PGE/PROFIS às fls. 1.526 a 1.531, no mérito, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário para julgar improcedente o presente Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria, com voto de qualidade do presidente, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 299314.0002/07-1, lavrado contra **SANSUY S/A. - INDÚSTRIA DE PLÁSTICOS**, devendo ser intimado o recorrente 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 nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

VOTO VENCEDOR: Conselheiros (as): Mônica Maria Roters, Álvaro Barreto Vieira e Carlos Fábio Cabral Ferreira.

VOTO DIVERGENTE: Conselheiro: Nelson Antonio Daiha Filho, José Antonio Marques Ribeiro e Carlos Henrique Jorge Gantois.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de julho de 2010.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – RELATOR

NELSON ANTONIO DAIHA FILHO – VOTO DIVERGENTE

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS