

AI. Nº - 299314.0100/11-1
AUTUADO - SANSUY S/A INDÚSTRIA DE PLÁSTICOS
AUTUANTES - SERGIO BORGES SILVA e CRIZANTO JOSÉ BICALHO
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
INTERNET 10.02.2012

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0026-05/12

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 nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 13/06/2011, exige o valor de R\$ 1.331.287,69, em razão do cometimento da seguinte infração: “*Recolhimento a menos de ICMS 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, nos meses novembro e dezembro de 2007, sendo lançado o valor de R\$ 1.331.287,69, mais multa de 100%*”.

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 Resolução 02/2005 revogou a habilitação do BAHIAPLAST, da qual era beneficiária e na mesma data expediu a Resolução 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” pela ação fiscal que:

- 1) A Viniartefatos firmou protocolo de intenções em 06/08/04 com o Estado da Bahia (Anexo 7), se comprometendo a aplicar investimento de 63 milhões, criação de setecentos empregos diretos e mais de mil empregos indiretos, 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 Viniartefatos por parte da Sansuy, voltando ao ativo permanente da segunda;

- 3) A Viniartefatos não adquiriu insumos, não produziu, não constituiu estoques, não imprimiu documentos fiscais, e utilizaria a mesma tecnologia empregada pela Sansuy;
- 4) A Sansuy cedeu terreno para implantação da Viniartefatos, que 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 Viniartefatos, nem a Sansuy que a incorporou, cumpriram em completo o que foi pactuado com o Estado da Bahia.

O Autuado apresenta defesa, às fls. 307 a 349, e transcreve os termos da infração. Diz que os Autuantes apresentaram histórico sobre a evolução dos incentivos fiscais concedidos às empresas Sansuy S/A Indústria de Plásticos e Viniartefatos Comércio Importação e Exportação, com destaque para a incorporação da segunda empresa pela primeira e a transferência dos incentivos através da Resolução Nº 15/2005 do Conselho Deliberativo do Desenvolve. Para fundamentar a autuação apresentaram o que consideram “Inadequações Encontradas” onde concluíram que as intenções previstas em protocolo “... não foram atendidas pela Viniartefatos nem pela Sansuy, que a incorporou, pois, manteve seu parque fabril original. Assim, ficaram prejudicados os objetivos originais que deram causa ao Protocolo de Intenções, dentro do espírito do Programa DESENVOLVE”.

Ao relatar os Incentivos Fiscais concedidos para seus Projetos diz que o primeiro pleito apresentado pela Sansuy S/A Indústria de Plásticos para a obtenção de incentivos fiscais referia-se ao financiamento com recursos do PROIND, conforme pleito e projeto encaminhado ao Secretário de Indústria, Comércio e Mineração, em 26 de maio de 1997, indicado no anexo II. O financiamento solicitado foi aprovado, conforme Resolução Nº 23/97, no âmbito do PROBAHIA.

Afirma que em 28 de setembro de 1998 a Sansuy encaminhou à Secretaria de Indústria, Comércio e Mineração requerimento apresentando renúncia aos benefícios do PROBAHIA e solicitando os incentivos previstos no Programa BAHIAPLAST, aprovado através da Resolução Nº 16/2002 do Conselho Deliberativo do Programa.

Diz que em 2004 foi publicada a Resolução Nº 35/2004 do Conselho Deliberativo do DESENVOLVE que habilitou o projeto da Viniartefatos aos incentivos do programa. Posteriormente, a Sansuy S/A Indústria de Plásticos apresentou consulta à Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia - SEFAZ, através do Processo nº 16178820049, conforme anexo III, no qual a empresa questionou se, em função de incorporação, teria o direito de usufruir dos incentivos concedidos à Viniartefatos através da Resolução Nº 35/2004. A resposta da SEFAZ foi afirmativa, conforme parecer 7915/2004 (anexo IV), indicando que deveria ser editada nova resolução.

Frisa que encaminhou à Secretaria Executiva do Programa Desenvolve o pedido de transferência dos benefícios da Viniartefatos, conforme cópia de processo que consta na Secretaria de Indústria, Comércio e Mineração, e a transferência dos benefícios atendeu plenamente às regras do Regulamento do DESENVOLVE, aprovado pelo Decreto Nº 8.205/02, no que se refere à comunicação de alterações em projetos aprovados pelo Conselho, nos termos do art. 21 que reproduz.

Alega que no Diário Oficial de 12 de março de 2005 foram publicadas duas resoluções referentes aos projetos das empresas: i) a Resolução Nº 15/2005 do Conselho Deliberativo do DESENVOLVE que transferiu os benefícios concedidos à VINIARTEFATOS para a SANSUY S/A INDÚSTRIA DE PLÁSTICOS; ii) a Resolução Nº 02/2005 do Conselho Deliberativo do BAHIAPLAST, que revogou a habilitação da Sansuy aos benefícios deste programa.

Salienta que a revogação dos benefícios do BAHIAPLAST ocorreu em consequência da transferência de incentivos do DESENVOLVE. Sobre o Programa Bahiaplast diz que foi criado pela Lei Nº 7.351/98 e regulamentado pelo Decreto Nº 7.439/98, traçando considerações sobre o

programa. Afirma que os incentivos podiam ser concedidos tanto para novos empreendimentos como para empresas já instaladas na Bahia. Diz que a Sansuy obteve este incentivo em 30 de outubro de 2002, momento a partir do qual teve o direito de adquirir insumos com diferimento e a lançar na sua contabilidade crédito presumido proporcional ao imposto incidente nas saídas de seus produtos, tendo como termo final para a utilização dos incentivos o dia 31 de dezembro de 2007.

Salienta que a resolução não apresentou qualquer restrição de quantidades ou valores sobre os quais deveriam ser aplicados e calculados os créditos presumidos, ocorrendo tais lançamentos até fevereiro/2005. Após esse mês a empresa encerrou o lançamento de crédito presumido e passou a fazer uso da dilação de prazo do DESENVOLVE, benefício que está sendo objeto de autuação no presente Auto de Infração.

Entende que pelo exposto fica evidente que a empresa Sansuy tinha o direito a fruir dos incentivos do BAHIAPLAST sobre toda a sua produção até o final de 2007, prazo previsto como termo final do programa. A fruição destes benefícios só foi suspensa com o advento da Resolução N° 02/2005 do Conselho Deliberativo do BAHIAPLAST, que revogou a habilitação da Sansuy aos benefícios deste programa.

Volta a salientar que a revogação dos direitos à fruição dos benefícios do BAHIAPLAST só ocorreu em 12 de março de 2005, data em que também foram transferidos para a Sansuy os incentivos do DESENVOLVE pertencentes à Viniartefatos. O Regulamento do BAHIAPLAST, aprovado pelo Decreto N° 7.439/98, indica as hipóteses nas quais o incentivo pode ser cassado, reproduzindo os Incisos I e II do Art. 13 que entende reforçar seus argumentos.

Assevera que durante todo o período de vigência do BAHIAPLAST a Sansuy não cometeu qualquer infração relativa às regras e condições estabelecidas pelo programa, razão pela qual não houve cancelamento dos benefícios, ocorrendo de fato, a transferência do incentivo do DESENVOLVE, em função da incorporação do incentivo da Viniartefatos, e para evitar a existência de dois incentivos diferentes para a mesma empresa o primeiro foi revogado. O segundo (DESENVOLVE) passou então 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.

Traça considerações a respeito do Programa DESENVOLVE. Aduz que os incentivos fiscais inseridos no DESENVOLVE foram concedidos à Viniartefatos pela Resolução N° 35/2004 do Conselho Deliberativo, e depois transferidos para a Sansuy através da Resolução N° 15/2005.

Diz que de acordo com os Autuantes, a Sansuy não teria direito a utilizar os benefícios do DESENVOLVE, porque não cumprira o acordado em protocolo de intenções, ou seja, a realização de novos investimentos e a geração de novos empregos. Como o valor do imposto cobrado no Auto de Infração incidiu sobre todo o valor da dilação, afirma que no entendimento dos Autuantes todo o investimento realizado pela Sansuy antes da transferência dos incentivos da Viniartefatos não poderiam ser beneficiados, mas apenas os executados após 12 de março de 2005, ou seja, somente a produção resultante de novos investimentos poderia ser beneficiada.

Assevera que a legislação estadual estabeleceu regra clara para os casos de novos investimentos em uma unidade produtiva já existente. O § 4º do art. 3º do Regulamento do DESENVOLVE, aprovado pelo Decreto N° 8.205/02, que transcreve, determina que no caso de empreendimentos já instalados, o incentivo da dilação de prazo só poderá ser aplicado sobre a arrecadação que exceder a um determinado piso. Diz ser este o entendimento do Conselho no caso de concessão de benefícios a projetos já existentes.

Para reforçar seus argumentos cita incentivos concedidos a outras empresas pelo estado da Bahia como a Barry Callebaut Brasil S/A através da Resolução N° 061/2003, que transcreve.

Assegura que o Art. 14 do Regulamento do DESENVOLVE reforça a orientação de que toda e qualquer limitação à aplicação dos benefícios deve ser indicada na legislação e que a gradação

dos “benefícios atribuídos” exigida pelo dispositivo regulamentar citado é feita pelo Conselho Deliberativo através da determinação da classe de fruição e da fixação de um piso sobre o qual não podem ser aplicados os incentivos.

Frisa que na resolução de concessão do DESENVOLVE para a Sansuy, a gradação dos “benefícios atribuídos” foi feita considerando o enquadramento do projeto na classe I e a não fixação de piso, indicando que a dilação de prazo deve incidir sobre todo o valor do ICMS apurado. Afirma que se não tivesse sido esta a intenção do Conselho Deliberativo duas questões se apresentariam: 1 – Qual a razão para o cancelamento dos incentivos do BAHIAPLAST concedidos aos investimentos efetuados pela Sansuy no período anterior a 2005? 2 – O incentivo do DESENVOLVE transferido da Viniartefatos para a Sansuy deveria ser aplicado sobre que parcela do imposto apurado?

Conclui que a única resposta possível para a questão 1 está inserida na legislação do DESENVOLVE, no Art. 10, inciso IV do Regulamento do Desenvolve que veda a habilitação de empresas que sejam beneficiárias de outro incentivo.

Afirma que os já citados art. 3º, § 4º e art. 14 do Regulamento do Desenvolve fundamentam a resposta à segunda questão apresentada. A empresa beneficiada não tem qualquer liberdade para determinar o montante do saldo apurado sobre o qual incidirá o incentivo, pois esta é uma atribuição do Conselho, que no caso de empreendimentos existentes deve explicitar na resolução qualquer limitação, ou seja, deve determinar o piso.

Discorre sobre a concessão de incentivos do Programa Desenvolve para outras empresas que no seu entendimento apresentam procedimento similar ao do autuado, nos diversos programas de atração de investimento e fomento da atividade industrial do Estado da Bahia, principalmente do Conselho Deliberativo do DESENVOLVE. Diz que nos termos do art. 100 do CTN, que reproduz, as práticas das autoridades administrativas são normas complementares do direito tributário.

Assevera que o fato de os incentivos concedidos à Viniartefatos ter sido transferido para a Sansuy nas mesmas condições e com a aplicação dos mesmos procedimentos utilizados por outras empresas em situação semelhante, indica que os procedimentos adotados pela Sansuy fazem parte das normas tributárias e por isso devem ter a sua eficácia garantida.

Cita outros casos que entende semelhante ao da Impugnante como da empresa COBAFI – Companhia Bahiana de Fibras. Entende que os procedimentos adotados para a Sansuy se assemelham aos dos aplicados para a COBAFI, pois nos dois casos os incentivos do BAHIAPLAST foram cancelados e substituídos por outros, sem qualquer restrição.

Cita e transcreve outros incentivos do BAHIAPLAST transferidos para outro Programa com efeitos apenas sobre a produção incremental que entende análogos ao da Sansuy, como o da empresa IBR Indústria Brasileira de Resinas Ltda. Vê semelhança também no procedimento adotado para a empresa REICHHOLD dizendo indicar que as regras da segunda resolução só devem ser aplicadas sobre a produção incremental representada pelo piso.

Nesta linha, cita a transferência de incentivo em função de incorporação que em 19 de outubro de 2004 o Conselho Deliberativo do PROBAHIA concedeu à empresa DUSA - Dupont Sabanci Brasil S/A, com direito a incentivos de crédito presumido e diferimento previstos no Decreto Nº 6.734/97, conforme Resolução Nº 20/2004. A empresa foi posteriormente incorporada pela COBAFI e em 02 de fevereiro de 2006 foi publicada a Resolução Nº 07/2006, que, dentre outras providências, transferiu os benefícios da DUSA para a COBAFI, conforme art. 1º que transcreve.

Cita e transcreve o Art. 1º do Decreto 8.205/02, tomado como fundamento pelos Autuantes para lavrar o Auto de Infração. Argumenta que no entendimento do Fisco a empresa desobedeceu aos objetivos do programa, apesar de, conforme já visto anteriormente, esta análise e decisão não ser de competência dos Auditores e sim do Conselho Deliberativo do Programa. No entanto, a presunção feita pela fiscalização não é verdadeira, pois a empresa realizou diversos investimentos a partir de 2005.

Relaciona exemplos de gastos em ativo imobilizado, fl. 324, para ampliar e diversificar a produção da empresa que entende comprovar sua tese de que realiza investimentos. Afirma que além dos novos investimentos efetuados pela Sansuy na Bahia, diversos equipamentos foram transferidos das unidades fabris do Estado de São Paulo para a unidade de Camaçari, conforme descreve à fl. 325. Observa que os investimentos têm sido contínuos, apesar de a empresa estar em processo de recuperação judicial.

Assevera que está evidenciado que a Sansuy vem realizando investimentos para aumentar a transformação industrial, aumentar a sua competitividade e ganhar novos mercados, principalmente de produtos com maior valor agregado e que todos os investimentos apresentados indicam que houve a expansão da unidade, nos termos do que determina os parágrafos 1º e 2º do art. 1º do Regulamento do Desenvolve, aprovado pelo Decreto Nº 8.205/2002.

Conclui que, ao contrário do afirmou os Autuantes, os objetivos originais do Programa não foram prejudicados e o dispositivo indicado no Auto de Infração (art. 1º do Decreto Nº 8.205/02) não foi descumprido, não havendo razão para a manutenção da infração contestada na presente impugnação.

Ressalva que, mesmo que a Sansuy não tivesse efetuado qualquer investimento após a incorporação da Viniartefatos a utilização dos incentivos foi correta, 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.

Aduz que no curso do procedimento fiscal os ilustres auditores entenderam que a empresa não poderia utilizar os benefícios a que teria direito, significando o cancelamento dos benefícios concedidos pelo Conselho Deliberativo, pois desconsideraram os lançamentos na sua totalidade. Afirma que com base no art. 41 e 48 da Lei Nº 7.014/96 que determinam quais são as penalidades que podem ser aplicadas pela infração à legislação do ICMS, fica patente que os Auditores não têm liberdade para cancelar qualquer tipo de benefício ou incentivo fiscal. Reitera que tal prerrogativa é do Conselho Deliberativo, órgão de orientação e deliberação superior do DESENVOLVE, com fundamento em parecer da Secretaria Executiva.

Afirma que no caso em questão não houve qualquer pronunciamento do Conselho ou da Secretaria Executiva do Programa no sentido de cancelar ou restringir a utilização dos incentivos concedidos, razão pela qual não pode prosperar a intenção dos Autuantes em cancelar os benefícios que foram regularmente concedidos, e que até o momento da fiscalização não foram objeto de questionamento ou dúvida pela autoridade competente, o Conselho Deliberativo.

Registra que em processo administrativo anterior, nº 299314.0002/07-1, que trata da mesma infração fiscal do presente auto, a Procuradoria Fiscal da Procuradoria Geral do Estado (PGE/PROFIS) emitiu, em 1º de junho de 2009 (Anexo VI), parecer apresentando o entendimento de que uma vez promovida por autoridade incompetente, a desvinculação ao Desenvolve da empresa Sansuy configura ato nulo, logo, o lançamento vertente, porquanto pautado no cancelamento supracitado, voltando-se para a cobrança do ICMS devido pela apontada pessoa jurídica, sem os incentivos fiscais, durante todo o período em que esteve vinculada ao Desenvolve, também se evidencia inquinado de nulidade insanável.

Repisa que a autuação ocorreu em função do suposto descumprimento das cláusulas do Protocolo de Intenções firmado entre a Viniartefatos e o Estado da Bahia e que a própria denominação do documento indica apenas intenções. A cláusula primeira determina que *“constitui objeto do presente Protocolo a formalização da intenção de seus signatários, no sentido de viabilizar a instalação de indústria no Estado da Bahia, mediante ações reciprocamente condicionadas”*.

Assevera que o protocolo de intenções não é legislação tributária e não pode fundamentar a imposição de qualquer penalidade. De acordo com o art. 96 do Código Tributário Nacional, consideram-se legislação tributária apenas as leis, os tratados e convenções internacionais, os

decretos e as normas complementares indicadas no art. 100 do CTN. Salienta que não pode a atividade fiscalizadora fundamentar-se única e exclusivamente em um documento não normativo, que apenas indica intenções das partes. Afirma que o procedimento fiscal ora discutido também está em desacordo com o art. 142 do CTN e seu parágrafo único que reproduz.

Cita os ensinamentos do Prof. José Jayme de Macedo Oliveira, sobre o lançamento fiscal ser ato administrativo e atividade vinculada e obrigatória.

Aduz que atualmente o Conselho Deliberativo do DESENVOLVE tem adotado uma posição diferente, pois passou a exigir a assinatura de um “*contrato de obrigações mútuas e recíprocas*” entre a empresa beneficiária do programa e o Estado da Bahia, conforme exemplo que transcreve sobre a Resolução nº 21/2007 que habilita a empresa Poly Embalagens Ltda aos benefícios do DESENVOLVE.

Afirma que nesta nova sistemática ao exigir um contrato e não um protocolo de intenções, o Estado explicita o entendimento de que com a assinatura do protocolo de intenções não nasce qualquer obrigação entre as partes.

Transcreve o art. 42, inciso IV, alínea “j” da lei Nº 7.014/96 para afirmar que pela descrição da multa aplicada houve no entendimento dos autuantes “ação ou omissão fraudulenta” por parte da impugnante. O texto da penalidade cominada também indica que a suposta fraude cometida pela empresa não está especificada expressamente na Lei Nº 7.014/96. Ressalva que se a ação ou omissão fraudulenta não está especificada na lei, os Autuantes teriam que descrever detalhadamente a ação ou omissão, o que não foi feito no Auto de Infração. Em nenhum trecho da descrição da infração foram utilizadas as expressões “fraude” ou “fraudulenta”, ou seja, não há uma relação clara e precisa entre o enquadramento da multa e a descrição da infração cometida.

Cita os artigos 18 e 39 do RPAF/BA para arguir a nulidade do Auto de Infração e transcreve as decisões contidas nos Acórdãos CJF 0865/99 e 1064/99, fls. 336/337, relativo à divergência entre o enquadramento da multa e a descrição da infração cometida, processos julgados nulos por contrariar o art. 39 do RPAF/BA.

Cita texto do professor Roque Antonio Carrazza, pertinente ao princípio da legalidade, previsto no art. 5º da Constituição Federal, consagrado no art. 97, V do CTN, dispondo que as sanções aplicáveis face à violação da legislação tributária requer expressa previsão em lei. Afirma 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) de que em se tratando de irregularidade flagrante cometida pela autoridade administrativa contida em 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, decretando a nulidade da autuação.

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. 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.

Declara que a Sansuy protocolou na Secretaria da Indústria, Comércio e Mineração do Estado da Bahia (SICM) pedido de esclarecimentos sobre a vigência e eficácia dos incentivos fiscais que foram concedidos à empresa, conforme ofício em anexo (anexo IX). A apresentação dos esclarecimentos por parte desse órgão foi efetuada através de ofício. Relata as respostas dadas, fls. 341/347, sobre as questões que foram apresentadas pela Sansuy e que corroboram com os principais argumentos apresentados na defesa. Finaliza enumerando as seguintes considerações:

i) não há elementos que determinem com segurança a infração cometida pelo autuado; ii) falta de indicação de dispositivo legal que fundamente a autuação e a infração cometida; iii) o Auto de Infração fundamenta-se em ato praticado por autoridade incompetente.

Por esta razão, pede aos Ilustres Julgadores que conheçam o mérito do presente processo, para resolver as questões suscitadas, e julguem o Auto de Infração improcedente pelos fatos e argumentos da impugnação que enumera:

- O pedido de transferência dos incentivos da Viniartefatos para a Sansuy seguiu a orientação da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia apresentada em resposta a consulta formulada pela impugnante;
- A transferência dos incentivos foi efetuada na mesma data da revogação dos benefícios do BAHIAPLAST originalmente concedidos para a Sansuy, indicando que a intenção do Conselho foi autorizar a aplicação do DESENVOLVE sobre todo o ICMS apurado pela impugnante, seja ele decorrente de investimentos já realizados ou a realizar. Se não fosse esse o entendimento, não haveria qualquer razão ou motivo para a revogação;
- A resolução que transferiu os incentivos não impôs qualquer limite à aplicação da dilação de prazo autorizada pelo DESENVOLVE, nem mesmo um piso mínimo de arrecadação, como ocorre normalmente nos casos de concessão de benefícios para investimentos existentes;
- Está comprovado que impugnante não descumpriu o art.1º do Decreto Nº 8.205/02, dispositivo no qual os autuantes enquadraram a infração;
- Após a transferência dos benefícios já foram realizados novos investimentos na unidade fabril da Sansuy na Bahia, investimentos estes que se enquadram como ampliação, nos termos da legislação do DESENVOLVE;
- O cancelamento do incentivo do BAHIAPLAST concedido à Sansuy não ocorreu em consequência de qualquer conduta contrária à legislação do programa ou do tributo (ICMS);
- A autuação baseou-se em Protocolo de Intenções que não é norma tributária, razão pela qual não impõe qualquer obrigação às partes, conforme entendimento do próprio Estado, que atualmente exige nas resoluções a assinatura de um contrato de obrigações mútuas e recíprocas e outras avenças;
- A graduação dos benefícios do DESENVOLVE foi determinada na resolução: o enquadramento na classe I sem qualquer piso que limite a aplicação do incentivo. Estes critérios estabelecidos na resolução foram atendidos pela impugnante;
- O procedimento adotado para a transferência do incentivo do DESENVOLVE e revogação do BAHIAPLAST está em conformidade com as práticas reiteradas do Conselho, que foram aplicadas em casos semelhantes envolvendo outras empresas;
- A competência para cancelar benefícios é exclusiva do Conselho Deliberativo do programa, razão pela qual os autuantes não poderiam ter desconsiderado totalmente a resolução do DESENVOLVE.

Assevera que, apenas por prudência, pois entende que o Auto de Infração é improcedente, a impugnante requer a redução da multa de 100% imposta no Auto de Infração, pois não foi provado no Processo Administrativo Fiscal o cometimento de qualquer ato tipificado como fraude.

A Informação Fiscal, apresentada às fls.458 a 495, relata as alegações do autuado, contestando-as nos seguintes termos:

O Contribuinte, às fls. 307 a 308, copia o texto referente a citada infração, contudo se cala a respeito do exposto sob o título de “Inadequações Encontradas” que correspondem apenas, a um resumo dos documentos acostados ao PAF e que fundamentaram a autuação.

Afirmam ser este esclarecimento importante, pois, o contribuinte preferiu não aproveitar a oportunidade para explicar os fatos descritos no texto que chamaram de "Inadequações Encontradas", fatos estes comprovados com cópias de documentos anexados ao PAF, demonstrando efetivamente por que ficaram prejudicados os objetivos originais manifestados pelo Contribuinte Sansuy S/A Indústria de Plásticos em relação ao Programa DESENVOLVE.

Passaram então a rebater os argumentos defensivos apresentados pelo impugnante:

- 1) Infração - não contestou as inadequações descritas na autuação;
- 2) Incentivo fiscal - 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 impugnante 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 têm correlação com o presente caso;
- 5) Investimentos – dizem que o defendant apresenta duas tabelas na tentativa de demonstrar eventuais investimentos procedidos pela empresa sem qualquer comprovação documental. Lembram que tais investimentos citados na defesa, reportando-se ao período de 2005 a 2007, já foram objeto de análise no PAF referente ao Auto de Infração 299314.0002/07-1. Naquele lançamento fiscal os procuradores do Estado e os membros do CONSEF, tanto da Junta como da Câmara de Julgamento Fiscal, concluíram que o autuado não comprovou a aplicação destes investimentos.

Dizem ser relevante destacar que o contribuinte não anexa qualquer documento que comprove investimentos realizados pela empresa autuado, pois, se assim procedesse, produziria provas contra si, visto que, os documentos fiscais se prestam unicamente a comprovar que se tratam de equipamentos reformados e uma grande quantidade de itens, tais como, rolamentos, cantoneiras, tinta, chapa de acrílico, parafuso, anéis, mancal, cilindro, eixos, tubo, niple, bucha, engrenagem, retentores, roletes, juntas e outros, que constituem peças de reposição utilizadas nas máquinas e equipamentos de seu estabelecimento, não constituindo qualquer inovação.

6. 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 combatido, 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.
7. 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.
8. 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 programa BAHIAPLAST é uma operação normal, tendo em vista ser vedado às empresas fazer uso simultâneo de dois benefícios. Reiteram que o cerne da autuação foi a não comprovação da execução das atividades previstas no Protocolo de Intenções firmado com o Estado da Bahia.

Dizem que apenas para ilustrar transcrevem o extrato da informação fiscal do Auto de Infração 299314.0002/07-1, outrora analisado, onde se descreve minuciosamente que os valores trazidos

pelo autuado como “Investimentos realizados”, não guardam qualquer relação com as propostas no projeto apresentado ao Estado da Bahia para a obtenção do benefício fiscal através do Programa DESENVOLVE. Afirmam ser valores aplicados na manutenção do parque fabril original da Sansuy, decorrente dos desgastes naturais e que não guardam qualquer relação com os investimentos propostos para fazer jus aos benefícios fiscais do citado Programa.

Fazem referência aos Pareceres emanados da PGE/PROFIS, citados pela defesa, para informar que houve revisão do parecer inicial, transcrevendo o último parecer daquela PROFIS que opinava pela legalidade da autuação.

Asseveram que no julgamento pela procedência do citado PAF nº 299314.0002/07-1, o Estado do Bahia apreciou exaustivamente tudo quanto trazido pelo contribuinte no sentido de ver anulada a autuação e que a defesa traz para a presente lide documentos já examinados pelo CONSEF, relativamente a mesma infração, pois não trouxe qualquer comprovação de que estava cumprindo suas obrigações de contra-partida com o Estado da Bahia relativamente ao Programa DESENVOLVE.

Finalizam afirmando que ante o apresentado pelo autuado, nenhuma alegação de sua peça de defesa deixou de ser atentamente verificada, não havendo qualquer fato, documento ou argumento que não tenha sido analisado e considerado, visto que o contribuinte produziu todas as provas que entendeu necessária e suficiente para alcançar suas pretensões defensivas garantindo seu amplo direito de defesa.

Ressaltam que o sujeito passivo recebeu cópia do auto e de todos os demonstrativos, levantamentos e documentos integrantes do Auto de Infração tornando insustentável qualquer alegação de cerceamento de defesa. Pedem aos ilustres membros do CONSEF que o presente Auto de Infração seja julgado integralmente procedente.

A empresa autuado volta a manifestar-se no processo, fls. 500/507, onde junta petição informando sobre nova decisão do Conselho Deliberativo do DESENVOLVE, através da Resolução nº 138/2011 de 27 de julho de 2011. Diz que como a publicação desta Resolução ocorreu em 03 de agosto de 2011, data posterior ao prazo para apresentação de impugnação pelo autuado, requer a juntada ao processo desta nova prova e a abertura de vista aos fiscais autuantes, nos termos do parágrafo único do art. 137 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, de forma que os Autuantes possam reavaliar seu entendimento acerca dos incentivos fiscais concedidos à requerente e concordar com a improcedência do Auto de Infração.

VOTO

O Auto de Infração exige ICMS em decorrência do recolhimento a menos do imposto em razão de uso indevido de incentivo fiscal previsto no Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – DESENVOLVE a título de dilatação de prazo previsto no Decreto nº 8.025/03.

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

Dentre estes compromissos destacam-se: aplicar investimento de 63 milhões, criação de setecentos empregos diretos e mais de mil empregos indiretos, empregar tecnologia moderna. Entretanto, os autuantes constataram que nem a empresa incorporada, a VINIARTEFATOS, nem a incorporadora, a empresa autuado SANSUY, cumpriram qualquer etapa prevista no acordo de intenções que a habilitavam ao gozo dos benefícios de incentivos fiscais do Programa.

Conforme livro de Registro de Empregados, o autuado não gerou nenhum emprego, não realizou qualquer investimento, ao contrário adquiriu máquinas com mais de um ano de uso conforme notas fiscais de aquisição de ativos registradas em sua contabilidade, não adquiriu insumos, não

produziu, não constituiu estoques, não imprimiu documentos fiscais, o terreno cedido pela Sansuy para implantação da Viniartefatos não foi edificado, visto que foi incorporada em seguida (2004) pela primeira e os sócios são os mesmos em ambas as empresas. Enfim, os objetivos originais que resultaram na concessão de benefícios e incentivos do Programa DESENVOLVE foram prejudicados, tendo em vista que nem a Viniartefatos, nem a Sansuy que a incorporou, cumpriram o que foi pactuado com o Estado da Bahia.

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 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, 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.

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

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 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, significou de fato redução do seu valor, visto que conforme previsto na legislação, o imposto 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, implementação de nova tecnologia, geração de empregos e renda, o que de fato não provou ter realizado.

Importante registrar a existência do Auto de Infração de nº 299314.0002/07-1, lavrado contra o autuado, que possui fatos e fundamentos jurídicos idênticos ao caso em análise, com exceção apenas do período de ocorrência dos fatos geradores da obrigação, sendo que, o primeiro é relativo ao período de março de 2005 a outubro de 2007 e este, de nº 299314.0100/11-1, se refere aos meses de novembro a dezembro de 2007.

A exigência fiscal foi julgada integralmente procedente pela 4^a Junta de Julgamento Fiscal, através do Acórdão nº 0351-04/08 e posteriormente confirmada pela 2^a CJF, conforme Acórdão nº

0219-12/10. Considerando que todos os argumentos trazidos pela defesa, no Auto de Infração nº 299314.0002/07-1 foram objeto de análise e que os referidos fatos guardam perfeita semelhança com aqueles contidos neste Auto de Infração, me utilizarei do voto proferido pelo ilustre Relator da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, doutor ÁLVARO BARRETO VIEIRA, que confirmou sem qualquer reparo o julgamento da primeira instância e com o qual alinho o meu entendimento. Vejamos as razões que justificam este julgamento.

"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 o alegado cancelamento de incentivo fiscal. O que houve foi a cobrança do imposto indevidamente dilatado, em razão de não ter o recorrente, à época dos fatos, implementado as condições necessárias para usufruir do incentivo fiscal que lhe fora concedido. Assim que sejam atendidas as condições necessárias para o gozo do incentivo fiscal, o recorrente poderá se beneficiar da dilação de prazo prevista na 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 permanentes de, no mínimo, 35% (trinta e cinco por cento) na produção física em relação à produção obtida nos 12 meses anteriores ao pedido;

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 direitos 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 DESENVOLVE e, em consequência, não são capazes de modificar a Decisão recorrida.

Quanto aos investimentos feitos pela Sansuy antes da incorporação da Viniartefatos, saliento que esses investimentos não se confundem com os descritos no Projeto de Implantação citado na 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”.

Destarte, à luz do quanto acima exposto, da simples leitura da Decisão acima transcrita conclui-se que todas as questões arguidas mais uma vez, pelo autuado na presente lide, foram

respondidas de forma clara e objetiva restando devidamente caracterizada a infração que lhe fora imputada.

Cabe-me, ainda, analisar duas outras questões suscitadas pelo impugnante em suas razões defensivas.

Com relação à multa aplicada tipificada no art. 42, IV, “j” da Lei nº 7.014/96, diz o autuado que pela descrição dos fatos não resta caracterizada uma ação ou omissão fraudulenta, não especificada na lei. Os Autuantes contestam, 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. Entretanto, verifico que a natureza das infrações previstas no art. 42, inciso IV, “j”, o enquadramento da autuação reporta-se a operação ou prestação sem documentação fiscal.

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 nº 7.014/96.

No que diz respeito à manifestação do autuado, fls.500/507, informando a publicação da Resolução Nº 138/2011, publicada em 03 de agosto de 2011, juntada ao processo e requerendo a abertura de vista aos fiscais autuantes, rejeito tal pretensão.

Da análise desta nova Resolução 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 e a Resolução em questão não traz qualquer fato novo que já não tenha sido analisado no processo. Dessa forma, com fulcro no art. 137 do RPAF/99, indefiro esta solicitação.

Pelo acima exposto e, em conformidade com o Acórdão da 2ª CJF nº 0219-12/10 considero que os argumentos e provas trazidos pelo recorrente não são capazes de elidir a infração imputada.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, com a retificação da multa aplicada, na forma acima exposta.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE**, o Auto de Infração nº **299314.0100/11-1**, lavrado contra **SANSUY S/A. INDÚSTRIA DE PLASTICOS**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.331.287,69**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de janeiro de 2011.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – RELATORA

ILDEMAR JOSÉ LANDIN – JULGADOR