

**PROCESSO** - A. I. Nº 299314.0901/12-2  
**RECORRENTE** - SANSUY S/A INDÚSTRIA DE PLÁSTICOS (SANSUY DO NORDESTE)  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0068-03/13  
**ORIGEM** - IFEP INDÚSTRIA  
**INTERNET** - 02/10/2013

### 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO CJF Nº 0275-11/13

**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). Rejeitada às arguições preliminares de nulidade. Indeferido o pedido de realização de diligência e da redução da multa. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVÍDO. Decisão unânime.

### RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário do contribuinte contra a Decisão da primeira instância que julgou o Auto de Infração Procedente, nos termos do artigo 169, I, “a” e “b”, item 1, do RPAF/99, o qual foi lavrado em 28/09/2012 e refere-se à exigência de R\$6.372.926,89 de ICMS, acrescido da multa de 100%, tendo sido constatado recolhimento do ICMS efetuado a menos, em razão do 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 principal, de modo a reduzir o montante do imposto devido, nos meses de janeiro a dezembro de 2009.

Consta na descrição dos fatos, que em 23/07/04, foi inscrito, na condição de contribuinte normal, Viniartefatos Comércio Importação e Exportação Ltda. Em 19/08/04, o mencionado contribuinte foi habilitado aos seguintes benefícios, conforme Resolução 35/04, do Conselho Deliberativo do DESENVOLVE: a) diferimento do lançamento e pagamento do ICMS em determinadas hipóteses; b) dilação do prazo de 72 meses para pagamento do saldo devedor de ICMS.

Em 17/12/2004, a Sansuy S/A Indústria de Plásticos, Inscrição Estadual nº 002.082.206, CNPJ 14.807.945/0001-24, incorporou a Vineartefatos Comércio Importação e Exportação Ltda.

Em 11/03/2005, através da Resolução 02/2005 do Conselho Deliberativo do BAHIAPLAST, Sansuy S/A Indústria de Plásticos, Inscrição Estadual nº 002.082.206, CNPJ 14.807.945/0001-24, teve revogada sua habilitação aos benefícios do Programa BAHIAPLAST, mas nesta mesma data o Conselho Deliberativo do DESENVOLVE, através da Resolução 15/2005, transferiu os benefícios do DESENVOLVE concedidos à Vineartefatos Comércio Importação e Exportação Ltda.

Também consta, na descrição dos fatos, que foram apuradas as seguintes inadequações:

1. Na fl. 1 do pedido do contribuinte Vineartefatos Comércio Importação e Exportação Ltda. é informado que a implantação da unidade fabril representa um investimento de aproximadamente R\$63 milhões, a criação de mais de setecentos empregos diretos e, pelo menos, mais de mil empregos indiretos.

2. Na escrituração contábil do contribuinte, consolidada com a da sua matriz localizada na cidade de Embu – São Paulo, constatou-se que sua filial situada em Camaçari – Bahia, adquiriu máquinas e equipamentos com mais de um ano de uso, com tecnologia já conhecida e utilizada pela Sansuy S/A Indústria de Plásticos, formando assim seu ativo permanente.
3. Tal aquisição ocorreu em 26/11/2004, no valor de R\$5.877.726,00, sendo lançada na conta ativo imobilizado e, como não foi paga essa aquisição, foi lançada na conta fornecedores. As máquinas e equipamentos não chegaram a sair fisicamente da Sansuy, já que em 17/12/2004 houve a incorporação da Vineartefatos Comércio Importação e Exportação Ltda. por parte da Sansuy, e neste caso, os bens voltaram ao ativo permanente da Sansuy
4. A Vineartefatos Comércio Importação e Exportação Ltda. firmou, em 06/08/2004, um Protocolo de Intenções com o Estado da Bahia, no qual se comprometeu a viabilizar a instalação de indústria neste Estado, dentre as quais, instalar no município de Camaçari uma unidade industrial no valor de aproximadamente R\$63 milhões, e gerar 700 empregos diretos e 1000 empregos indiretos; desenvolver e empregar moderna tecnologia no processo industrial e produto; absorver a título de primeiro emprego, pelo menos dois trabalhadores como forma de inserção do jovem no mercado de trabalho e manter o mínimo de dois portadores de deficiência recrutados através das Voluntárias Sociais da Bahia. Contudo, tais intenções não foram realizadas pela Vineartefatos Comércio Importação e Exportação Ltda., nem pela Sansuy, que a incorporou, pois, manteve seu parque fabril original, ficando prejudicados os objetivos originais que deram causa ao Protocolo de Intenções, dentro do espírito do Programa DESENVOLVE.

A 3ª JJF, na Decisão ora recorrida (fls. 781 a 789) apreciou inicialmente que os autuantes possuem competência privativa, para procederem exame de créditos e débitos fiscais do ICMS apropriados mensalmente pelo sujeito passivo e sua repercussão no recolhimento do imposto, nos termos do art. 107 do Código Tributário do Estado da Bahia (Lei 9.837/05), e art. 42 do RPAF-BA, inexistindo conflito entre a ação fiscal e as atribuições do CD DESENVOLVE. E que constatada irregularidade nos procedimentos adotados pelos contribuintes em cumprimento à legislação tributária, é de competência dos auditores fiscais efetuarem o lançamento de ofício.

Rejeitou a preliminar de nulidade sob alegação de que houve cerceamento do direito de defesa, visto que foram fornecidos cópia do Auto de Infração, demonstrativos, levantamentos e documentos integrantes do Auto de Infração, o que possibilitou exercer o seu direito de defesa.

Também que a indicação do dispositivo regulamentar infringido (art. 1º do Dec. 8.205/02), equivale à menção do dispositivo de lei correspondente, nos termos do artigo 19 do RPAF/99, e que a descrição dos fatos é clara, compreensível, indicado os dispositivos infringidos e da multa aplicada, relativamente às irregularidades apuradas, o que permitiu exercer o direito de defesa em sua plenitude, tornando insustentável qualquer alegação de cerceamento de defesa, inexistindo descumprimento de formalidades legais, para se determinar à nulidade do lançamento (art. 18, I a IV do RPAF/99). Em seguida passou a apreciar as razões de mérito:

*O presente Auto de Infração refere-se à exigência de ICMS, tendo sido constatado recolhimento do imposto efetuado a menos, em razão de uso indevido da dilação do prazo para pagamento de ICMS relativo às operações próprias, em desacordo com a legislação do DESENVOLVE, modificando as características essenciais da obrigação principal, de modo a reduzir o montante do imposto devido, nos meses de janeiro a dezembro de 2009, conforme demonstrativo à fl. 13 do PAF.*

*De acordo com a descrição dos fatos, em 11/03/2005, através da Resolução 02/2005 do Conselho Deliberativo do BAHIAPLAST, o autuado, Sansuy S/A Indústria de Plásticos, teve revogada sua habilitação aos benefícios do Programa BAHIAPLAST, mas na mesma data o Conselho Deliberativo do DESENVOLVE, através da Resolução 15/2005, transferiu os benefícios do mencionado Programa DESENVOLVE concedidos à Vineartefatos Comércio Importação e Exportação Ltda.*

*Na escrituração contábil da Vineartefatos Comércio Importação e Exportação Ltda., consolidada com a da sua matriz localizada na cidade de Embu – São Paulo, constatou-se que sua filial situada em Camaçari – Bahia, adquiriu máquinas e equipamentos com mais de um ano de uso, com tecnologia já conhecida e utilizada pela Sansuy S/A Indústria de Plásticos, formando assim seu ativo permanente. Tal aquisição ocorreu em 26/11/2004, no valor de R\$5.877.726,00, sendo lançada na conta ativo imobilizado e, como não foi paga essa aquisição, foi lançada na conta “fornecedores”. As máquinas e equipamentos não chegaram a sair fisicamente da Sansuy, já que em 17/12/2004 houve a incorporação da Vineartefatos Comércio Importação e Exportação Ltda. por parte da Sansuy, e neste caso, os bens voltaram ao ativo permanente da Sansuy*

Também consta a informação de que a Vineartefatos Comércio Importação e Exportação Ltda. firmou, em 06/08/2004, um Protocolo de Intenções com o Estado da Bahia, no qual se comprometeu a viabilizar a instalação de indústria neste Estado, dentre as quais, instalar no município de Camaçari uma unidade industrial, gerar 700 empregos diretos e 1000 empregos indiretos; desenvolver e empregar moderna tecnologia no processo industrial e produto; absorver a título de primeiro emprego, pelo menos dois trabalhadores como forma de inserção do jovem no mercado de trabalho e manter o mínimo de dois portadores de deficiência recrutados através das Voluntárias Sociais da Bahia. Contudo, tais intenções não foram realizadas pela Vineartefatos Comércio Importação e Exportação Ltda., nem pela Sansuy, que a incorporou.

O Programa Desenvolve tem como objetivos, estimular a instalação de novas indústrias, bem como estimular a expansão, reativação ou modernização de empreendimentos industriais, estando previsto no art. 3º do Regulamento do Programa DESENVOLVE, que o Conselho Deliberativo do DESENVOLVE poderá conceder dilação de prazo de até 72 meses para o pagamento de até 90% do saldo devedor mensal do ICMS, relativo às operações próprias, gerado em razão dos investimentos constantes dos projetos aprovados pelo Conselho Deliberativo.

O autuado alegou incompetência da Secretaria da Fazenda para excluir a empresa do DESENVOLVE e cerceamento de defesa pela falta de processo administrativo próprio. Diz que o autuante, sem o crivo do contraditório e da ampla defesa, entendeu que a empresa não cumpriu as normas inerentes ao Programa, declarando prejudicados os objetivos gerais do DESENVOLVE. Salienta que o Auditor não tem competência para excluir e cancelar incentivos dados pelo Conselho deliberativo do DESENVOLVE.

Observo que não se trata de desenquadramento do Programa Desenvolve, como entendeu o autuado, haja vista que a exigência do imposto no presente Auto de Infração ocorreu em decorrência da constatação de que não foram observados os compromissos assumidos pelo autuado no Protocolo de Intenções com o Estado da Bahia durante o exercício fiscalizado, e na descrição dos fatos foram informadas, de forma pormenorizada, as “Inadequações encontradas” e os motivos que levaram os autuantes a efetuar o levantamento fiscal e apurar o imposto exigido.

Entretanto, isto não significa que o benefício fiscal foi cancelado pelos autuantes, uma vez que no período seguinte, sendo preenchido o requisito regulamentar, a norma que prevê o benefício volta a incidir e o contribuinte retoma o gozo do benefício. Assim, não foi constatada qualquer ofensa ao princípio da legalidade, como alegou o defendente.

O defendente afirmou que não é verdadeira a presunção feita pelos autuantes, porque a empresa realizou diversos investimentos após a incorporação dos incentivos da Viniartefatos, apesar de a empresa estar em processo de recuperação judicial. Requer a realização de diligência à sede da empresa para comprovar os fatos alegados, de modo a constatar os investimentos realizados.

Fica indeferido o pedido apresentado pelo defendente, haja vista que não foi acostado aos autos qualquer elemento que indicasse a necessidade da mencionada diligência, nos termos do art. 123 do RPAF/BA, e a solicitação de produção de prova ou realização de diligência deve ser fundamentada quanto à sua necessidade, conforme estabelece o art. 145 do mencionado Regulamento.

Entendo que a exigência do imposto é decorrente da não aplicação do benefício por falta de preenchimento de condição para fruição do benefício fiscal sem que haja o cancelamento, haja vista que, reiterando o que já foi observado, nos períodos seguintes, sendo preenchido o requisito regulamentar, inclusive, em relação ao recolhimento do imposto no prazo, o benefício volta a prevalecer e o contribuinte retoma o gozo do benefício.

Quanto aos Pareceres citados pelo defendente, não acato as alegações defensivas, tendo em vista que os mencionados Pareceres são opinativos, não se vinculam à Decisão da lide e os elementos constantes nos autos são suficientes para as conclusões dos julgadores.

Em relação aos incentivos previstos no Programa Desenvolve com a finalidade de estimular a instalação de novas indústrias e expansão, reativação ou modernização de empreendimentos industriais já instalados, o referido Programa prevê que se considera novo empreendimento aquele que não resulte de transferência de ativos de outro estabelecimento da mesma empresa ou de terceiros oriundos da Região Nordeste. E expansão industrial, o aumento de investimentos permanentes. A modernização se refere à incorporação de novos métodos e processos de produção ou inovação tecnológica dos quais resultem aumento significativo da competitividade do produto final.

Os elementos acostados aos autos pelos autuantes levam à conclusão de que não foram cumpridos os requisitos necessários ao gozo do incentivo fiscal, e o defendente não comprovou ter gerado os empregos e aplicado moderna tecnologia no seu processo industrial, e não é acatada a alegação defensiva quanto à validade do Protocolo de Intenções para embasar a autuação, haja vista que o incentivo fiscal é condicionado, e se não foi satisfeita a condição estabelecida, é devido o imposto, conforme apurado pelos autuantes.

Quanto à multa indicada no Auto de Infração, de 100%, com base no art. 42, IV “j” da Lei 7.014/96, também contestada pelo defendente, entendo que de acordo com a natureza da infração apurada e, considerando que o

*levantamento fiscal foi efetuado com base nos livros fiscais devidamente escriturados pelo autuado, inexistindo qualquer informação de que houve fraude na escrituração dos mencionados livros ou na emissão dos documentos fiscais, a multa deve ser corrigida para 60% do valor do imposto, com base no art 42, inciso II, alínea "f", da Lei 7.014/96.*

*Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, considerando que restou comprovado que o autuado utilizou incentivo fiscal para recolhimento do imposto sem o cumprimento das condições previstas no Programa DESENVOLVE.*

No Recurso Voluntário interposto (fls. 799/844), o recorrente ressalta que foi constituída em 1966 sob a forma de sociedade por cotas de responsabilidade limitada, com atividade no ramo industrial e comercial de artefatos de plásticos, transformou-se em Sociedade Anônima (1968), diversificou a produção de laminados flexíveis de PVC, nos estados de São Paulo e Bahia.

Ressalta que há 46 anos no mercado, emprega mais de mil empregados diretos e outros milhares indiretos, porém em 2005, requereu recuperação judicial dado às dificuldades que surgiram e afetaram o mercado decorrente de desajuste fiscal/tributário, elevação das taxas de juros e custos.

Comenta a autuação e nulidade suscitada sob o argumento de que os autuantes não possuíam competência para excluir e cancelar incentivos concedidos pelo Conselho Deliberativo (CD) do DESENVOLVE, ao teor do art. 1º da Res. 15/05 e art. 3º e 19 do Decreto nº 8.205/02 (Regulamento do DESENVOLVE), e entendimento manifestado no Parecer da Procuradora do Estado, cujos trechos transcreveram às fls. 803/804.

Argumenta que ainda que o auditor possuísse competência para cancelar os benefícios concedidos pelo CD DESENVOLVE, seria indispensável conceder o direito do contraditório e da ampla defesa, previsto no art. 5º, LV da CF, conforme jurisprudência pátria; questionamento formulado à Secretaria de Indústria, Comércio e Mineração (SICM) e posicionamento de doutrinadores.

Afirma que o procedimento adotado pela fiscalização representou efetivamente cancelamento dos benefícios concedidos pelo CD DESENVOLVE, o que extrapola os limites de competência, cujas penalidades a serem aplicadas são previstas nos artigos 41 e 48 da Lei nº 7.014/96, tendo o relator da primeira instância rejeitado a nulidade pretendida, sob o argumento de que agiram em conformidade com o art. 107 da Lei nº 9.837/05 (COTEB) e art. 42 do “RPAF-BA” sem observar o disposto no art. 7º da Resolução 02/07 do CD DESENVOLVE.

Transcreve a Port. Conjunta nº 78 de 29/10/04 da SICM e SEFAZ, que designa comissão de acompanhamento de empreendimentos incentivados pelo governo do Estado e ressalta que a competência para fiscalização do cumprimento dos “*objetivos originais que deram causa ao Protocolo de Intenções*” do Programa DESENVOLVE é exclusivo daquela comissão.

Contesta a fundamentação do relator da 3ª JJF afirmando que os auditores fiscais possuem competência para efetuarem lançamento de ofício, transcrevendo o art. 6º da Lei nº 8.210/02 (fls. 813/814) e afirmando que não há no dispositivo citado “*referência à fiscalização de procedimentos relacionados a investimento, geração de emprego ou incremento de faturamento ocorridos em empresas*”.

Contesta também a apreciação da JJF de que o art. 42 do RPAF/BA estabelece competência para fiscalizar e “apreciar matéria”, por entender que o citado dispositivo apenas indica ser o auditor o servidor competente para lavrar Auto de Infração, mas, não para fiscalizar protocolo de intenções.

Requer que esta CJF declare a nulidade do procedimento fiscal, por os autuantes terem extrapolado suas competências legais e regulamentares.

Apresenta um histórico dos incentivos fiscais que lhe foram concedidos a SANSUY: financiamento com Recursos do PROIND (1997) – Res. 23/97 do PROBAHIA; Renúncia em 1998 e adesão ao BAHIAPLAST – Res. 16/02;

Em 20/08/04, Res. 35/04 que habilitou a VINIARTEFATOS aos incentivos do DESENVOLVE; consulta de incorporação da VINIARTEFATOS e Res. 15/05 que transferiu os benefícios para a SANSUY.

Discorre sobre o DESENVOLVE e contesta os argumentos da fiscalização que foram acolhidos pela 3<sup>a</sup> JJF de que “não poderia utilizar os benefícios do DESENVOLVE” porque, não cumpriu o acordo e protocolo de intenções (realização de novos investimentos e a geração de novos empregos), afirmado que a própria SICM confirmou não existir qualquer ato do CD DESENVOLVE limitando, suspendendo ou cancelando os incentivos concedidos pela Res. 15/2005.

Salienta que a concessão dos incentivos do DESENVOLVE a SANSUY se deu através da transferência dos concedidos à VINIARTEFATOS (Res. 15/05) e não foi estabelecido qualquer condição no protocolo de intenções, nem se estabeleceu piso ou limite (art. 14 do Decreto nº 8.205/00).

Historia o benefício fiscal do BAHIAPLAST concedido a SANSUY e DESENVOLVE concedido VINIARTEFATOS e transferência para a SANSUY e questiona inexistir qualquer limitação do seu usufruto, diante da inexistência de limitação estabelecida por meio de Resolução.

Por fim, ressalta que a Res. 138 de 03/08/11 reconheceu o direito do recorrente continuar gozando dos benefícios do Programa DESENVOLVE concedido a VINIARTEFATOS pela Res. 35/04 e transferidos para a SANSUY pela Res. 15/05.

Discorre sobre o *Protocolo de Intenções* que não é legislação tributária e não pode fundamentar imposição de penalidades, nos termos dos artigos 96, 100 e 142 do Código Tributário Nacional (CTN), o que no seu entendimento desvincula o Auto de Infração de uma determinação legal.

Ressalta que o Auto de Infração indica como enquadramento o art. 1º do Decreto nº 8.205/00, no entanto não é verdade a presunção, visto que “realizou diversos investimentos após a incorporação dos incentivos da Viniartefatos, apesar de a empresa estar em processo de recuperação judicial”, o que pode ser comprovado mediante realização de diligência à empresa.

Argumenta que mesmo que não tivesse efetivado os investimentos após a incorporação, a utilização do benefício fiscal é correta, pois foi concedido pelo CD DESENVOLVE, entendimento que foi confirmado no Parecer exarado pela PGE/PROFIS no AI 299314.0701/12-3, conforme transcreveu à fl. 830.

Contesta a fundamentação do relator de que as aquisições totalizando R\$5.877.726,00 se referem a peças de reposição e de equipamentos reformados, afirmando que possui tecnologia própria de montagem de máquinas e a aquisição de equipamentos usados não contraria as regras do DESENVOLVE (art. 1º do Decreto nº 8205/00).

Destaca que o art. 100 do CTN indica que as práticas reiteradas pelas autoridades administrativas são normas complementares e que o procedimento de incorporação de benefícios se assemelha ao da empresa COBAFI, habilitada na BAHIAPLAST com relação aos incentivos de crédito presumido e deferimento do PROBAHIA, pois houve cancelamento do primeiro Programa cujos benefícios foram concedidos no segundo, sem nenhuma restrição, da mesma forma que ocorreu com a incorporação da Duponst Sabanci S.A (DUSA) que foi incorporada pela COBAFI. Também, a Indústria Brasileira de Resinas Ltda. (IBR) habilitada no BAHIAPLAST que foi adquirida pela Reichhold Indústria de Resinas do Nordeste Ltda., contemplada com o DESENVOLVE.

Quanto à multa aplicada de 100%, diz que os autuantes indicaram a prevista no art. 42, IV, “j” da Lei nº 7.014/96, indicando a ocorrência de “ação ou omissão fraudulenta”, o que foi reduzida pela 3<sup>a</sup> JJF para 60% (art. 42, II, “f”). Argumenta que o art. 39 do RPAF/BA determina as informações que deve ser contida no Auto de Infração e na situação presente “a falta da descrição clara e precisa dos fatos considerados como infração” pode conduzir a sua nulidade, a exemplo dos Acórdãos CJF 0865/99 e CJF 1064/99. Requer a nulidade, por não haver uma relação clara e precisa entre o enquadramento da multa e a descrição da infração.

Discorre sobre o caráter confiscatório das multas, sua proporcionalidade e das decisões proferidas por Tribunais Superiores autorizando sua redução (RE 92.165-6 MG; RE 78.291 SC).

Tece comentário sobre o princípio da legalidade (art. 5º da CF), doutrina e jurisprudência, bem como previsão de não inscrição em Dívida Ativa o lançamento que contenha flagrante ilegalidade (art. 114 do RPAF/BA), fato que entende ter ocorrido na situação presente.

Conclui fazendo um resumo dos fatos e requer reforma da Decisão da primeira instância, declarando a nulidade do AI, caso não acolhida, a improcedência da autuação e por prudência, redução da multa de 60% imposta pela 3ª JJF.

A PGE/PROFIS no Parecer à fl. 849 manifesta que não procede ao pedido de nulidade suscitado, visto que os autuantes possuem competência para exercerem atividade de fiscalização quanto ao cumprimento do incentivo fiscal.

No mérito, refuta a linha de raciocínio do recorrente, tendo em vista que através de Resolução foi fixado às condições para fruição do benefício fiscal do Programa DESENVOLVE e o autuante comprovou que tais condições não foram adimplidas, sendo legítima a exigência fiscal. Opina pelo não provimento do Recurso.

## VOTO

Inicialmente cabe apreciar as preliminares de nulidades suscitadas pelo recorrente. Quanto ao argumento de que os autuantes não possuíam competência para analisar o cumprimento do “protocolo de intenções”, verifico este pedido foi rejeitado na Decisão da primeira instância. Observo que conforme definido no art. 7º da Res. 03/2007, a atribuição do Conselho Deliberativo do DESENVOLVE é de definir política de investimentos; propor instituição de programas; deliberar sobre pedidos e concessão de incentivos e benefícios; apreciar e decidir sobre cancelamento de benefícios. Portanto, uma vez concedido benefícios fiscais mediante edição de 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 nº 8.210/02 e art. 42 do Decreto nº 7.629/99. Dessa forma, fica afastada a nulidade pretendida.

Relativamente à nulidade suscitada, sob alegação de que só poderia ser feito o lançamento de ofício após revogação do benefício concedido pelo CD do DESENVOLVE (art. 19 do Dec. 8.205/02), observo que de acordo com o que foi apreciado anteriormente, uma vez concedido os benefícios fiscais, há previsão de cancelamento dos benefícios concedidos, mediante edição de nova Resolução. Entretanto, independentemente do cancelamento dos benefícios pelo CD DESENVOLVE, a fiscalização constatando descumprimento da legislação tributária, tem competência para fazer o lançamento de ofício, exigindo o tributo devido. O certo é que a fiscalização não tem competência para cancelar o benefício concedido, competência esta do CD DESENVOLVE, o que não ocorreu neste processo. Portanto, não pode ser acatada a alegação de que os atos foram praticados por servidor incompetente nos termos do art. 18, I do RPAF/BA.

Rejeito a nulidade pretendida por não existir conflito de competência entre a ação fiscal que culminou com o lançamento de ofício, privativa dos auditores fiscais e das competências do mencionado Conselho, como quis fazer crer o recorrente. Além do mais, conforme fundamentado na Decisão da 3ª JJF, o Auto de Infração foi lavrado em conformidade com o disposto no art. 38 do mencionado diploma legal, notificado o autuado, que apresentou sua defesa contestando a exigência fiscal, o que demonstra não ficar caracterizado impedimento ao exercício do seu direito de defesa.

No tocante a nulidade suscitada sob alegação de que a multa aplicada de 100%, não se coaduna com a descrição da infração, verifico que na descrição da infração os autuantes circunstanciaram

os fatos (projeto da Viniartefatos – investimento, nova tecnologia, empregos - concessão do benefício fiscal DESENVOLVE, incorporação pela Sansuy, sem execução do projeto) e propôs a aplicação da multa de 100% prevista no art. 42, IV, “j” da Lei nº 7.014/96.

Por sua vez, o CTN nos artigo 142 e 149, ao tratar do lançamento tributário, estabelece que compete à autoridade fiscal propor a penalidade cabível, podendo, entretanto, essa proposição ser revista de ofício, pela instância julgadora, visando o devido enquadramento legal do fato tributável. A 3<sup>a</sup> JJF revisou a aplicação da multa para o porcentual de 60% (art. 42, II, “f”) por entender que o levantamento fiscal foi efetuado com base nos livros fiscais devidamente escriturados. Logo, na situação presente não há inadequação entre a descrição da infração e a tipificação da multa aplicada, e sim, revisão da multa para se coadunar com o fato tributável.

Ressalto ainda que os Acórdãos CJF 0865/99 e CJF 1064/99 citados não dão suporte ao argumento de nulidade pretendida, visto que o primeiro indica que não foi “determinado como foi apurada a base de cálculo” e o segundo que trata de suprimento de caixa de origem não comprovada, fundamenta que inexistem elementos para se determinar a infração e o valor do débito. Fica, portanto rejeitada a nulidade suscitada.

O recorrente requereu a realização de diligência para comprovar que realizou investimentos após a incorporação dos incentivos da Viniartefatos. Verifico que conforme descrito na fl. 2 do Auto de Infração, a fiscalização relacionou as inadequações apuradas, indicando valores de equipamentos a serem aplicados, quantidades de empregos a serem gerados, emprego de tecnologias, etc. Assim sendo, conforme fundamentado na Decisão da Primeira Instância, “não foi acostado aos autos qualquer elemento que indicasse a necessidade da mencionada diligência, nos termos do art. 123 do RPAF/BA”, motivo pelo qual fica indeferida nos termos do art. 145 do citado Regulamento.

No mérito, o lançamento exige ICMS recolhido a menos que o devido nos meses de janeiro a dezembro/09, em razão da utilização indevida do incentivo fiscal de dilação de prazo para pagamento de ICMS previsto no programa DESENVOLVE.

Inicialmente cabe ressaltar que o recorrente não questionou em nenhum momento os valores apurados e exigidos pela fiscalização no presente lançamento e sim, à motivação que culminou na exigência do tributo, em síntese apresentou dois argumentos:

- a) Que o relator da Primeira Instância fundamentou a sua Decisão em razão do descumprimento do protocolo de intenções, mas que, com relação aos benefícios fiscais do DESENVOLVE, mas que não há na resolução, que concedeu o direito de fruição ao incentivo fiscal, qualquer condição à fruição do incentivo.
- b) Que o CD DESENVOLVE através da Res. 138/11 ratificou a transferência dos benefícios fiscais concedidos à empresa VINIARTEFATOS (Res. 35/04) para a Sansuy (Res. 15/05).

No tocante ao primeiro argumento verifico que o mesmo foi apreciado pelo relator na Decisão proferida pela 3<sup>a</sup> JJF, fundamentando que através da Res. 02/05 o CD do BAHIAPLAST, revogou a habilitação de benefício fiscal concedida a Sansuy S/A, e na mesma data o CD DESENVOLVE, através da Res. 15/05, transferiu os benefícios daquele Programa concedidos à VINIARTEFATOS.

Em seguida circunstanciou que a VINIARTEFATOS firmou protocolo de intenções com o Estado da Bahia, para aplicar investimento de 63 milhões; criar setecentos empregos diretos e mil empregos indiretos; empregar tecnologia moderna. Entretanto, não gerou emprego, adquiriu máquinas usadas, a prazo, da SANSUY; empregou tecnologia da SANSUY; e após a incorporação fez o retorno do maquinário adquirido lançando como contrapartida a conta do ativo imobilizado.

Concluiu que foi efetivado a execução do projeto (base para concessão do benefício fiscal concedido), nem pela VINIARTEFATOS, nem pela SANSUY, que a incorporou.

A Sansuy cedeu terreno para implantação da Vineartefatos, que nada edificou, visto que foi incorporada em seguida (2004) pela primeira e os sócios são os mesmos em ambas as empresas.

Pelo exposto, entendo que está correta a Decisão da primeira instância, visto que a renúncia fiscal decorrente dos benefícios concedidos a VINIARTEFATOS (dilação de prazo para pagamento do ICMS, diferimento na aquisição de insumos e bens do ativo, previsto no DESENVOLVE) tinham como finalidade, atrair investimentos produtivos (investimento da fábrica), promover aumento da renda (emprego/consumo), produção (laminados e confeccionados), incorporação de novas tecnologias na matriz industrial do Estado (maquinários modernos), proporcionando uma verticalização da cadeia produtiva e um aumento na arrecadação do ICMS a longo prazo.

Logo, não se pode concluir que a exigência fiscal tem como suporte o descumprimento do protocolo de intenções, que não configura norma complementar e sim a não continuidade do projeto (art. 1º do Dec. 8.205/00), para atingir o seu objetivo social que justificasse a renúncia fiscal pelos benefícios concedidos (art. 3º - dilação de prazo para o pagamento do saldo devedor mensal do ICMS, relativo às operações próprias, gerado em razão dos investimentos constantes dos projetos aprovados pelo CD DESENVOLVE). Na situação presente, houve apenas ação simulada da criação da empresa e incorporação, sem atender às condições estabelecidas, 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).

Quanto ao segundo argumento, de que o CD DESENVOLVE ratificou por meio de Resolução a transferência dos benefícios fiscais concedidos a VINIARTEFATOS para o do recorrente, entendo que cabe àquele Conselho Deliberativo analisar os projetos e avaliar se, se coaduna com as diretrizes estabelecidas e concede aos 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.

Também, não procede ao argumento do recorrente de a competência para fiscalizar o cumprimento dos objetivos contidos no Protocolo de Intenções do Programa DESENVOLVE é exclusivo da comissão de acompanhamento designados pela Port. Conjunta SICM e SEFAZ nº 78 de 29/10/04. Entendo que aqueles servidores foram designados após a concessão das primeiras habilitações do Programa (Dec. 8.205/00) e não tinha caráter permanente.

Da mesma forma, não pode ser acolhido o argumento de incentivos fiscais concedidos pelo Programa BAHIAPLAST foram incorporados por outros Programas (PROBAHIA e DESENVOLVE), conforme Resoluções citadas relativas às empresas COBAFI, IBR, DUSA e REICHHOLD, tendo em vista que os Conselhos Deliberativos dos citados Programas analisam os projetos e concedem os benefícios fiscais previstos. Cabe à fiscalização, analisar o cumprimento da legislação fiscal em relação aos benefícios fiscais concedidos e não se sabe qual o histórico das auditorias realizadas naquelas empresas para comparar o seu comportamento em relação ao que ocorreu na situação presente com relação à VINIARTEFATOS e SANSUY.

Ressalto que esse entendimento foi manifestado na Decisão contida no Acórdão JJF 0351-04/08, cujo Recurso interposto não foi provido na Decisão proferida no Acórdão CJF 0219-12/10 e também por esta 1ª CJF na apreciação do Recurso interposto contra a Decisão proferida pela 5ª JJF nº 0026-05/12, no Acórdão CJF.

Por fim, quanto ao argumento de que a multa aplicada é desproporcional e confiscatória, observo que a multa aplicada de 60% é prevista no art. 42, VII, “f” da Lei nº 7.014/96, portanto é legal e de

acordo com o artigo 167, inciso I, do RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99), não se inclui na competência deste órgão julgador a declaração de constitucionalidade da legislação tributária estadual.

Quanto ao pedido de redução da multa de 60%, fica rejeitado tendo em vista que se decorre de descumprimento de obrigação principal, competência exclusiva da Câmara Superior deste CONSEF, consoante o art. 159 do RPAF/99.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso interposto.

#### **VOTO DIVERGENTE**

Peço vênia para discordar do nobre Conselheiro Relator e me posicionar quanto à nulidade do lançamento de ofício, uma vez que, a meu ver, tal expediente só poderia ser levado a efeito após o eventual cancelamento do benefício fiscal a que o Recorrente faz jus, por parte do Conselho Deliberativo do Programa Desenvolve, único órgão competente para tanto.

Como cediço, para que uma empresa possa habilitar-se ao gozo dos benefícios integrantes do Programa Desenvolve, deve, inicialmente, formular carta consulta dirigida à Secretaria de Indústria Comércio e Mineração, para que esta analise se os investimentos pretendidos pelo requerente atendem aos requisitos estabelecidos pela Lei nº 7.980/01. Uma vez atendidos os requisitos preliminares, algumas fases são cumpridas até que o Conselho Deliberativo do Programa Desenvolve expeça Resolução específica concessiva do pacote de benefícios.

No presente caso, constata-se que em 19/08/2004, o Conselho Deliberativo do Desenvolve, através da Resolução de nº 35/2004, concedeu à empresa VINIARTEFATOS – Comércio, Importação e Exportação Ltda. os benefícios que integram o programa DESENVOLVE.

Segundo consta dos autos (fls. 157 a 160), o Recorrente, pretendendo proceder à incorporação da empresa VINIARTEFATOS Comércio Importação e Exportação Ltda., dirigiu consulta formal à Superintendência da Administração Tributária – SAT, através da qual questionou se os benefícios concedidos à primeira empresa poderiam lhes ser transferidos após a incorporação, tendo obtido resposta positiva por parte do citado órgão.

Ainda conforme atesta o conjunto probatório carreado ao presente PAF, após a obtenção da referida resposta por parte da Secretaria da Fazenda, o Recorrente dirigiu o requerimento específico à Secretaria de Indústria Comércio e Mineração, e, em 11/03/2005, o Conselho Deliberativo do DESENVOLVE expediu a Resolução de nº 15/2005 autorizando a transferência dos benefícios então concedidos à VINIARTEFATOS para o Recorrente.

Na mesma oportunidade, o Conselho Deliberativo do BAHIAPLAST expediu a Resolução de nº 02/2005 (fl. 161), cancelando os benefícios integrantes deste programa, outrora concedidos ao Recorrente, em razão da impossibilidade de utilização concomitante de dois benefícios.

A transferência e manutenção dos benefícios ocorridas em face da incorporação da VINIARTEFATOS foram ainda convalidadas através da Resolução de nº 138/2011 (fl. 162).

Pois bem! O lançamento de ofício cuja validade ora se discute tem origem na constatação, por parte da fiscalização, de que a empresa beneficiária teria utilizado indevidamente o benefício fiscal que lhe foi transferido em razão do evento societário de incorporação da empresa VINIARTEFATOS.

Após analisar os documentos societários relativos ao evento da incorporação, bem assim as escritas contábil e fiscal do Recorrente, o preposto autuante concluiu que nem a VINIARTEFATOS nem o Recorrente cumpriram os compromissos assumidos quando da assinatura do Protocolo de Intenções, razão pela qual esta última não poderia usufruir dos benefícios fiscais integrantes do Programa Desenvolve que lhe foi transferido, notadamente o relativo à dilação do prazo para pagamento do saldo devedor do ICMS. Diante de tal situação fática, procedeu à glosa do benefício

no período compreendido entre os meses de janeiro a dezembro de 2009, exigindo o imposto apurado em decorrência da adoção deste procedimento.

Neste ponto, entendo de fundamental importância ressaltar que não pretendo emitir juízo de valor acerca dos aspectos fáticos que conduziram a fiscalização à conclusão no sentido de que o Recorrente deixou de atender aos compromissos assumidos quando da assinatura do Protocolo de Intenções. Esta apreciação, no meu sentir, não cabe a este Conselho e sim, exclusivamente, ao Conselho Deliberativo do Desenvolve, conforme restará demonstrado.

Também reputo inquestionável a competência da Secretaria da Fazenda para proceder à fiscalização quanto à adequada aplicação da legislação tributária por parte dos contribuintes, bem assim quanto ao exercício do ato administrativo consistente no lançamento.

No presente caso, o erro insanável que vislumbro e que, por conseguinte, macula o lançamento de nulidade, reside no fato de a fiscalização ter, de forma precipitada, procedido à lavratura do Auto de Infração na vigência das Resoluções nºs 15/2005 e 138/2011.

Isto porque, constatando a prática de atos por parte do Recorrente os quais, nos termos da legislação de regência, poderiam ensejar o cancelamento do benefício fiscal a que estava habilitado, caberia ao preposto fiscal representar ao órgão competente para que este, no uso das atribuições que a Lei lhe conferiu de forma privativa, tomasse as providências legais cabíveis e a partir daí restasse autorizado o lançamento de ofício.

Segundo dispõe § único do artigo 19 do Decreto nº 8.205/02, o vencimento antecipado das parcelas, cujo prazo para pagamento foi dilatado no âmbito do programa, se constitui em consequência do ato de cancelamento da fruição do benefício. Nestes termos, é de se concluir, necessariamente, que não se verificando o primeiro evento era defeso à fiscalização proceder à lavratura do Auto de Infração nos que foi perpetrado.

Noutro giro, a competência para regência e acompanhamento dos benefícios integrantes do Programa Desenvolve encontra disciplina no artigo 4º da Lei nº 7.980/01 que o instituiu. Vejamos:

*Art. 4º O Poder Executivo constituirá o Conselho Deliberativo do DESENVOLVE, vinculado à Secretaria de Indústria Comércio e Mineração, que examinará e aprovará os projetos, estabelecendo as condições de enquadramento para fins de fruição dos benefícios.*

Em atendimento ao quanto lhe foi delegado, o Poder Executivo editou o Decreto nº 8.205/02 que assim dispôs sobre as atribuições e competências do Conselho Deliberativo do DESENVOLVE:

*Art. 7º O Conselho Deliberativo, órgão de orientação e deliberação superior do DESENVOLVE, terá as seguintes atribuições:*

*I - examinar e aprovar os projetos propostos, estabelecendo as condições de enquadramento para fins de fruição dos benefícios, observando a conveniência e a oportunidade do projeto para o desenvolvimento econômico, social ou tecnológico do Estado, bem assim sua compatibilidade com os objetivos fundamentais do programa e o cumprimento de todas as suas exigências;*

*II - acompanhar, por sua Secretaria Executiva, a execução do cronograma de implantação, expansão, reativação ou dos investimentos em pesquisa e tecnologia, a evolução dos níveis de produção e do seu respectivo nível de emprego, até o fim do prazo de fruição dos benefícios concedidos;*

*Art. 19 – A empresa habilitada aos incentivos do DESENVOLVE terá o benefício cancelado nas seguintes circunstâncias:*

*(...)*

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

No mesmo sentido, dispõe o Regimento Interno do Conselho Deliberativo de que aqui se trata, aprovado pela Resolução nº 02/2002 da Secretaria de Indústria, Comércio e Mineração do Estado da Bahia:

*Art. 7º – Ao Plenário compete privativamente:*

*I – Apreciar e decidir sobre:*

...

b) Cancelamento do benefício quando a empresa habilitada aos benefícios reincidir na falta prevista no artigo 18 do Regulamento do Desenvolve ou quando incidir em dolo ou má-fé na prestação de informações sobre o projeto ou sobre a empresa.

*Parágrafo Único – O cancelamento ou a suspensão a que se refere este inciso dar-se-á por Resolução do Conselho Deliberativo, sendo que na hipótese de cancelamento, este terá fundamento em Parecer da secretaria Executiva.* Grifos meus

Como se pode constatar da simples leitura dos dispositivos reproduzidos, a legislação atribui competência exclusiva ao Conselho Deliberativo do DESENVOLVE quanto à prática do ato suspensivo ou interruptivo do gozo dos benefícios, consubstanciado na expedição de resolução específica para tal fim, sem a qual não se pode cogitar da exigência antecipada das parcelas, cujo prazo de pagamento foi dilatado.

Ciente de tais regramentos, a Superintendência de Administração Tributária da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia – SAT editou, em 23.09.2011, a Instrução Normativa de nº 47/2011 que assim disciplinou os procedimentos a serem observados pelos prepostos fazendários quando da fiscalização de empresas habilitadas ao Programa DESENVOLVE, cujo teor é a seguir reproduzido:

*1 – Na fiscalização de empresas habilitadas ao Programa DESENVOLVE deverá ser observado:*

*1.1 – O atendimento dos termos constantes no projeto que serviu de base para habilitação do contribuinte ao programa de incentivos fiscais;*

*1.2 – A observância da resolução expedida pelo Conselho Deliberativo do Programa DESENVOLVE;*

*1.3 – O cumprimento da legislação tributária relativa à apuração do benefício fiscal;*

*1.4 – O cumprimento das obrigações tributárias relativas às operações ou prestações não incentivadas.*

*2 - Constatado que os termos do projeto não foram atendidos pelo contribuinte beneficiário do Programa DESENVOLVE, o preposto fiscal deverá circunstanciar os fatos, reunir as provas e encaminhar, através do titular da sua repartição fiscal, relatório de auditoria ao Superintendente de Administração Tributária para imediato encaminhamento de denúncia à Secretaria Executiva do Conselho Deliberativo do DESENVOLVE.*

*3 – O envio da denúncia à Secretaria Executiva do Conselho Deliberativo do DESENVOLVE, conforme previsto no item 2, não impede a continuidade da ação fiscal para verificação da observância dos termos da resolução e do cumprimento da legislação tributária em relação à apuração do benefício fiscal, considerando o contribuinte como enquadrado no Programa DESENVOLVE, bem como para verificação do cumprimento das obrigações tributárias principais e acessórias relativas às operações ou prestações não incentivadas do contribuinte.*

*4 – Na hipótese de cancelamento da autorização para utilização dos incentivos fiscais, nos termos do § 2º do art. 19 do Regulamento do Programa DESENVOLVE, aprovado pelo Decreto nº. 8.205, de 03 de abril de 2002, nova ação fiscal deverá ser iniciada para cobrança do imposto não recolhido ao Erário Estadual em virtude da fruição indevida dos benefícios fiscais.* (Grifos meus)

Aplicando as disposições legais acima transcritas ao caso dos autos tem-se que o fiscal autuante deveria elaborar relatório circunstanciado, anexando as provas dos fatos que constatou, e dirigí-lo, através do titular de sua repartição fiscal, ao Superintendente de Administração Tributária para imediato encaminhamento de denúncia à Secretaria Executiva do Conselho Deliberativo do DESENVOLVE. Quanto a este particular, portanto, o procedimento fiscal deveria restar encerrado.

Uma vez aceita a denúncia e cancelado o benefício mediante expedição de resolução própria, nova ação fiscal deveria ser iniciada com vistas à cobrança das parcelas devidas.

Como se vê, é de clareza solar o desacerto da fiscalização que, desafortunadamente, procedeu à glosa dos benefícios fiscais a que o Recorrente faz jus, sem observar, como deveria, ao quanto previsto na legislação de regência.

Em que pese a nobreza do seu intento no sentido de defender os interesses do Estado, deixou o preposto fazendário de observar ao princípio da legalidade que serve de supedâneo à convalidação dos seus atos.

Ante ao exposto, não vislumbro meios capazes de conferir validade e eficácia ao lançamento de ofício de que aqui se trata que, conforme evidenciado, nasceu maculado pelo vício de nulidade. Entender em contrário implica entrar em rota de colisão com os princípios da legalidade, segurança jurídica e moralidade, norteadores do Processo Administrativo Fiscal, o que não se pode conceber.

Ante ao exposto, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário para julgar NULO o Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª 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 299314.0901/12-2, lavrado contra **SANSUY S/A. INDÚSTRIA DE PLASTICOS (SANSUY DO NORDESTE)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$6.372.926,89, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

VOTO VENCEDOR (Quanto à nulidade) – Conselheiros(as): Eduardo Ramos de Santana, Ângelo Mario de Araujo Pitombo e Rubens Bezerra Soares

VOTO DIVERGENTE (Quanto à nulidade) – Conselheiro(as): Rosany Nunes de Mello Nascimento, Alessandra Brandão Barbosa e Raisa Catarina Oliveira Alves.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de agosto de 2013.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – RELATOR

ROSANY NUNES DE MELLO NASCIMENTO – VOTO DIVERGENTE

MARIA OLIVIA TEIXEIRA DE ALMEIDA - REPR. DA PGE/PRO