

A. I. N° - 299314.0701/12-3
AUTUADO - SANSUY S/A INDÚSTRIA DE PLÁSTICOS
AUTUANTE - SÉRGIO BORGES SILVA e CRIZANTO JOSÉ BICALHO
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
INTERNET - 25/02/2013

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0036-03/13

EMENTA: ICMS. PROGRAMA DESENVOLVE. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. USO INDEVIDO DE INCENTIVO FISCAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Restou comprovado que o autuado utilizou incentivo fiscal para recolhimento do imposto sem o cumprimento das condições previstas no Programa DESENVOLVE. Rejeitada a preliminar de nulidade e indeferido o pedido de diligência fiscal. Retificada a multa aplicada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 26/07/2012, refere-se à exigência de R\$7.615.416,31 de ICMS, acrescido da multa de 100%, tendo sido constatado recolhimento do ICMS efetuado a menos, 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 principal, de modo a reduzir o montante do imposto devido, nos meses de janeiro a dezembro de 2008.

De acordo com a descrição dos fatos, em 23/07/2004, foi inscrito na condição de contribuinte normal, Viniartefatos Comércio Importação e Exportação Ltda. Em 19/08/2004, o mencionado contribuinte foi habilitado com os seguintes benefícios, conforme Resolução 35/2004, 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 na 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 700 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.

O autuado, por meio de advogado, apresentou impugnação às fls. 428 a 455. Após fazer uma síntese da autuação, suscita nulidade do Auto de Infração, alegando incompetência da Secretaria da Fazenda para excluir a empresa do DESENVOLVE e cerceamento de defesa pela falta de processo administrativo próprio. Comenta sobre o Programa DESENVOLVE, informando que teve aprovado seu projeto através da Resolução 15/2005, e que somente por meio de nova Resolução do Conselho Deliberativo do Desenvolve é que pode ser cancelado o incentivo, conforme regra do art. 19, § 1º do Decreto 8.205/2002, que transcreveu. 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. Saliencia que o Auditor não tem competência para excluir e cancelar incentivos dados pelo Conselho Deliberativo do DESENVOLVE, e seguindo esse entendimento, a Procuradora, Dra. Ângela Maria Guimarães Feitosa manifestou-se nesse sentido no PAF de nº 299314.0002/07-1. Afirma que, ainda que o autuante tivesse competência para cancelar os benefícios fiscais concedidos ao defendente, seria indispensável a concessão do direito ao contraditório e à ampla defesa através de um procedimento próprio para este fim. Neste sentido, cita uma resposta dada pela Secretaria da Indústria, Comércio e Mineração da Bahia a quesitos formulados pelo defendente. Também transcreve o art. 5º, inciso LV da Constituição Federal; ensinamentos de Roque Antônio Carrazza e Luciano Amaro. Apresenta o entendimento de que o trabalho dos auditores representou o cancelamento dos benefícios concedidos pelo Conselho Deliberativo porque desconsiderou os lançamentos na sua totalidade. Transcreve o art. 41 da Lei 7.014/96, citando as penalidades que podem ser aplicadas pela infração à legislação. Afirma que está demonstrada a incompetência dos autuantes para cancelar benefícios concedidos ao autuado, bem como a falta de um prévio processo administrativo com este fim. Por isso, requer a nulidade do Auto de Infração.

Prosseguindo, o defendente elabora um histórico dos incentivos fiscais que lhe foram concedidos, salientando que na cópia do processo de pedido de transferência dos incentivos, apresentado ao Conselho do DESENVOLVE, indica que a revogação dos benefícios do BAHIAPLAST ocorreu em consequência da transferência de incentivos do Programa Desenvolve. Comenta sobre o mencionado Programa, reproduz o art. 14 do Regulamento do Desenvolve e diz que na resolução de concessão do Desenvolve para a Sansuy, a gradação dos benefícios foi feita nas seguintes condições: enquadramento do projeto na classe I e não fixação do piso, indicando que a dilação de prazo deve incidir sobre todo o valor do ICMS apurado. Saliencia que o Conselho Deliberativo revogou a resolução do BAHIAPLAST para poder enquadrar a empresa no DESENVOLVE, e permitiu a aplicação do novo incentivo ao saldo total de ICMS apurado, sendo esta a única maneira de não prejudicar as operações da empresa com a revogação do BAHIAPLAST.

O defendente comenta sobre os procedimentos adotados pelos Conselhos Deliberativos dos diversos programas de atração de investimento e fomento da atividade industrial do Estado da Bahia e diz que no entendimento dos autuantes o autuado desobedeceu aos objetivos do

programa, apesar de esta análise e decisão não ser de competência dos auditores e sim do Conselho Deliberativo. Afirmar que não é verdadeira a presunção feita pelos autuantes, tendo em vista que 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 para aumentar a transformação industrial, aumentar a sua competitividade e ganhar novas mercadorias, principalmente de produtos com maior valor agregado. Conclui que ao contrário do quanto afirmado pelos autuantes, não foi descumprido o dispositivo legal indicado no Auto de Infração, não havendo razão para a manutenção do presente lançamento.

Ressalta que mesmo que a Sansuy não tivesse efetuado qualquer investimento após a incorporação da Viniartefatos, a utilização dos incentivos foi correta, porque o Conselho concedeu os benefícios do DESENVOLVE para toda a atividade da empresa e não apenas sobre o ICMS incremental decorrente de novos investimentos. Neste contexto, traz à colação trecho do Parecer da Procuradoria no Auto de Infração de nº 299314.0701/12-3.

O autuado também alega que o protocolo de intenções não é legislação tributária e não pode fundamentar a imposição de qualquer penalidade. Reproduz os arts. 96, 100 e 142 do CTN, e afirma que não pode a atividade fiscalizadora fundamentar-se única e exclusivamente em um documento não normativo, que apenas indica intenções das partes. Diz que o Auto de Infração não está vinculado a uma determinação legal, mas apenas a um protocolo de intenções, razão pela qual está eivado de vício na sua origem. Afirmar que atualmente o Conselho Deliberativo do DESENVOLVE tem adotado uma posição diferente, pois passou a exigir assinatura de um “contrato de obrigações mútuas e recíprocas” entre a empresa beneficiária do programa e o Estado da Bahia. Entende que 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.

Quanto à multa aplicada no presente Auto de Infração, o defendente alega que em nenhum trecho da descrição da infração foram utilizadas as expressões “fraude” ou “fraudulenta”, inexistindo uma relação clara e precisa entre o enquadramento da multa e a descrição da infração cometida. Cita os arts. 18 e 39 do RPAF/BA e alega que a falta da descrição clara e precisa dos fatos considerados como infração, pode levar à nulidade do Auto de Infração. Que o CONSEF tem reiteradamente declarado nulos os processos que não determinam com segurança a infração cometida. Diz que a aplicação da multa sobre o valor do imposto se mostra excessiva em face da inexistência de dolo, fraude ou simulação, tampouco inexistiu pagamento a menos de ICMS. Que houve desproporção que deve ser corrigida, tendo em vista que a multa deve respeitar o princípio da proporcionalidade, e por isso, não pode significar a destruição da empresa. Neste sentido, transcreve trechos da obra Sanções Tributária e Sanções Penais Tributária de Ângela Maria Motta Pacheco e decisões do Supremo Tribunal Federal. Comenta sobre o princípio da legalidade, apresentando o entendimento de que no presente Auto de Infração houve ilegalidade flagrante, pelas diversas razões apresentadas na impugnação, e solicita que a ilegalidade seja de pronto apreciada por este órgão julgador, através da nulidade do Auto de Infração.

Por fim, o defendente afirma que restou evidenciado que o presente Auto de Infração deve ser julgado nulo, e na remota hipótese de se ultrapassar as preliminares apresentadas, requer sejam resolvidas as questões suscitadas e julgado improcedente a autuação fiscal. Apenas por prudência, e em atenção ao princípio da eventualidade, requer a redução da multa.

Os autuantes prestaram informação fiscal às fls. 600 a 637 dos autos. Preliminarmente, ressaltam que o defendente já foi anteriormente autuado, por cometer esta mesma infração. Auto de Infração nº 299314.0002/07-1 e Auto de Infração nº 299314.0100/11-1, ambos julgados procedentes, sendo o primeiro é relativo ao período de março de 2005 a outubro de 2007 e o segundo refere-se ao período imediatamente posterior, ou seja, novembro a dezembro de 2007, e o autuado

manteve-se cometendo a mesma infração nos exercícios posteriores aos fiscalizados, autuados e julgados.

Quanto aos argumentos defensivos, entendem que o autuado preferiu não aproveitar a oportunidade para explicar os fatos apurados, descritos e comprovados com cópias de documentos anexados ao PAF. Dizem que em relação ao pedido de nulidade do Auto de Infração, o autuado demonstra entender que o Estado da Bahia apenas concede os benefícios do Programa DESENVOLVE em certas condições. Se o Contribuinte não cumprir tais condições contratadas com o Estado não poderá fruir do correspondente benefício. Contudo, estranhamente, o Contribuinte passa a defender a fruição do benefício do Programa DESENVOLVE sem contrapartida para com o Estado da Bahia.

Informam que às fls. 1 a 424 restou comprovado que o autuado recebeu cópia do auto e todos os demonstrativos, levantamentos e documentos integrantes do Auto de Infração de nº 299314.0701/12-3 em 27 de julho de 2012, tornando insustentável qualquer alegação de cerceamento de defesa. Que em momento algum se promoveu, sob qualquer aspecto, o cancelamento do benefício fiscal concedido à empresa Sansuy S/A Indústria de Plásticos relativamente ao Programa DESENVOLVE.

Os autuantes esclarecem que no exercício de sua competência privativa, procederam ao exame dos créditos e débitos fiscais do ICMS apropriados mensalmente pelo contribuinte Sansuy S/A Indústria de Plásticos e a conseqüente repercussão no recolhimento do ICMS devido. Foram considerados os vários roteiros de auditoria e que no caso em tela, após os citados exames, verificou-se que o Contribuinte incorreu na infração apontada, o que ficou comprovado pelos anexos de fls.: 04 a 424 do PAF. Dizem que anexaram ao presente PAF o Acórdão CJF Nº 0219-12/10, fls.: 286 a 300, que demonstra que o CONSEF tem conhecimento da existência e dos teores dos Pareceres citados nas razões de defesa. Que o Parecer de doutora Ângela Maria Guimarães Feitosa não se presta ao fim pretendido pelo Autuado, ou seja, elidir a infração apontada.

Em relação ao Acórdão CJF Nº 0219-12/10 da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, datado de 19/julho/2010, às fls: 290 deste PAF, dizem que a ilustre procuradora (doutora Sylvia Maria Amoêdo Cavalcante) ressalta que foi lícita a incorporação da Viniartefatos e que os autuantes não cancelaram o benefício do DESENVOLVE concedido à Sansuy. Afirma que a Decisão recorrida está correta, pois o recorrente não cumpriu as condições pactuadas no Protocolo de Intenções firmado com o Estado da Bahia, deixando, assim, de fazer os investimentos e de criar os empregos previstos. Diz que, desse modo, não houve para o Estado da Bahia benefício que compensasse a renúncia fiscal advinda do parcelamento do ICMS em 72 meses. Esclarecem que no mencionado Parecer a Procuradora opinou pelo não provimento do Recurso Voluntário, para que fosse o Auto de Infração julgado procedente, com o retorno da multa aplicada ao percentual de 100%. Salientam que as práticas adotadas pelo autuado, comprovadas pelos anexos de fls.04 a 424 do PAF, do qual o defendente recebeu cópia de todos os demonstrativos, levantamentos e documentos, torna insustentável qualquer alegação de cerceamento de defesa. Dizem que, uma vez concedidos benefícios fiscais mediante resoluções, para empresas integrantes dos programas instituídos, cabe à fiscalização verificar os procedimentos adotados pelos contribuintes em cumprimento das normas contidas na legislação tributária e caso a fiscalização constate práticas adotadas pelos contribuintes que conflitem com as normas, é de competência dos auditores fiscais, fazer o lançamento de ofício. Concluem que não há razão para ser declarada a nulidade do auto de infração. Que o defendente nada trouxe ao presente PAF que pudesse desclassificar a farta documentação nele contida, ficando confirmado que o autuado não cumpriu as condições pactuadas no Protocolo de Intenções firmado com o Estado da Bahia, deixando, assim, de fazer os investimentos e de criar os empregos previstos. Que a impugnação apresentada pelo autuado não confrontou com as contundentes informações trazidas no PAF, de fls. 01, 02 e 03, documentadas através dos seus anexos, e o autuado preferiu conduzir sua defesa mantendo-se a boa distância destas informações, nada apresentando que pudesse ser útil.

Quanto ao Programa DESENVOLVE, afirmam que o autuado continua com sua reflexão afastada dos fatos que fundamentaram o auto de infração e que, no entendimento do defendente, o Estado da Bahia deve garantir ao Contribuinte a fruição graciosamente do benefício fiscal em comento, na breve expectativa de uma atitude que corresponda a alguma contrapartida deste, ou seja, na prática o Contribuinte entende ter assegurado o direito de uso de benefício fiscal e o Estado da Bahia a obrigação de nada reclamar, o que, de fato não é o que se extrai da Lei nº 7.980 - Programa DESENVOLVE, regulamentada pelo Decreto nº 8.205. Afirmam que o autuado tenta manter o foco de discussão longe dos fatos que fundamentaram o auto de infração em tela, de tal forma a não confrontar-se com as contundentes informações trazidas no PAF, de fls. 01, 02 e 03, documentadas através dos seus anexos. Desta forma, pretende construir sua defesa sem qualquer nexos com a infração caracterizada neste PAF e ricamente documentada. Que o contribuinte nada apresenta que possa ser útil a sua peça de defesa, logo, sua manifestação em nada o beneficia.

Quanto aos investimentos que o autuado alegou ter realizado, lembram que nos PAFs referentes aos Autos de Infração 299314.0002/07-1 e 299314.0100/11-1, os investimentos citados pelo contribuinte naquelas oportunidades, em suas peças de defesa, reportando o período de 2005 a 2007, já foram objeto de análise e julgamento do CONSEF que entendeu não restarem comprovados os referidos investimentos. Destacam que o autuado não anexou qualquer documento que comprove investimento em conformidade com suas obrigações assumidas com o Estado da Bahia para fruição do Programa DESENVOLVE. Não apresentou documentos que comprovam os citados investimentos, pois, os investimentos nunca existiram e, portanto, não há como apresentar qualquer documento. Se apresentasse neste PAF, qualquer documento tal como fez nas suas defesas referentes aos Autos de Infração citados acima, apenas produziria novamente provas contra si, visto que, os documentos fiscais se prestariam unicamente a comprovar que o que chama de investimentos apenas 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 reposições utilizadas nas máquinas e equipamentos do estabelecimento autuado. Para ilustrar o que foi dito, os autuantes transcrevem parte da informação fiscal do Auto de Infração 299314.0002/07-1, já analisado pelo CONSEF. Também destacam que o entendimento reportado pelo Autuado foi revisto, tal como historia o Acórdão CJF Nº 0219-12/10 proferido pela 2ª Câmara de Julgamento Fiscal integralmente transcrito.

Em relação ao protocolo de intenções, dizem que o próprio defendente demonstra que tem conhecimento de que existem ações a serem desenvolvidas, as quais têm cunho de guardarem a justa reciprocidade entre os signatários e que estão regidas por condições pactuadas entre os mesmos. Porém, indo de encontro ao que demonstrou entender, ou seja, a devida reciprocidade condicionada, o autuado declara que o seu compromisso com o Estado da Bahia “... *não é legislação tributária e não pode fundamentar a imposição de qualquer penalidade* ...”. Afirmam que o autuado quer ter assegurado o direito de uso de benefício fiscal e que o Estado da Bahia apenas tenha a obrigação de nada reclamar, o que, de fato não é o que se extrai da Lei nº 7.980 - Programa DESENVOLVE, regulamentada pelo Decreto nº 8.205.

Contestam os argumentos defensivos quanto à multa aplicada e dizem que, além da descrição da infração conforme o padrão do sistema automatizado de emissão de Auto de Infração, os Autuantes explicaram detalhadamente, a irregularidade apurada, bem como elaboraram treze anexos referentes à determinação da infração e do imposto lançado e, assim, ao contrário do afirmado pelo Autuado, constata-se que a descrição da infração foi satisfatória e permitiu o pleno exercício do direito de defesa. 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 e que a descrição dos fatos é clara e permite o exercício do direito de defesa em sua plenitude, tornando insustentável qualquer alegação de cerceamento de defesa, inclusive com a devida concessão de prazo para apresentação de sua peça de defesa. Que

não restou fato ou argumentação trazidos ao presente PAF pelo autuado sem a necessária análise, o devido ordenamento dos fatos, a comprovação documental e legal de tudo quanto foi alegado, restando unicamente aos Autuantes refutar toda e qualquer expectativa do Contribuinte de ver a presente autuação ser julgada nula.

Por fim, ressaltam que após verificar as fls.: 1 a 424 restou comprovado que é insustentável qualquer alegação de cerceamento de defesa. Que deve ser considerada improcedente a impugnação apresentada, e que o presente Auto de Infração seja julgado integralmente procedente.

VOTO

O autuado apresentou impugnação ao presente Auto de Infração, alegando incompetência dos autuantes para cancelar benefícios concedidos ao autuado, bem como a falta de um prévio processo administrativo com este fim, também alegando cerceamento de defesa.

Observo que se trata de Auto de Infração lavrado em decorrência da ação fiscal realizada no estabelecimento autuado e, conforme salientaram os autuantes na informação fiscal, no exercício de sua competência privativa, procederam ao exame dos créditos e débitos fiscais do ICMS apropriados mensalmente pelo autuado e a conseqüente repercussão no recolhimento do ICMS devido. Foram cumpridos roteiros de auditoria e após os citados exames, verificou-se que o defendente incorreu na infração apontada, o que ficou comprovado pelo levantamento fiscal.

De acordo com o art. 107 do Código Tributário do Estado da Bahia (Lei 9.837/05), e art. 42 do RPAF-BA, os Auditores Fiscais têm competência para realizar o procedimento fiscal, inexistindo qualquer conflito entre a ação fiscal e as atribuições do Conselho Deliberativo do DESENVOLVE. Portanto, inexistente qualquer limitação legal para que os Auditores Fiscais possam efetuar o lançamento de ofício, haja vista que cabe à fiscalização verificar os procedimentos adotados pelos contribuintes em cumprimento à legislação tributária e, sendo constatada qualquer irregularidade, os Auditores Fiscais devem fazer o lançamento de ofício, como foi efetuado no presente caso.

Está comprovado nos autos que o defendente recebeu cópia do auto de infração e de todos os demonstrativos, levantamentos e documentos integrantes do Auto de Infração, sendo insustentável a alegação de cerceamento de defesa.

Quanto à alegação de que não foi observado o prévio processo administrativo, ressalto que na fase do procedimento fiscal não há previsão legal de instauração de processo administrativo, e o contraditório é exercido pelo autuado quando da impugnação ao Auto de Infração, analisando-se as alegações defensivas e a respectiva documentação comprobatória dessas alegações.

Concordo com a informação do autuante de 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 e que a descrição dos fatos é clara e permite o exercício do direito de defesa em sua plenitude, tornando insustentável qualquer alegação de cerceamento de defesa.

Rejeito a preliminar de nulidade apresentada nas razões de defesa, haja vista que a descrição dos fatos no presente Auto de Infração foi efetuada de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada, relativamente às irregularidades apuradas, não foi constatada violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos.

O PAF está revestido das formalidades legais, e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento.

No 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 2008, conforme demonstrativo à fl. 10.

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. 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 mês 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.

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.

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. Requeru 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.

Quanto aos pareceres citados pelo defendente, não acato as alegações defensivas, tendo em vista que os mencionados pareceres são opinativos, não 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.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **299314.0701/12-3**, lavrado contra **SANSUY S/A INDÚSTRIA DE PLÁSTICOS**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o

pagamento do imposto no valor total de **R\$7.615.416,31**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de fevereiro de 2013

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA