

AI. Nº - 299314.1201/13-2
AUTUADO - SANSUY S/A INDÚSTRIA DE PLÁSTICOS
AUTUANTES - SERGIO BORGES SILVA e CRIZANTO JOSÉ BICALHO
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
INTERNET - 20. 05. 2014

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0093-01/14

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 19/12/2013, exige o valor de R\$ 7.124.273,23 (além da multa de 100%), 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*”. Período da autuação janeiro/dezembro 2011.

Consta, na descrição dos fatos, que em 23/07/04, foi inscrito na condição de contribuinte normal, Viniartefatos Comércio Importação e Exportação Ltda. (CICMS 64.187.765); em 19/08/04 habilitado aos benefícios fiscais concedidos através da Resolução 35/2004 do Conselho Deliberativo do DESENVOLVE: Diferimento do lançamento e pagamento do ICMS em determinadas hipóteses (1); Dilação do prazo de 72 (setenta e dois meses) para pagamento do saldo devedor do ICMS (2).

Incorporado em 17/12/04 pela Sansuy S/A Indústria de Plásticos (CICMS 02.082.206); 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, “inadequações encontradas” pelos Auditores Fiscais:

“*I - Na fl. 01 do Pedido do contribuinte Viniartefatos 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. (Anexo 07).*

Contudo, se pode verificar na escrituração contábil do Contribuinte, em anexo (Anexo 05), consolidada com a da sua matriz localizada na cidade de Embu - São Paulo, 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 (cópias das notas fiscais de aquisição dos ativos pela Vineartefatos da Sansuy, conforme Anexo 04).

Verifica-se também que tal aquisição se deu em 26/11/2004, no valor de R\$5.877.726,00, sendo lançada na conta ativo imobilizado e, como não foi paga tal aquisição, também lançada na conta fornecedores (Anexo 05). As máquinas e equipamentos não chegaram a sair fisicamente da Sansuy, já que, em 17/12/2004 houve a incorporação da Vineartefatos por parte da Sansuy e, portanto, voltaram ao ativo permanente da Sansuy as citadas máquinas e equipamentos. A Vineartefatos, que pretendia criar, na Bahia, "mais de setecentos empregos diretos e, pelo menos, mais de mil empregos indiretos", nenhum emprego ofertou, conforme verificamos no Livro de Registro de Empregados (Anexo 08).

A Vineartefatos não adquiriu insumos, não constituiu estoques de matéria-prima, nada produziu e nem mesmo chegou a pedir a SEFAZ/BA autorização para impressão de documentos fiscais (Anexo 06).

A aquisição pela Vineartefatos de parte das máquinas e equipamentos da Sansuy, pelas suas características quanto ao seu emprego no processo fabril, testifica que a tecnologia que seria empregada pela Vineartefatos guarda plena conformidade com a que já era utilizada anteriormente pela Sansuy.

II - A Sansuy cedeu terreno vizinho ao seu parque fabril em Camaçari sem ônus a Vineartefatos (cópia do contrato de comodato, Anexo 07). Tal facilidade decorre de decisão dos sócios das citadas empresas uma vez que sócios da Vineartefatos também participam na mesma condição da Sansuy, conforme comprovamos pelas cópias anexas dos dados cadastrais na Sefaz/BA dos citados Contribuintes (Anexo 06). Neste citado terreno, nada foi edificado, mesmo porque segundo o cronograma de implantação do projeto, estava previsto para 2005, mas, como dissemos, houve a incorporação da Vineartefatos ainda em 2004 pela Sansuy que, por sua vez, manteve sem qualquer alteração seu parque fabril.

III - A Vineartefatos firmou em 06/08/2004 com o Estado da Bahia um Protocolo de Intenções (Anexo 07) no qual se compromete a viabilizar a instalação de indústria no Estado da Bahia dentre as quais, instalar no município de Camaçari uma unidade industrial no valor de aproximadamente R\$63.000.000,00 (sessenta e três milhões de Reais), gerar 700 (setecentos) empregos diretos e 1.000 (mil) indiretos, desenvolver e empregar moderna tecnologia no processo industrial e produto, absorver a título de primeiro emprego, pelo menos 2 (dois) trabalhadores, como forma de inserção do jovem no mercado de trabalho e manter o mínimo de 2 (dois) portadores de deficiência recrutados através das Voluntárias Sociais da Bahia, contudo, conforme o exposto acima, tais intenções não foram realizadas pela Vineartefatos 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".

O Autuado apresenta defesa, às fls. 447 a 477 (volume II), fazendo uma sinopse da atuação da empresa, aduzindo que foi constituída em 09 de maio de 1966, sob a forma de sociedade por cota de responsabilidade limitada, exercendo a atividade no ramo industrial e comercial de artefatos plástico, sendo transformado em sociedade anônima, em 17 de dezembro de 1968.

Destaca suas atividades de exploração da indústria, comércio, importação e exportação de artefatos de plásticos em geral e suas matérias primas. Diz que ao longo do tempo, investiu em tecnologia e estrutura, diversificou para a produção de laminados flexíveis de PVC (policloreto de vinila) e seus manufaturados. Atualmente, suas unidades fabris estratégicamente estão localizadas em São Paulo e na Bahia, fornecendo produtos para os mais diversos setores da economia: proteção ambiental, energia renovável, agronegócios, automotivo, transporte e logística, mineração, construção e arquitetura, armazenagem, sinalização e comunicação visual, moveleiro, lazer e papelaria, entre outros, abastecendo tanto o mercado interno como o externo. Sublinha que sua visão estratégica não está focada apenas no crescimento em mercados nos

quais atua, mas, atenta aos sinais de desenvolvimento e aos novos segmentos de mercado, procurando ampliar o atendimento com ética, seriedade, transparência e versatilidade.

Afirma que nunca relegou o aspecto social e emprega mais de mil funcionários diretamente e outras milhares de pessoas indiretamente, oferecendo aqueles a mais ampla relação de benefícios. No final do ano de 2005, contudo, requereu a sua recuperação judicial, em razão das dificuldades que surgiram e afetaram diretamente ao mercado do país, em decorrência, principalmente, da globalização e da falta de um ajuste fiscal e tributário eficiente, além da elevação dos juros que atingiram diretamente o custo dos produtos industrializados. Acosta documentos que comprovam o cumprimento do plano de recuperação judicial (Anexo II).

Diz que no auto de infração, 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.

Diz ainda que, para fundamentar a autuação, os fiscais apresentaram o que consideram “*Inadequações Encontradas*” e concluíram que as intenções previstas em protocolo não foram alcançadas. Argui que o auto de infração deve ser julgado improcedente, na forma das razões abaixo apresentadas:

Pede, contudo, nulidade do auto de infração pela incompetência absoluta da Secretaria da Fazenda para excluir a empresa do DESENVOLVE e cerceamento do direito de defesa pela falta de um processo administrativo próprio. Discorre sobre o Programa do DESENVOLVE, as condições para a fruição dos benefícios concedidos, aduzindo que, uma vez que a Autuada teve aprovado o seu projeto, através da Resolução nº 15/2005 (anexo IV), só uma nova resolução do Conselho Deliberativo do Desenvolve poderá cancelar o incentivo, através de parecer da sua Secretaria Executiva, conforme a regra contida no art. 19, parágrafo primeiro, do Decreto 8.205 de 2002.

Argumenta que, no caso em tela, o Auditor, de ofício, sem o crivo do contraditório e da ampla defesa, entendeu que a empresa não cumpriu as normas inerentes ao Programa, declarando prejudicados os objetivos originais do DESENVOLVE, e lavrou o presente auto de infração, exigindo da empresa o pagamento da diferença do ICMS. Firma que o Auditor Fiscal não tem competência para excluir e cancelar incentivos dados pelo Conselho Deliberativo do DESENVOLVE, pois existe procedimento específico e, além disso, autoridade legalmente instituída para tal fim, disciplina do artigo 4º, da Lei nº 7.980/01 que o instituiu. Nesse mesmo sentido, o Poder Executivo editou o Decreto nº 8.205/02 que dispôs sobre as atribuições e competências do Conselho Deliberativo do DESENVOLVE (art. 7º e 19º), além do Regimento Interno do Conselho Deliberativo, aprovado pela Resolução nº 02/2002 da Secretaria de Indústria, Comércio e Mineração do Estado da Bahia.

Reitera que a legislação atribui competência exclusiva ao Conselho Deliberativo do DESENVOLVE quanto à prática do ato suspensivo no 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. Nesse mister, argui, 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 disciplinou os procedimentos a serem observados pelos prepostos fazendários quando da fiscalização de empresas habilitadas ao Programa DESENVOLVE.

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 principal e acessória 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.

Reclama que a fiscalização procedeu à glosa dos benefícios fiscais a que faz jus, sem observar a previsão na legislação de regência. Transcreve em favor de suas alegações o entendimento da Procuradoria Geral do Estado, nos autos do PAF nº 2993140002/07-1 (anexo V), evidenciando que o Auditor Fiscal não poderia lavrar o presente auto de infração, razão porque é nulo de pleno.

Argui, ainda que tivesse competência, o Auditor, para cancelar os benefícios fiscais concedidos, indispensável a concessão do direito ao contraditório e à ampla defesa através de um procedimento próprio para este fim, conforme entendimento manifestado pela Jurisprudência: Cita como exemplo um desenquadramento do Regime tributária de microempresa (TJSP – AC 65.522-5 – Jundiaí – 8ª CDPúb. – Rel. Des. Toledo Silva – J. 17.11.1999 – v.u.). Conclui que a revogação ou cancelamento do programa DESENVOLVE é matéria de competência exclusiva do Conselho Deliberativo, sujeito a prévia notificação da empresa, facultando-lhe a apresentação de defesa, com contraditório específico, respeitando a ampla defesa. Fortalece o seu entendimento a resposta dada pela Secretaria de Indústria, Comércio e Mineração, a quesitos formulados pela Autuada (anexo VI) e aduz que a conduta dos Autuantes, na hipótese em exame, desvirtuou o princípio da finalidade que norteia os atos administrativos, pois ignorou o objetivo em vista do qual foi editado o dispositivo legal. Cita Celso Antônio Bandeira de Mello e Luciano Amaro, sobre a legalidade tributária.

Argumenta que o trabalho dos auditores representou efetivamente o cancelamento dos benefícios concedidos pelo Conselho Deliberativo, pois desconsiderou os lançamentos na sua totalidade, extrapolando os limites de competência que lhe são conferidos. Transcreve o art. 41, III, da Lei Nº 7.014/96, determina a penalidade a ser aplicada no “cancelamento de benefícios fiscais” e o art. 48, que indica procedimento especial para o cancelamento dos benefícios fiscais.

Enfatiza que o Auditor Fiscal não tem liberdade para cancelar qualquer tipo de benefício ou incentivo fiscal, sem o crivo do contraditório e da ampla defesa; o cancelamento do benefício de ofício, como feito no caso em tela, fere de morte os princípios constitucionais já referidos. Requer a declaração da nulidade do auto de infração.

Narra o histórico dos benefícios fiscais que já lhes foram concedidos. Diz que o primeiro pleito referia-se ao financiamento com recursos do PROIND (Secretário de Indústria, Comércio e Mineração, em 26 de maio de 1997), indicado no anexo VII. O financiamento solicitado foi aprovado, conforme Resolução Nº 23/97, publicada no Diário Oficial de 19 de dezembro de 1997, no âmbito do PROBAHIA. Em 28 de setembro de 1998, diz que a Sansuy renúncia aos benefícios do PROBAHIA e solicitando os incentivos previstos no Programa BAHIAPLAST, conforme Resolução Nº 16/2002, publicada em 30 de outubro de 2002 (anexo VIII). Em 20 de agosto de 2004 foi publicada a Resolução Nº 35/2004, do DESENVOLVE, que habilitou o projeto da Viniartefatos aos incentivos do programa (anexo IX).

Diz que, posteriormente, apresentou consulta à Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia - SEFAZ, através do processo nº 16178820049 (anexo X), questionando se, em função de incorporação, teria a Sansuy 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 XI), indicando que deveria ser editada nova resolução. Aduz que o pedido de transferência dos benefícios atendeu plenamente às regras do Regulamento do DESENVOLVE (art. 21, Decreto nº 8.205/02).

Completa que o Diário Oficial de 12 de março de 2005 publicou duas resoluções referentes aos projetos das empresas: a) 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 (anexo IV); b) e a Resolução Nº 02/2005 do Conselho Deliberativo do BAHIAPLAST, que revogou a habilitação da Sansuy aos benefícios deste programa (anexo XII).

Discorre sobre o programa DESENVOLVE, anuindo que seu principal objetivo é complementar e diversificar a matriz industrial e agroindustrial do Estado. Os incentivos fiscais inseridos no Programa foram concedidos à Viniartefatos pela Resolução nº 35/2004, depois transferidos para a Sansuy, através da Resolução nº 15/2005. Aduz que, de acordo com a alegação dos autuantes, a Sansuy não teria direito a utilizar os benefícios do DESENVOLVE porque, segundo eles, não cumpriram o acordado em protocolo de intenções, ou seja, a realização de novos investimentos e a geração de novos empregos. Ocorre que não existe qualquer ato do Conselho Deliberativo do DESENVOLVE limitando, suspendendo ou cancelando os incentivos que foram concedidos através da Resolução DESENVOLVE nº 15/2005.

Nesse contexto, diz que a Resolução, não condicionou o benefício a qualquer elemento constante do Protocolo de Intenções, que na verdade, é um instrumento preliminar firmado entre o Estado da Bahia e o Particular, conforme dispõe o próprio instrumento, na sua cláusula quinta, letra "b", Diz ainda que o fato de as duas resoluções terem sido publicadas na mesma data reforça ainda mais o argumento de que a concessão do DESENVOLVE sem qualquer tipo de piso ou limite indica que o novo incentivo concedido à Sansuy deve ser aplicado sobre a produção total (art. 14). Defende que a gradação dos "benefícios atribuídos" 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. Diz que na resolução de concessão do DESENVOLVE para a Sansuy a gradação dos "benefícios atribuídos" foi feita nas seguintes condições: enquadramento do projeto na classe I e não fixação de piso, indicando que a dilação de prazo deve incidir sobre todo o valor do ICMS apurado.

Explica que para poder enquadrar o projeto da empresa no DESENVOLVE o Conselho Deliberativo revogou a resolução do BAHIAPLAST e permitiu a aplicação do novo incentivo ao saldo total de ICMS apurado, a única maneira de não prejudicar as operações da empresa com a revogação do BAHIAPLAST.

Assinala que 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. Como na Resolução nº 15/2005 o Conselho não fixou o piso, outro entendimento não pode haver que não seja o direito de aplicação dos benefícios sobre toda a parcela apurada.

Reitera que a competência para excluir ou não determinadas empresas é do Conselho Deliberativo do DESENVOLVE; que irresignada com a conduta adotada pelos Fiscais formulou requerimento ao Conselho, que foi provido ensejando a publicação da Resolução 138/2011. Diz que a nova Resolução publicada no Diário Oficial do dia 03/08/2011, reconheceu o direito do Contribuinte a CONTINUAR GOZANDO DOS BENEFÍCIOS DO PROGRAMA, concedidos originalmente através da Resolução nº 35/2004 para a empresa VINIARTEFATOS e transferidos posteriormente através da Resolução nº 15/2005 para a SANSUY.

Diz que a transferência para a Sansuy dos benefícios concedidos a vineartefatos, nas mesmas condições indica que os procedimentos adotados fazem parte das normas tributárias e por isso devem ter sua eficácia garantida, a teor do art. 100, CTN. Descreve os vários casos em que o Estado da Bahia autorizou a transferência dos benefícios

Cita o caso da COBAFI – Companhia Baiana de Fibras foi habilitada aos incentivos do Programa BAHIAPLAST através da Resolução Nº 20/2001, de 26 de outubro de 2001. Estes benefícios foram revogados pela Resolução Nº 06/2004, publicada no Diário Oficial do Estado em 19 de outubro de 2004. Nesta mesma data também foi publicada a Resolução Nº 19/2004 do Conselho Deliberativo do PROBAHIA concedendo à COBAFI os incentivos de crédito presumido e diferimento previstos no Decreto Nº 6.734/97. 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.

Salienta-se que nos dois casos o cancelamento do BAHIAPLAST e a concessão do novo benefício ocorreram na mesma data. Os dois novos benefícios também foram concedidos sem qualquer tipo de restrição ou limite, tal como a imposição de um piso mínimo de arrecadação. Estes dois fatos indicam que a concessão dos novos benefícios tem efeitos sobre toda a produção, seja resultante de investimentos passados ou de investimentos que ainda serão realizados.

Cita ainda o caso da IBR Indústria Brasileira de Resinas Ltda. (Resolução nº 06/2000 e Resolução nº 11/2005), da DUSA Dupont Sabanci Brasil S/A (Resolução nº 20/2004 e Resolução nº 07/2006), que, dentre outras providências, transferiu os benefícios da DUSA para a COBAFI.

Diz que a presente infração foi enquadrada no artigo 1º do Decreto nº 8.205 e que, no entendimento fiscal, a empresa desobedeceu aos objetivos do programa, apesar da falta de competência dos auditores e sim do Conselho Deliberativo do Programa. Refuta que a presunção feita pelos atuantes não é verdadeira, pois a empresa realizou diversos investimentos após a incorporação dos incentivos da Viniartefatos, apesar de a empresa estar em processo de recuperação judicial, que podem ser facilmente comprovados mediante diligência à sede da empresa, o que desde já se requer, de modo a constatar os investimentos para aumentar a transformação industrial, aumentar a sua competitividade e ganhar novos mercados, principalmente de produtos com maior valor agregado.

Acrescenta 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 quanto afirmado pelos autuantes, não foram “(...) prejudicados os objetivos originais” e o dispositivo indicado no auto de infração (art. 1º, do Decreto Nº 8.205/02) não foi descumprido, não havendo, portanto, 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. Nesse contexto, traz à colação trecho do Parecer da Douta Procuradora Sylvia Amoedo, exarado no auto de infração nº 299314.0701/12-3 (anexo XIV), dispondo que: 1) *não há imposto devido pela autuada que não tenha sido recolhido integral e tempestivamente*. 2) *o imposto lançado no presente auto de infração é aquele a que a autuada faz jus a dilação de prazo para pagamento, pelas regras do desenvolve*. 3) *benefício do Desenvolve foi regular e legalmente transferido da VINIARTEFATOS para a SANSUY, através da incorporação da primeira pela segunda*. 4) *não há comprovação de fraude, por verificação efetuada pela Secretaria Executiva do Desenvolve, através da Coordenação de Incentivos, no processo de concessão do Desenvolve através da resolução nº 15/2005*. 5) *as exigências contidas no Protocolo de Intenções firmado entre o Estado e a SANSUY, quando da concessão do Desenvolve, foram cumpridas desde a fruição do anterior benefício do BAHIAPLAST, as quais foram consideradas válidas para o ingresso no benefício e tornou desnecessário exigir os investimentos previstos no Protocolo de Intenções da VINIARTEFATOS.*"

Diz que o parecer é de clareza solar, pois retrata exatamente o correto entendimento que deve adotar para o caso em tela. Pede a improcedência da autuação, na hipótese de ser ultrapassada a preliminar de nulidade, agitada no início.

Argui o autuado que pela leitura do auto de infração pode-se inferir que a autuação ocorreu em função do suposto descumprimento das cláusulas do Protocolo de Intenções firmado entre a VINIARTEFATOS e o Estado da Bahia, conforme Anexo XV. Diz, porém, conforme a própria denominação do documento indica, apenas intenções são apresentadas no protocolo. 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*".

Chama a atenção 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, considera-se legislação tributária apenas as leis, os tratados e convenções internacionais, os decretos e as normas complementares. Conclui que não pode a atividade fiscalizadora fundamentar-se única e exclusivamente em um documento não normativo, que apenas indica intenções das partes e que o procedimento fiscal, ora discutido, está em desacordo com o art. 142, do CTN e seu parágrafo único. O presente 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.

Diz ainda 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. Transcreve a RESOLUÇÃO Nº 021/2007 (*Publicada no Diário Oficial de 24/10/2007*) para definir 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.

Afirma que pela descrição da multa aplicada (art. 42, inciso IV, alínea "j", da Lei nº 7.014/96), houve no entendimento dos autuantes "*ação ou omissão fraudulenta*" por parte da impugnante, indica que a suposta fraude cometida pela empresa não está especificada expressamente na Lei. Explica que 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. Vê-se que os requisitos contidos nesse dispositivo do RPAF (art. 39) não foram plenamente atendidos. A falta da descrição clara e precisa dos fatos considerados como infração, pode anular o auto de infração (art. 18). Transcreve decisões do CONSEF.

Diz que a multa de 100% sobre o valor do imposto se mostra excessiva em face na inexistência de dolo, fraude ou simulação, tampouco inexistiu pagamento a menor de ICMS. Houve, portanto, uma desproporção a ser corrigida, pois a multa deve respeitar o princípio da proporcionalidade.

Discorre sobre o princípio da legalidade para informar que a lavratura do auto de infração resultante do procedimento fiscal deveria estar fundamentada em dispositivo legal, deveria decorrer de expressa disposição legal. Constata que houve ilegalidade flagrante no presente auto de infração, que deve ser apreciada pelo órgão julgador, através da nulidade do auto de infração.

Conclui que o Auto de Infração deva ser declarado nulo sob fundamento que: a Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia é incompetente para exclui-lo do DESENVOLVE; cerceamento do direito de defesa pela falta de um processo próprio de exclusão; pela falta de elementos que determinem com segurança a infração cometida pelo autuado; pela falta de indicação de dispositivo legal que fundamente a autuação e a infração cometida.

Diz que ainda restou evidenciados os seguintes fatos:

- 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 enquadram 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.

Requer a nulidade do auto de infração e apenas na remota hipótese de ultrapassar a preliminar pede o conhecimento do mérito, julgando-o improcedente. Assevera que, apenas por prudência e em atenção ao princípio da eventualidade, 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.643 a 686, relata as alegações do autuado, contestando-as nos seguintes termos. Preliminarmente, ressaltam que o contribuinte já foi anteriormente autuado por cometer esta mesma infração. PAF nº 299314.0002/07-1 (procedente, relativo ao período de março de 2005 a outubro de 2007), PAF nº 299314.0100/11-1 (procedente, referente ao período de novembro a dezembro de 2007), PAF nº 299314.0701/12-3 (procedente, relativo ao exercício de 2008), PAF nº 299314.0901/12-2 (procedente, relativo ao exercício de 2009) e PAF nº 299314.1101/13-8 (relativo ao exercício de 2010) provam a prática continuada da mesma infração e as "Inadequações Encontradas" correspondem a um resumido dessas práticas realizadas pelo Contribuinte, comprovadas pelos anexos de fls.: 04 a 442 desse PAF. Dizem que esse esclarecimento é importante, pois contribuinte deixou de aproveitar a oportunidade para explicar tais fatos, que demonstram o porquê ficaram prejudicados os objetivos originais manifestados pelo Contribuinte SANSUY S/A INDÚSTRIA DE PLÁSTICOS em relação ao Programa DESENVOLVE.

Explicam que no questionamento defensivo da nulidade do auto de infração por incompetência da Secretaria da Fazenda para excluir a empresa do DESENVOLVE, o autuado demonstra entender que o Estado da Bahia apenas concede os benefícios do Programa em certas condições. Se descumpridas tais condições contratadas com o Estado, não poderá fruir do correspondente benefício. Diz que, estranhamente, o contribuinte passa a defender a fruição do benefício do Programa DESENVOLVE sem contrapartida para com o Estado da Bahia.

Alertam que resta comprovado, nos autos, que o Contribuinte recebeu cópia do PAF e de todos os demonstrativos, levantamentos e documentos integrantes do presente PAF, em 26 de dezembro de 2013, tornando insustentável qualquer alegação de cerceamento de defesa.

Asseguram que não acerta o autuado ao afirmar que Auditor não tem competência para excluir e cancelar incentivos dados pelo Conselho Deliberativo do DESENVOLVE, em face da existência de procedimento específico, esclarecendo que em momento algum se promoveu, sob qualquer aspecto, o cancelamento do benefício fiscal concedido ao contribuinte Sansuy S/A Indústria de Plásticos relativamente ao Programa DESENVOLVE.

Explicam que os autuantes, Auditores Fiscais da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, 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 consequente repercussão no recolhimento do ICMS devido.

Reiteram que o contribuinte utiliza extratos de textos para afirmar que a legislação atribui competência exclusiva ao Conselho Deliberativo do DESENVOLVE quanto à prática do ato suspensivo ou interrumpo 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. Dizem que se trata-se de uma maneira de trazer ao presente PAF a exaurida e já combatida ideia do cancelamento do benefício fiscal com o objetivo de "reforçar" sua peça de defesa. Repetem a declaração que a Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, em momento algum promoveu, sob qualquer aspecto, o cancelamento do benefício fiscal concedido ao contribuinte Sansuy S/A Indústria de Plásticos em relação ao DESENVOLVE.

Reiteram que no exercício de sua competência privativa, procederam ao exame dos créditos e débitos fiscais do ICMS apropriados mensalmente pelo contribuinte autuado e após os vários roteiros de auditoria verificou-se que o mesmo incorreu na infração descrita na inicial dos autos, comprovada pelos anexos de fls. 04 a 442.

Explicam que nesse PAF constitui crédito tributário em relação ao exercício de 2011, mas, o autuado incorre exatamente nesta mesma infração, desde o exercício de 2005. Indica os números dos processos: a) Auto de Infração: 299314.0002/07-1 (ACORDÃO JJF Nº 0351-04/08; 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL - ACÓRDÃO CJF Nº 0219-12/10 e 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL - ACÓRDÃO CJF Nº 0025-12/11) - relativamente ao período de mar/2005 a out/2007 (ajuizado e inscrito na dívida ativa 2270-17-0000-11 em 29/08/2011); b) Auto de Infração 299314.0100/11-1 (ACORDÃO JJF Nº 0026-05/12) e 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL - ACÓRDÃO CJF Nº 0159-11/13) -

relativamente ao período de nov/2007 a dez/2007; c) Auto de Infração 299314.0701/12-3 (ACORDÃO JJF Nº 0036-03/13) - relativamente exercício de 2008; d) Auto de Infração 299314.0901/12-2 (ACORDÃO JJF Nº 0068-03/13 e 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL ACÓRDÃO CJF Nº 0275-11/13) - relativamente exercício de 2009.

Asseveram que a Instrução Normativa 47/2011 não prejudica o exercício das atividades dos Auditores Fiscais da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, em conformidade com o Código Tributário do Estado da Bahia (Lei nº 3.956/11). No caso, procederam ao exame dos créditos e débitos fiscais do ICMS apropriados mensalmente pelo autuado, a consequente repercussão no recolhimento do ICMS devido; constatado recolhimento a menor do imposto, o mesmo foi autuado.

Sublinham que a Instrução Normativa pode ser definida como um ato puramente administrativo, de caráter normativo, uma norma complementar administrativa, que deve estar em consonância com o ordenamento jurídico, mas, nunca poderá colidir com as Leis. Por isso, contesta a ideia de que a Superintendência de Administração Tributária da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia editou e publicou a Instrução Normativa nº 47/2011 para dificultar e/ou inviabilizar o lançamento e a constituição do crédito tributário, que é indisponível.

Salientam que a aludida instrução normativa se presta a ordenar os procedimentos necessários para fundamentar a denúncia à Secretaria Executiva do Conselho do DESENVOLVE para deliberação, contudo, sem deixar de considerar que o Contribuinte denunciado continua enquadrado no Programa DESENVOLVE, mesmo que o autuado venha cometendo a mesma infração desde o exercício de 2005. Diz que a ação fiscal foi efetivada de acordo com o item 3 da Instrução Normativa 47/2011, ou seja, considerando o Contribuinte enquadrado no Programa DESENVOLVE.

Quanto ao Parecer da Procuradora Ângeli Maria Guimarães Feitosa, arguido pelo autuado, em seu favor, afirmam que o mesmo foi devidamente contestado por outro Parecer da doutora Sylvia Maria Amoêdo Cavalcante, também Procuradora do Estado. Afirma a procuradora que os autuantes não cancelaram o benefício do DESENVOLVE concedido à Sansuy, 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. Desse modo, não houve para o Estado da Bahia benefício que compensasse a renúncia fiscal advinda do parcelamento do ICMS em 72 meses. Opina, ao final, pelo não provimento do Recurso Voluntário, para que seja o Auto de Infração julgado procedente e o retorno da multa aplicada ao percentual de 100%.

Sublinham que o contribuinte, na sua defesa, não apresenta o parecer discordante.

Asseveram que o contribuinte recebeu cópia de todos os demonstrativos, levantamentos e documentos integrantes do presente PAF e insustentável a alegação de cerceamento de defesa, ressalvando que o contribuinte insiste na tese de cancelamento ou revogação do benefício fiscal, na citação de doutrinas, na tentativa de fundamentar a incompetência dos Auditores Fiscais.

Aduzem 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 constate práticas adotadas pelos contribuintes em conflito com as normas, é competência dos Auditores Fiscais fazer o lançamento de ofício.

Afirmam não existir razão para declaração de nulidade do auto de infração; que a retórica defensiva não desclassifica a farta documentação 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.

Rebatem as considerações do autuado sobre o Programa DESENVOLVE e sobre a manutenção dos benefícios fiscais, na Resolução 138/2011. Conclui que a publicação da Resolução apenas

confirma que não implica cancelamento de benefício fiscal do DESENVOLVE a exigência de ICMS resultantes de ações fiscais e que o contribuinte constrói sua defesa sem qualquer nexo com a infração caracterizada no PAF.

Afirmam que se tratam de situações distintas, não sendo pertinente a comparação, a transferência dos incentivos concedidos antes a viniartefatos para a Sansuy, com os casos da COBAFI, da REICHHOLD e da DUSA, aduzindo que nesses casos, os benefícios foram concedidos sem restrição, limite ou condição, tal como ocorreu no caso da SANSUY. Afirmam ainda, em que pese o contribuinte falar em novos investimentos realizados ou novas linhas de produtos, os investimentos citados nos autos dos processos 299314.0002/07-1 e 299314.0100/11-1, já foram objeto de julgamento desse CONSEF, que entendeu não restarem comprovados os supraditos investimentos. Destacam que o contribuinte não anexa qualquer documento que comprove os investimentos, em conformidade com as obrigações assumidas e isto porque, os tais investimentos, nunca existiram. Ou, quando apresentados, produzem provas negativas, porquanto se tratam de equipamentos reformados e itens como rolamentos, cantoneiras, tintas, chapas de acrílicos, parafusos, anéis, mancal, cilindros, etc. deduzindo que tais peças não guardam relação com as propostas do projeto apresentado ao Estado da Bahia para obtenção do benefício fiscal do DESENVOLVE, mas, são valores aplicados na manutenção do parque fabril original.

Lembram, contudo, que foram indevidamente deduzidos do montante de ICMS devidos pelo Contribuinte o valor médio mensal de R\$603.000,00, durante o período de março/2005 a outubro/2007.

Fazem os Auditores Fiscais uma série de considerações sobre os investimentos que teriam sido arguidos pelos autuado, em sua defesa, inclusive, declaração de investimentos nos seguintes valores: 2005 - R\$ 1.241.296,83; 2006 - R\$ 1.205.979,76 e 2007 - R\$ 626.263,77, aduzindo, afinal, que o contribuinte não tem como explicar a distância entre o que diz e o que está demonstrado nos anexos que fundamentam a autuação. Observa que o autuado enfrenta grande dificuldade, pois não apresenta prova alguma de sua reciprocidade com o Estado da Bahia.

Dizem que, em sentido contrário, trazem aos autos comprovação documental de que nenhum investimento foi feito pelo Contribuinte para que pudesse usufruir o benefício fiscal do Programa DESENVOLVE. Trata-se de uma cópia de todo o Livro de Controle de Crédito de ICMS do Ativo Permanente – CIAP relativo ao exercício de 2011, conforme se pode verificar no presente PAF, anexo 13 às fls.: 378 a 390. O citado CIAP do Contribuinte faz prova contra o mesmo, pois, como se pode facilmente verificar, nenhum valor se encontra nele registrado que possa ser relacionado ao cumprimento da obrigação que o Autuado assumiu com o Estado da Bahia para usufruir os benefícios do Programa Desenvolve.

Além da comprovada ausência de qualquer investimento, constataram declínio no número de empregados do Contribuinte ao longo dos anos. O Contribuinte declarou mensalmente o número de empregados no último dia do mês através de suas DMAs (Declaração e Apuração Mensal do ICMS). Os Autuantes analisaram as informações obtidas das referidas DMAs referentes ao período de jan/2005 a dez/2011 e elaboraram o “QUADRO RESUMO – RELAÇÃO DO NÚMERO DE EMPREGADOS NO ÚLTIMO DIA DO MÊS” que se encontra neste PAF às fls.: 392 (Anexo 14, fls.: 391 a 442), no qual se constata o mencionado declínio do número de empregados do Contribuinte no último dia do mês referente ao período de jan/2005 a dez/2011.

Sobre a alegação de que não foram prejudicados os objetivos originais e que não houve descumprimento ao art. 1º, do Decreto Nº 8.205/02, atestam que restou comprovado justamente o contrário e justificada está a autuação, plenamente documentada de maneira a comprovar o cometimento da infração. Deduz que o autuado quer usufruir o benefício fiscal do Programa DESENVOLVE sem assumir reciprocidade para com o Estado da Bahia.

Sobre o parecer que, segundo o autuado, é de “clareza solar ...”, dizem que o citado parecer se refere ao Auto de Infração 299314.0002/07-1 e que o parecer da doutora Sylvia Amoedo Cavalcante

não foi acolhido pelo doutor José Augusto Martins Junior, na condição de procurador assistente da PGE/PROFIS, nos termos do art. 41, II, da Lei Complementar nº 34/09 nos autos do mesmo PAF, julgado procedente conforme Acórdão CJF Nº 0219-12/10 da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal (fls.: 296 a 310 deste PAF).

Como prova, destacam trecho do parecer e o próprio acordão, em inteiro teor, informando que o entendimento descrito pelo autuado foi revisto, conforme consta do acordão CJF 0219-12/10 proferido pela 2ª Câmara, conforme relatam a seguir:

Explicam que, no Recurso Voluntário, o autuado argumenta a nulidade do auto de infração, pois os auditores fiscais extrapolaram suas competências legais e regulamentares ao fiscalizar o cumprimento de termos do Protocolo de Intenções, transcrevendo dispositivos da Resolução nº 02/07, do Regulamento do DESENVOLVE, da Portaria Conjunta 78/04, da Lei nº 8.210/02 e do RPAF/99, implicando cancelamento indevido do incentivo fiscal, o que era uma competência privativa do Conselho Deliberativo do DESENVOLVE, conforme o artigo 19 do Decreto nº 8205/02.

O Parecer da representante da PGE/PROFIS (doutora Ângeli Maria Guimarães Feitosa), foi no sentido de que o lançamento tributário em apreço está revestido das formalidades e que o Auto de Infração descreve com detalhe a acusação imputada, mas incorre em vício procedural porquanto “não apenas a fiscalização do cumprimento pela empresa dos compromissos assumidos ao aderir ao Desenvolve, como também o cancelamento ou a suspensão do benefício, são atos de competência exclusiva do Conselho Deliberativo do Programa, nos termos da sua legislação regulamentadora.” Recomendando, afinal, que o Conselho Deliberativo do DESENVOLVE apure os fatos averiguados na presente ação fiscal.

Informam que ainda no curso do mesmo recurso, o recorrente se pronunciou nos autos aduzindo que tinha solicitado à Secretaria da Indústria, Comércio e Mineração do Estado da Bahia (SICM) esclarecimentos sobre a vigência e eficácia dos incentivos fiscais que lhe foram concedidos. A informação foi de que o cancelamento do benefício do Programa BAHIAPLAST concedido à Sansuy não foi uma penalidade imposta por descumprimento de qualquer obrigação, mas sim porque os dois benefícios (BAHIAPLAST e DESENVOLVE) eram incompatíveis entre si; que o incentivo da dilação de prazo está em vigor e é aplicável à produção resultante dos investimentos realizados anteriormente; informa que a Comissão de Acompanhamento de Empresas Incentivadas não visitou a Sansuy e, portanto, não identificou qualquer irregularidade na aplicação do incentivo.

Encaminhado ao procurador assistente da PGE/PROFIS (doutor José Augusto Martins Junior) para análise. Intervém a Procuradora do Estado (doutora Sylvia Maria Amoêdo Cavalcante), ratifica o afastamento da nulidade do lançamento e discorda do Parecer da doutora Ângeli Maria Guimarães Feitosa, arguindo que a decisão recorrida está correta, pois o beneficiado 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 não houve para o Estado da Bahia benefício que compensasse a renúncia fiscal advinda do parcelamento do ICMS em 72 meses. Opina, pelo não provimento do Recurso Voluntário, julgamento procedente do Auto de Infração e retorno da multa aplicada ao percentual de 100%.

Cientificado desse último Parecer da PGE/PROFIS, o recorrente volta a se pronunciar nos autos questionando a existência de dois Pareceres da mesma PGE/PROFIS, opinando em sentido opostos. Reitera que Protocolo de Intenção não é norma tributária e demais argumentos da sua defesa. Em petição endereçada ao Secretário da Fazenda do Estado da Bahia, pede o encaminhamento do processo ao Conselho Deliberativo do DESENVOLVE para a apuração dos fatos que foram denunciados pelos autuantes. Após informações da Superintendência da SAT e da DPF/GEINC, o processo foi encaminhado ao CONSEF, para análise e manifestação técnica acerca da questão. Aduz o autuado sobre seu pedido de esclarecimento dirigido à SICM sobre seu direito à fruição dos incentivos fiscais em questão e sobre a existência de fraude na concessão de incentivos e que a resposta foi de que o investimento feito pela Sansuy para ingresso no

BAHIAPLAST era válido também para o DESENVOLVE, não sendo necessário exigir os investimentos previstos no Protocolo de Intenções da VINIARTEFATOS. Também afirma que, segundo a resposta dada pela SICM, não há qualquer evidência de que a Sansuy tenha cometido irregularidade ou fraude na obtenção dos incentivos fiscais.

Em novo Parecer, Procuradora do Estado (doutora Sylvia Maria Amoêdo Cavalcante), esclarece que no, Parecer anterior, estava substituindo o Procurador Assistente da SECON/PROFIS/PGE, com competência para revisar Parecer contrário ao Estado (Decreto do Senhor Governador do Estado, DOE de 01.02.07 - artigo 46, inciso II, da Lei nº 8.207/2002). Reconhece a validade dos incentivos fiscais do DESENVOLVE usufruídos pela Sansuy por ocasião da incorporação da VINIARTEFATOS. afirmando que constatou que o ICMS que está sendo cobrado é o beneficiado pela dilação de prazo e está baseado na acusação de prática de atos fraudulentos no descumprimento das cláusulas do Protocolo de Intenções firmado pelo recorrente com o Estado da Bahia. Após alusão à consulta formulada à Secretaria Executiva do DESENVOLVE, a Procuradora conclui que não há imposto devido pelo recorrente que não tenha sido recolhido integral e tempestivamente. Firma que o imposto lançado é aquele referente à dilação de prazo para pagamento pelas regras do DESENVOLVE; que os incentivos foram legalmente transferidos da VINIARTEFATOS para a SANSUY, por meio da incorporação da primeira pela segunda e que não há comprovação de fraude no processo de concessão do DESENVOLVE por meio da Resolução nº 15/05, conforme foi verificado pela Secretaria Executiva desse Programa. Diz que as exigências contidas no Protocolo de Intenções firmado entre o Estado e a Sansuy, quando da concessão do DESENVOLVE, foram cumpridas desde a fruição do anterior benefício do BAHIAPLAST, as quais eram válidas para o ingresso no benefício e tornou desnecessário exigir os investimentos previstos no Protocolo de Intenções da VINIARTEFATOS. Finaliza, arguindo que é necessário reformular seu Parecer anterior e opina pelo Provimento do Recurso Voluntário, para julgar o Auto de Infração Improcedente.

Na sessão de julgamento do dia 05/07/10, presente o representante da PGE/PROFIS (doutor José Augusto Martins Junior), na condição de procurador assistente da PGE/PROFIS, nos termos do art. 41, II, da Lei Complementar nº 34/09, não acolhe o Parecer exarado pela doutora Sylvia Maria Amoêdo Cavalcante, concluindo pelo provimento do Recurso Voluntário para declarar improcedente o Auto de Infração.

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

Fundamenta sua decisão destacando que a Lei nº 7.980/01 não estabeleceu que o cancelamento do benefício seria consolidado pela edição de Resolução do Conselho Deliberativo, restando prevista esta formalidade apenas no Decreto nº 8.205/02. Frisa que o art. 9º da Lei nº 7.980/01 prevê que “implicará” cancelamento do benefício a ocorrência de infração que se caracterize como crime contra a ordem tributária. Discorrendo sobre os crimes contra a ordem tributária e a constituição do crédito tributário, conclui que, por dedução lógica, não há que se falar em precedência da Resolução do Conselho Deliberativo do Desenvolve para efetivação do lançamento tributário pelo auditor fiscal do Estado da Bahia. Aduz que o Código Tributário do Estado da Bahia confere privativamente aos auditores fiscais e, em determinadas situações aos agentes de tributos, a realização de lançamento tributário, não se podendo criar entrave a essa norma legal.

Salienta que o termo “implicará”, utilizado no art. 9º da Lei do DESENVOLVE, traduz uma ausência de discricionariedade na formatação do ato administrativo do Conselho Deliberativo do DESENVOLVE de cancelamento de benefício, após aferição de supressão ou redução de pagamento de tributos ou descumprimento dos requisitos previstos na norma instituidora do

benefício fiscal, devidamente investigada e depurada em Processo Administrativo Fiscal, inclusive com toda proteção ao contraditório e a ampla defesa. Conclui que, mesmo admitindo-se a necessidade de ato administrativo de cancelamento pelo Conselho Deliberativo para a supressão do benefício, não poderia ser obstado o exercício do direito de o Estado efetuar o lançamento para evitar a decadência do direito de constituição do crédito tributário.

Faz alusão ao Acórdão CJF Nº 0242 -12/09, assentando entendimento no artigo 38 da Lei nº 7.014/96, ao prever 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.

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

Sustenta que os documentos anexados aos autos comprovam que o recorrente nunca cumpriu os requisitos firmados na habilitação do benefício pela VINIARTEFATOS Comércio Importação e Exportação Ltda.; empresa que nunca existiu de fato, tanto que não há qualquer comprovação dos pagamentos das máquinas e equipamentos, nunca ofertou nenhum emprego e jamais praticou qualquer operação comercial de aquisição de insumos para produção de bens. Afirma que a VINIARTEFATOS não tinha direito à fruição dos benefícios do DESENVOLVE, por descumprimento do Protocolo de Intenções firmado para habilitação no programa. Diz que o benefício do DESENVOLVE jamais poderia ser transferido ao recorrente, pois não é possível se transferir direitos que não possui. Aduz que o recorrente também descumpriu as condições impostas na referida habilitação, pois não houve criação, expansão ou modernização de parque industrial, já que sempre utilizou o seu parque industrial em todos os momentos do benefício.

Finalizar seu Parecer, opinando pelo não provimento do Recurso Voluntário.

Ainda no mesmo processo, o recorrente faz alusão aos Pareceres emitidos pela PGE/PROFIS, em conformidade com o art. 118 do RPAF/99 e que o Parecer da lavra do procurador assistente desrespeita as regras do RPAF/99, pois ele se pronunciou em caráter conclusivo 399 dias após a emissão de o primeiro Parecer, quando o prazo estabelecido no art. 118, I, “a”, do RPAF/99, era de dez (10) dias. Destaca a existência de quatro Pareceres neste processo, sem observância das determinações contidas no art. 41, I e IV, da Lei Complementar 34/09 e em falta de uniformidade no entendimento da PGE/PROFIS sobre as matérias em apreço, o que evidencia a fragilidade do Auto de Infração. Salienta que, como no próprio âmbito da representação legal do Estado há dúvidas sobre a legalidade e procedência da autuação, comprovada pela emissão de quatro Pareceres, é imperioso que o Auto de Infração seja julgado nulo ou improcedente, pois diz que há provas e argumentos para tanto.

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

No julgamento do recurso, não obstante a existência de voto divergente, o voto vencedor foi em conformidade com o Parecer exarado pelo ilustre procurador assistente da PGE/PROFIS, considerando que os argumentos e provas trazidos pelo recorrente não foram capazes de modificar a Decisão de primeira instância.

Após toda a sequência dos fatos narrados no acordão CJF 0219-12/10, dizem os Auditores Fiscais que o contribuinte mantém a prática de evitar os fatos fundamentados no presente PAF, sem contestá-los objetivamente. Sobre o Protocolo de Intenções, dizem que a alegação do autuado é que “... Não pode a atividade fiscalizadora fundamentar-se única e exclusivamente em um

documento não normativo, que apenas indica intenções das partes ..." mas que o protocolo corresponde exata e justamente à obrigação do autuado para com o Estado da Bahia, em contrapartida à renúncia fiscal que o mesmo se dispõe a suportar para ver viabilizado os objetivos do programa DESENVOLVE. Firmam que insistente á a capacidade do Contribuinte em tentar demonstrar ter unilateralmente direitos legais em aproveitar o benefício fiscal do Programa DESENVOLVE sem qualquer responsabilidade quanto ao seu dever de cumprir as condições de reciprocidade pactuadas com o Estado da Bahia.

Arguem que o autuado também não esclarece qual foi o descumprimento cometido quando afirmam que o "... O procedimento fiscal ora discutido também está em desacordo com o art. 142, do CTN e seu parágrafo único ...", ou porque declarou que "... O ato administrativo, 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 ...". Contestam ainda a afirmação defensiva de 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...", deduzindo que se o Estado da Bahia exigir do Contribuinte, para conceder benefício fiscal, qualquer cumprimento de obrigação, o faz no exercício de sua soberania, segundo os interesses do próprio Estado da Bahia.

Rebatem o questionamento defensivo sobre a sanção aplicada; sobre a nulidade dos autos; princípio da legalidade, constatando que a argumentação apresentada pelo Contribuinte, não resiste a verificação de existência do suporte legal, claramente identificado às fls.: 01, 02 e 03 do presente PAF, que autoriza a consequente autuação, pois, que restou comprovado o descumprimento por parte de Autuado do Protocolo de Intenções firmado com o Estado da Bahia para habilitação no programa DESENVOLVE.

Pedem a procedência do Auto de Infração.

É o relatório.

VOTO

Cuida o presente processo administrativo fiscal - PAF da acusação de recolhimento a menos de ICMS, no valor de R\$ 7.123.273,23, em decorrência da utilização indevida 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, de modo a reduzir o montante do imposto devido, evitando, assim, o seu pagamento. Período envolvido de janeiro a dezembro 2011.

Cumpre, preliminarmente, examinar a arguição de nulidade do Auto de Infração manejada pelo sujeito passivo, por entender ausente nos Auditores Fiscais do Estado da Bahia competência para fiscalizar o atendimento de compromissos assumidos em projetos do Programa DESENVOLVE.

Destaco, de início, que o Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia - DESENVOLVE instituído pela Lei nº 7.980, de 12 de Dezembro de 2001, tem como objetivo fomentar e diversificar a matriz industrial e agro industrial, com formação de adensamentos industriais nas regiões econômicas e integração das cadeias produtivas essenciais ao desenvolvimento econômico e social e à geração de emprego e renda no Estado da Bahia. Os incentivos fiscais previstos no Decreto nº 8.205/2002, que aprova o Regulamento do Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia - DESENVOLVE e constitui o seu Conselho Deliberativo, têm por finalidade precípua estimular a instalação de novas indústrias no Estado da Bahia e a expansão, a reativação ou a modernização de empreendimentos industriais já instalados, com geração de novos produtos, aperfeiçoamento tecnológico e redução de custos. Justamente por isso, qualquer operação que extrapole o objetivo do Programa não serão alcançadas pelos benefícios fiscais ali previstos.

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 Auditores Fiscais consideraram que havia inadequações no cumprimento das condições necessárias para o gozo do incentivo fiscal da dilação de prazo concedido, inicialmente, 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, assim agindo, os preposto do Fisco cumpriram o dever funcional de constituir o crédito tributário mediante o lançamento de ofício, como está assentado no art. 142 do Código Tributário Nacional – CTN (Lei nº 5.172/66), recepcionado com força de lei complementar por força do comando inscrito no art.146, III, CF 88; amparados ainda no artigo 107 da Lei nº 3.956/81 (COTEB), que prevê competência 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, em estabelecimentos com a natureza fiscal do contribuinte autuado.

Cabível ainda ressaltar que o crédito tributário está submetido ao prazo decadencial, nos termos dos artigos 150, § 4º, e 173, também do CTN. Nesse caso, o direito de o Fisco rever o lançamento do sujeito passivo, exigindo diferenças, suplementação do tributo, ou, ainda, aplicar penalidade, salvo caso de dolo, fraude ou simulação, caduca em 5 anos, reservado à Lei do Poder tributante fixar outro prazo. Esgotando-se esse prazo, contudo, ocorre a decadência do direito de revisão por parte do Fisco, considerando-se automaticamente homologado o lançamento em que se baseou o sujeito passivo para efetuar o pagamento antecipado. Justamente em função desse instituto, o Fisco não pode ter obstaculizado o direito de lançar os tributos que entendeu não recolhidos corretamente.

Portanto, além da obrigação de constituir o crédito tributário, a Secretaria da Fazenda Estadual tem um prazo para fazê-lo, e tal prazo, de natureza decadencial, não se suspende ou interrompe pelo fato de o contribuinte encontrar-se no gozo de benefício fiscal.

Argui ainda a nulidade dos autos, em face ao cerceamento do direito de defesa pela falta de um processo administrativo específico para cancelar incentivos dados pelo Conselho Deliberativo do DESENVOLVE, acrescentando que sem o crivo do contraditório e da ampla defesa, entenderam os Auditores Fiscais que a empresa não cumpriu as normas inerentes ao Programa, declarando prejudicados os objetivos originais do DESENVOLVE e lavrou o presente auto de infração, exigindo da empresa o pagamento da diferença do ICMS.

Há de se ressaltar que não houve cancelamento dos incentivos fiscais ofertados ao contribuinte pelo Conselho Deliberativo do DESENVOLVE, haja vista que ao contribuinte autuado foi deferida a Resolução nº 138/2011, publicada no DOE do dia 03.08.2011, período no qual ocorreu a autuação. Ademais, o Auto de Infração em debate preenche todas as formalidades legais previstas, no regulamento de processos fiscais do Estado da Bahia - RPAF BA aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, não ensejando em qualquer ilegalidade, violação ao devido processo legal ou a ampla defesa do contribuinte; após a análise dos termos constantes na peça defensiva, conclui que a descrição dos fatos e sua capitulação legal são condizentes com os fatos reais e com o direito aplicável; a descrição pormenorizada e sequencial dos fatos inerentes à situação tributária tida como irregular, o exaustivo relatório das “*inadequações encontradas*”, o histórico de infração similar identificada nos anos anteriores, reiteram que houve obediência ao devido processo legal, permitindo-se ao impugnante o exercício à ampla defesa e o contraditório, haja vista que o autuado obteve as peças necessárias a sua defesa e produzidas pela auditoria fiscal, bem como foram obedecidos os prazos previstos legalmente e demais exigências formais.

Questiona ainda o autuado que Superintendência da Administração Tributária - SAT editou em 23.09.2011, a instrução normativa nº 47/2011 disciplinando os procedimentos a serem observados pelos prepostos fazendários e que os mesmos teriam inobservados dispositivos legais, na lavratura do presente PAF. Não é o que ocorreu. A própria instrução orienta que na fiscalização de empresas habilitadas ao Programa DESENVOLVE deverá observar “*o atendimento das normas*

constantes no projeto que serviu de base para habilitação do contribuinte ao programa de incentivos fiscais", constatada a falta de atendimento dos termos do projeto, os fatos circunstanciados devem ser encaminhados ao titular da SAT, sem descontinuidade da ação fiscal.

Argui também o sujeito passivo que a diversidade de pareceres da Procuradoria do Estado sobre a mesma matéria cria insegurança jurídica e cerceamento da defesa. Verifico que o Parecer da Procuradora do Estado que serviu de alicerce à tese defensiva, fora manifestado nos autos de um outro PAF, o de nº 299314.0002/07-1, além do fato de ter sido superado pelo Parecer do representante da PGE/PROFIS (doutor José Augusto Martins Junior), na condição de procurador assistente da PGE/PROFIS, naquele mesmo PAF, a quem compete 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 (art. 41, II, LC nº 34/09). Preliminar que também não deve ser acatada, porque tais Pareceres são apenas opinativos e não vinculam a decisão da lide.

Por fim, o pedido de diligência formulado pelo autuado para que se comprove que a empresa realizou diversos investimentos, após a incorporação dos incentivos da VINIARTEFATOS, apesar de o processo de recuperação judicial, fica indeferido, nos termos do art. 147, I, RPAF BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, pois, desnecessária na verificação de fatos vinculados à escrituração comercial e fiscal do próprio autuado, cujas provas devem ser juntadas pelo mesmo. Ainda porque, diligência ou perícia fiscal não se prestam a trazer provas ao processo ou para suprir a prova mal formulada, incumbência que compete ao agente fiscal ou ao autuado. Livros e documentos contábeis e fiscais do próprio autuado que lhe sirvam de provas devem estar regularmente acostados ao PAF.

Demais questões que envolvem o mérito da exigência serão apreciadas, nas linhas procedentes, inclusive no que se refere à redução da multa fixada, inicialmente, em 100%.

Retomando a questão que originou a lide, o auto de infração foi lavrado para exigir créditos tributários (recolhimento a menor de ICMS), no valor de R\$ 7.123.273,23, em decorrência da utilização indevida 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, no período de janeiro a dezembro 2011.

Retratam os enunciados retro emitidos, que o cancelamento de um contribuinte do Programa do DESENVOLVE é da competência exclusiva do Conselho Deliberativo desse Programa e, coerente, com tal 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 como benefício fiscal.

Afora as discussões fundamentadas com excelência pelo representante da PGE/PROFIS (doutor José Augusto Martins Junior), na condição de procurador assistente da PGE/PROFIS, nos termos do art. 41, II, da Lei Complementar nº 34/09, trazidas no momento da Informação Fiscal e no bojo do Acórdão CJF Nº 0242 -12/09, fls. 662/678, acerca das formas de cancelamento do benefício previstas na Lei nº 7.980/01 ou no Decreto nº 8.205/02, não se poderia cogitar, em absoluto, que a efetivação do lançamento tributário pelo auditor fiscal do Estado da Bahia, dependesse da edição de Resolução do Conselho Deliberativo. Já apreciadas, em linhas anteriores, a competência de Auditores Fiscais e em determinadas situações, dos Agentes de Tributos, na realização de lançamento tributário de ofício. Ademais, a própria Lei do ICMS do Estado da Bahia (art. 38, Lei nº 7.014/96) 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.

Nesse sentido, não obstante reiterar o não cancelamento de benefícios, entendo que inexistindo dispositivo específico em sentido diverso, pelos princípios da hierarquia das normas e da

especialização do serviço público, compete à Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, ainda quando não revogue o benefício, empreender auditoria fiscal, sendo absolutamente dispensável a manifestação do Conselho do DESENVOLVE, como condição prévia para a autuação fiscal.

O fulcro da autuação e que gerou o presente lançamento tributário foi, em síntese, o não cumprimento de requisitos discriminados no Protocolo de Intenções firmado pela VINIARTEFATOS 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 (fl.299), Resolução nº 15/2005 (fl. 253), transferência dos benefícios para a SANSUY S/A INDÚSTRIA DE PLÁSTICO, além da Resolução nº 138/2011. Segundo os Auditores Fiscais, os requisitos não cumpridos, denominados de “Inadequações Encontradas”, foram discriminados criteriosamente na inicial dos autos, podendo assim ser resumidos: 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 janeiro a dezembro de 2011, excluindo o incentivo fiscal da dilação do prazo para o pagamento do ICMS, conforme demonstrativo de fl. 11, porquanto os incentivos ofertados 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, na forma do artigo 3º da Lei nº 7980/01, que instituiu o DESENVOLVE

Conforme constam dos autos, a Resolução nº 35/2004 do DESENVOLVE (fls. 179/180) habilitava a VINIARTEFATOS aos incentivos fiscais do I) diferimento do lançamento e pagamento do ICMS nas importações e aquisições de bens para o ativo imobilizado, em relação ao diferencial de alíquotas e nas aquisições internas de embalagens; II) dilação de prazo de 72 meses para pagamento do saldo devedor do ICMS, relativo às operações próprias, geradas em razão dos investimentos previstos no projeto incentivado.

Posteriormente, esses incentivos foram transferidos para a SANSUY S/A INDÚSTRIA DE PLÁSTICOS, por meio da Resolução nº 15/2005 (fl. 189), na incorporação da VINIARTEFATOS.

Para fazer face aos incentivos supra referidos, a VINIARTEFATOS apresentou projeto, cópia acostada aos autos, fls. 141/169, comprometendo-se a implantar na Bahia uma unidade industrial com investimento de aproximadamente R\$ 63 milhões; a criação de mais de setecentos empregos diretos e, pelo menos, mais mil empregos indiretos, além de faturamento que atingiria R\$ 240.000, quando a fábrica alcançasse o pleno emprego, estimado em 2010. Projeteu ainda, a mais avançada tecnologia na utilização de resina de policloreto de vinila – PVC, significando uma nova família de termoplástico sem similar no Estado, ampliando o crescimento tecnológico do parque de termoplástico no Estado da Bahia.

Incorporada pela Sansuy em 17/12/04 (fls. 137/139), a empresa beneficiada sequer implantou 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.

A farta documentação acostada aos autos e a descrição pormenorizada dos fatos comprovam a ausência dos investimentos, requisitos necessários ao gozo dos incentivos fiscais em questão, previstos no Projeto retro referido e no Protocolo de Intenções (fls.181/185), 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 autuado.

Quanto à discussão empreendida pelo autuado acerca de que Protocolo de Intenção não é legislação tributária e indica apenas intenções, não podendo a fiscalização fundamentar-se em

documento não normativo, entendo que tal questão deve ser examinada no contextualização do processo de concessão de incentivos fiscais condicionados, nos termos do artigo 111, CTN, ao estabelecer que a interpretação da outorga de benefícios deve ser feita de forma literal, homenageando a segurança jurídica e corroborando o postulado da legalidade tributária.

No caso em tela, o incentivo fiscal condicionado da dilação de prazo foi utilizado sem que as condições previstas no Protocolo de Intenções tivessem sido observadas pelo contribuinte autuado, atraindo a incidência do disposto no artigo 38, da Lei 7.014/96, que prevê, cabível a repetição, “*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*”. Também, nesse particular, não há de ser acolhida a tese defensiva de que Protocolos de Intenções não fazem parte da legislação tributária e, insuficientes para motivar a autuação.

Na mesma linha de entendimento, as respostas dadas pela Secretaria de Industria, Comércio e Mineração - SICM aos pedidos de esclarecimentos formulados pelo autuado, fls. 520/547 (anexo IV), anotando que não encontrou indícios de que a SANSUY tenha cometido ilícitos que justificassem o cancelamento da Resolução ou que não existe ato do Conselho Deliberativo do DESENVOLVE limitando, suspendendo ou cancelando incentivos fiscais. Comungo com a posição adotada pelo Procurador assistente da PGE/PROFIS, no sentido de que o pronunciamento emitido pelo Coordenador de Incentivos da Secretaria da Indústria, Comércio e Mineração do Estado da Bahia, não se presta para sedimentar o pedido de improcedência da autuação, uma vez que as respostas não são conclusivas ou refletem obrigatoriamente o entendimento do Conselho Deliberativo do Programa DESENVOLVE.

Ademais, não havia, e não há, razão lógica para que a Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia tenha que aguardar a iniciativa de outra entidade da esfera estadual, sem competência para tratar de matéria tributária, para, só então, promover a fiscalização. Qualquer norma que limite ou restrinja as atribuições exclusivas da Fiscalização não há de ser recepcionada, em face ao disposto no art. 37, XVIII, da Constituição Federal que confere “*a administração fazendária e seus servidores fiscais terão, dentro de suas áreas de competência e jurisdição, precedência sobre os demais setores administrativos, na forma da lei.*”

Por fim, da análise dos documentos juntados nos autos, o sujeito passivo não comprova os investimentos aludidos no presente PAF; percebe-se que a VINIARTEFATOS adquiriu maquinás, móveis e periféricos usados da SANSUY S/A em 26/11/04, que retornaram ao mesmo estabelecimento, quando da incorporação daquele estabelecimento. Conforme livro de Registro de Empregados, cujas cópias estão acostadas aos autos, o autuado não gerou nenhum emprego, não realizou qualquer investimento, ao contrário adquiriu maquinários usados, 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, sem considerar que os sócios de ambas as empresas são comuns. 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.

Nesse sentido, inclusive, foi a firme posição da Procuradoria do Estado, na pessoa do seu Procurador Assistente ao sustentar, nos autos do Processo 299314.0002/07-1, cuja cópia do acórdão CJF Nº 0219-12/10 foi juntada a esse PAF (fls. 296 a 310), que os documentos anexados aos autos comprovam que o recorrente nunca cumpriu os requisitos firmados na habilitação do benefício pela VINIARTEFATOS, que a empresa nunca existiu de fato, nunca ofertou nenhum emprego e jamais praticou qualquer operação comercial de aquisição de insumos para produção de bens.

Portanto, o autuado não faz quaisquer provas de que gerou os empregos comprometidos, implantou novas tecnologias, criou um faturamento adicional, conforme seu projeto e pactuado

com o Estado, em contrapartida aos benefícios concedido pelo Programa de incentivos fiscais do DESENVOLVE.

Com relação à arguição do caráter de confisco com relação à multa aplicada tipificada no art. 42, IV, “j” da Lei nº 7.014/96, constato que a aplicação de penalidade pecuniária encontra previsão na Lei do ICMS do Estado da Bahia, não competindo aos órgãos de julgamento administrativo a apreciação de desconformidade da norma com a Constituição Federal, nos termos do art. 167, I, RPAF BA. Pela descrição dos fatos, ainda que possa conceituar como fraude os procedimentos adotados pelo autuado, de acordo com a norma específica, verifico que a natureza das infrações previstas no art. 42, inciso IV, “j”, o enquadramento da autuação reporta-se a ação ou omissão fraudulenta diversa das especificadas expressamente nesta Lei.

Na situação presente, o levantamento fiscal foi efetuado com base nos livros fiscais devidamente escriturados, que culminou com a utilização indevida do benefício fiscal de dilação do imposto a ser pago. Mesmo os procedimentos periféricos constam dos autos e foi objeto de intensa discussão, cujo ponto nevrálgico foi se o comportamento do autuado constituía ou não infração tributária e não se esse comportamento constituía em fraude, omissão dolosa tendente a impedir a ocorrência do fato gerador ou modificar suas características essenciais (art. 72 da Lei 5.402/64). 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.

Pelo todo exposto, considero que os argumentos e provas trazidos pelo sujeito passivo não são capazes de elidir a infração imputada. Precedente que se extrai do Acórdão da 2ª CJF nº 0219-12/10, para decidir pela caracterização da exigência contida nos presentes autos. PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, com a retificação da multa aplicada, na forma acima exposta.

É o voto.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE**, o Auto de Infração nº **299314.1201/13-2**, lavrado contra **SANSUY S/A INDÚSTRIA DE PLÁSTICOS**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$7.124.273,23**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, do RPAF//99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de abril de 2014.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR