

A. I. Nº - 299314.1101/13-8
AUTUADO - SANSUY S/A INDÚSTRIA DE PLÁSTICOS
AUTUANTES - SERGIO BORGES SILVA e CRIZANTO JOSÉ BICALHO
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
INTERNET - 05.08.2014

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0151-04/14

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

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 13/11/2013, exige o valor de R\$ 8.734.980,60, em razão do cometimento da seguinte infração: “*Recolhimento a menos de ICMS em razão de uso indevido de incentivo fiscal, dilação de prazo para pagamento de ICMS relativo às operações próprias, em desacordo com a legislação do DESENVOLVE, modificando as características essenciais da obrigação tributária principal, de modo a reduzir o montante do imposto devido, evitando, assim o seu pagamento, nos meses de janeiro a dezembro de 2010, sendo lançado o valor de R\$ 8.734.980,60, mais multa de 100%*”.

Consta, na descrição dos fatos, que em 23/07/04, foi inscrito na condição de contribuinte normal, Viniartefatos Comércio Importação e Exportação Ltda., que foi incorporada em 17/12/04 pela Sansuy S/A Indústria de Plásticos, ficando habilitado aos benefícios fiscais concedidos através da Resolução 35/2004 do Conselho Deliberativo do DESENVOLVE:

- 1) Diferimento do lançamento e pagamento do ICMS em determinadas hipóteses;
- 2) Dilação do prazo de 72 (setenta e dois meses) para pagamento do saldo devedor do ICMS.

Em 11/03/05 a Resolução 02/2005 revogou a habilitação do BAHIAPLAST, da qual era beneficiária e na mesma data expediu a Resolução 15/05 do Conselho Deliberativo (CD) do DESENVOLVE, transferindo os benefícios fiscais concedidos a VINIARTEFATOS para a SANSUY S/A.

Consta, ainda, a título de “inadequações encontradas” pela ação fiscal que:

- 1) A Viniartefatos firmou protocolo de intenções em 06/08/04 com o Estado da Bahia (Anexo 7), se comprometendo a aplicar investimento de 63 milhões, criação de setecentos empregos diretos e mais de mil empregos indiretos, empregar tecnologia moderna, entretanto, conforme livro de Registro de Empregados, (Anexo 8) não gerou nenhum emprego;
- 2) A escrituração da matriz localizada em Embu-SP indica que sua filial em Camaçari-BA, adquiriu máquinas e equipamentos com mais de um ano de uso, empregando tecnologia da Sansuy S/A, conforme notas fiscais de aquisição de ativos em 26/11/04 totalizando R\$5.877.726,00, tendo como contrapartida da conta do ativo imobilizado, o lançamento na conta Fornecedores, não chegando a sair fisicamente da Sansuy, sendo que em 17/12/04 houve incorporação da Viniartefatos por parte da Sansuy, voltando ao ativo permanente da segunda;

- 3) A Viniartefatos não adquiriu insumos, não produziu, não constituiu estoques, não imprimiu documentos fiscais, e utilizaria a mesma tecnologia empregada pela Sansuy;
- 4) A Sansuy cedeu terreno para implantação da Viniartefatos, que não foi edificado, visto que foi incorporada em seguida (2004) pela primeira e os sócios são os mesmos em ambas as empresas;
- 5) Os objetivos originais foram prejudicados, tendo em vista que nem a Viniartefatos, nem a Sansuy que a incorporou, cumpriram em completo o que foi pactuado com o Estado da Bahia.

O Autuado apresenta defesa, às fls. 704 a 739, e transcreve os termos da infração. Diz que os Autuantes apresentaram histórico sobre a evolução dos incentivos fiscais concedidos às empresas Sansuy S/A Indústria de Plásticos e Viniartefatos Comércio Importação e Exportação, com destaque para a incorporação da segunda empresa pela primeira e a transferência dos incentivos através da Resolução Nº 15/2005 do Conselho Deliberativo do Desenvolve. Para fundamentar a autuação, os autuantes apresentaram o que consideram “Inadequações Encontradas” onde concluíram que as intenções previstas em protocolo “... não foram atendidas pela Viniartefatos nem pela Sansuy, que a incorporou, pois, manteve seu parque fabril original. Assim, ficaram prejudicados os objetivos originais que deram causa ao Protocolo de Intenções, dentro do espírito do Programa DESENVOLVE”.

Em sede preliminar afirma a incompetência absoluta da Secretaria da Fazenda para excluir a empresa do DESENVOLVE, além do cerceamento de defesa pela falta de processo administrativo próprio. Nesse sentido, 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.

No caso em tela, o auditor fiscal, 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, lavrou o presente AI, exigindo da empresa o pagamento da diferença do ICMS. Contudo falta competência ao auditor fiscal para tal mister, posto que a competência para a regência e acompanhamento dos benefícios integrantes do Programa Desenvolve encontra disciplina no art. 4º da Lei nº 7.980/01, que o instituiu. Atendendo ao quanto lhe foi delegado, o Poder Executivo editou o Decreto nº 8.205/02, e o Regimento Interno do Conselho Deliberativo, aprovado pela Resolução nº 02/2002 da Secretaria de Indústria Comércio e Mineração do Estado da Bahia. Ademais, a Superintendência de Administração Tributária da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia – SAT editou a Instrução Normativa de nº 47/2011, em 23.09.2011, que disciplinou os procedimentos a serem observados pelos prepostos fazendários quando da fiscalização de empresas habilitadas ao Programa Desenvolve.

Seguindo esse entendimento, o defendente transcreve Pareceres da ilustre Procuradora do Estado da Bahia, Dra. Angeli Maria Guimarães Feitosa, nos autos do PAF nº 2993140002/07-1 (Anexo V), o que evidencia que o MD auditor fiscal não poderia jamais, lavrar o presente Auto de Infração, razão pela qual é nulo de pleno direito. Traz a posição da doutrina e ressalta a resposta dada pelo Estado da Bahia, a quesito formulado pelo autuado, de que não existe algum ato do Conselho Deliberativo do Desenvolve limitando, suspendendo ou cancelando os incentivos que foram concedidos através da Resolução Desenvolve nº 15/2005.

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

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

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

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

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

Salienta que a revogação dos benefícios do BAHIAPLAST ocorreu em consequência da transferência de incentivos do DESENVOLVE. Sobre o Programa Bahiaplast diz que foi criado pela Lei Nº 7.351/98 e regulamentado pelo Decreto Nº 7.439/98, traçando considerações sobre o programa. Afirma que os incentivos podiam ser concedidos tanto para novos empreendimentos como para empresas já instaladas na Bahia. Diz que a Sansuy obteve este incentivo em 30 de outubro de 2002, momento a partir do qual teve o direito de adquirir insumos com diferimento e a lançar na sua contabilidade crédito presumido proporcional ao imposto incidente nas saídas de seus produtos, tendo como termo final para a utilização dos incentivos o dia 31 de dezembro de 2007.

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

Entende que, pelo exposto, fica evidente que a empresa Sansuy tinha o direito a fruir dos incentivos do BAHIAPLAST, sobre toda a sua produção até o final de 2007, prazo previsto como termo final do programa. A fruição destes benefícios só foi suspensa com o advento da Resolução Nº 02/2005 do Conselho Deliberativo do BAHIAPLAST, que revogou a habilitação da Sansuy aos benefícios deste programa.

Volta a salientar que a revogação dos direitos à fruição dos benefícios do BAHIAPLAST só ocorreu em 12 de março de 2005, data em que também foram transferidos para a Sansuy os incentivos do DESENVOLVE pertencentes à Viniartefatos. O Regulamento do BAHIAPLAST, aprovado pelo Decreto Nº 7.439/98, indica as hipóteses nas quais o incentivo pode ser cassado, reproduzindo os incisos I e II do art. 13, que entende reforçar seus argumentos.

Assevera que durante todo o período de vigência do BAHIAPLAST a Sansuy não cometeu qualquer infração relativa às regras e condições estabelecidas pelo programa, razão pela qual não houve cancelamento dos benefícios, ocorrendo de fato, a transferência do incentivo do DESENVOLVE, em função da incorporação do incentivo da Viniartefatos, e para evitar a existência de dois incentivos diferentes para a mesma empresa o primeiro foi revogado. O segundo (DESENVOLVE) passou então a ter eficácia para toda a produção da Sansuy, tanto a resultante de investimentos anteriores a 12 de março de 2005, como de outros efetuados posteriormente.

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

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

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

Para reforçar seus argumentos cita incentivos concedidos a outras empresas pelo Estado da Bahia como a Reichhold do Brasil Ltda, através da Resolução Nº 11/2005, que transcreve, sendo que naquela hipótese havia diferença entre as duas Resoluções, e as suas regras só devem ser aplicadas sobre a produção incremental, representada pelo piso. Destaca que a Resolução da Sansuy não contém qualquer limitação à aplicação de incentivos fiscais, razão pelo qual deve ser aplicada sobre todo o valor do imposto apurado, seja resultante da produção decorrente de investimentos já realizados ou da produção decorrente de novas inversões, o que confirma a validade do procedimento adotado pela impugnante.

Exemplifica a ocorrência de transferência de incentivo em função de incorporação, da empresa DUSA Dupont Sabanci Brasil S/A, posteriormente incorporada pela COBAFI, e em 02 de fevereiro de 2006 foi publicada a Resolução nº 07/2006, que dentre outras providências, transferiu os benefícios da DUSA para a COBAFI. Observa que não houve qualquer tipo de restrição ou condição na fruição do incentivo antes concedido à incorporadora pela sucessora, tal como ocorreu no caso da Sansuy.

Aduz que a presunção feita pelos autuantes 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. Requer diligência à sede da empresa, no intuito de comprovar os fatos relatados, tais como a constatação dos investimentos para aumentar a transformação industrial, a competitividade e ganhar novos mercados.

Assegura que o art. 14 do Regulamento do DESENVOLVE reforça a orientação de que toda e qualquer limitação à aplicação dos benefícios deve ser indicada na legislação e que a graduação dos “benefícios atribuídos”, exigida pelo dispositivo regulamentar citado, é feita pelo Conselho Deliberativo através da determinação da classe de fruição e da fixação de um piso sobre o qual não podem ser aplicados os incentivos.

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

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

Afirma que os já citados arts. 3º, § 4º e 14 do Regulamento do Desenvolve fundamentam a resposta à segunda questão apresentada. A empresa beneficiada não tem qualquer liberdade para

determinar o montante do saldo apurado sobre o qual incidirá o incentivo, pois esta é uma atribuição do Conselho, que no caso de empreendimentos existentes deve explicitar na resolução qualquer limitação, ou seja, deve determinar o piso.

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

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

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

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

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

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

Registra que em processo administrativo anterior, nº 299314.0701/12-3, em Parecer da Douta Procuradora Sylvia Amoedo, retrata exatamente o correto entendimento de que deve adotar para o caso em tela, razão pela qual, resta totalmente improcedente a autuação, na remota hipótese de ser ultrapassada a preliminar de nulidade dantes argüida.

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

Assevera que o protocolo de intenções não é legislação tributária e não pode fundamentar a imposição de qualquer penalidade. De acordo com o art. 96 do Código Tributário Nacional, consideram-se legislação tributária apenas as leis, os tratados e convenções internacionais, os decretos e as normas complementares indicadas no art. 100 do CTN. Salienta que não pode a atividade fiscalizadora fundamentar-se única e exclusivamente em um documento não

normativo, que apenas indica intenções das partes. Afirma que o procedimento fiscal ora discutido também está em desacordo com o art. 142 do CTN e seu parágrafo único que reproduz.

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

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

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

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

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

Cita texto do professor Roque Antonio Carrazza, pertinente ao princípio da legalidade, previsto no art. 5º da Constituição Federal, consagrado no art. 97, V do CTN, dispondo que as sanções aplicáveis face à violação da legislação tributária requerem expressa previsão em lei. Afirma que o procedimento da fiscalização vai de encontro a jurisprudência, objeto de decisões do Supremo Tribunal Federal (STJ), a exemplo da decisão contida nos RE nº 92.165-6 e nº 78.291.

Lembra o princípio da legalidade, base do chamado Estado de Direito, traz ensinamento do Prof. Roque Antonio Carrazza, e a posição doutrinária acerca da legalidade e da tipicidade das sanções, conforme entendimento do Prof. José Eduardo Soares de Melo.

Requer a nulidade da autuação, pela (i) incompetência absoluta da Secretaria da Fazenda para excluir a empresa do Desenvolve; (ii) cerceamento de defesa pela falta de processo administrativo próprio para excluir a empresa do Desenvolve; (iii) ausência de elementos que determinem com segurança a infração e (iv) pela falta de indicação de dispositivo legal que fundamente a autuação e a infração cometida. Solicita aplicação da regra disposta no art. 155, Parágrafo Único do RPAF/BA, se a decisão do mérito for a seu favor, julgando improcedente o Auto de Infração em detrimento de sua nulidade.

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

- O pedido de transferência dos incentivos da Viniartefatos para a Sansuy seguiu a orientação da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia apresentada em resposta a consulta formulada pela impugnante;
- A transferência dos incentivos foi efetuada na mesma data da revogação dos benefícios do BAHIAPLAST originalmente concedidos para a Sansuy, indicando que a intenção do Conselho foi autorizar a aplicação do DESENVOLVE sobre todo o ICMS apurado pela impugnante, seja

ele decorrente de investimentos já realizados ou a realizar. Se não fosse esse o entendimento, não haveria qualquer razão ou motivo para a revogação;

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

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

Os autuantes prestam a informação fiscal, fls. 932 a 975, nos seguintes termos:

Ressaltam que o contribuinte já foi anteriormente autuado por cometer esta mesma infração. Auto de Infração nº 299314.0002/07-1 (procedente, relativo ao período de março de 2005 a outubro de 2007), Auto de Infração nº 299314.0100/11-1 (procedente, referente ao período de novembro a dezembro de 2007), Auto de Infração nº 299314.0701/12-3 (procedente, relativo ao exercício de 2008) e Auto de Infração nº 299314.0901/12-2 (procedente, relativo ao exercício de 2009).

O contribuinte continuou cometendo a mesma infração, nos exercícios posteriores aos fiscalizados.

Salientam que o autuado não contestou as inadequações descritas na autuação; ademais, que entendeu claramente os objetivos do Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do estado da Bahia – Desenvolve, e que, se o contribuinte não cumprir tais condições contratadas com o Estado, não poderá fruir do correspondente benefício.

Quanto à declaração do autuado, “... caso em tela, o Ilustre 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. ...”, contudo, verificando às fls.: 1 a 698, resta comprovado que o Contribuinte recebeu cópia do auto e de todos os demonstrativos, levantamentos e documentos integrantes do Auto de Infração de nº

299314.1101/13-8 em 14 de novembro de 2013, tornando insustentável qualquer alegação de cerceamento de defesa.

Esclarecem que, em momento algum, promoveu sob qualquer aspecto, o cancelamento do benefício fiscal concedido ao contribuinte Sansuy S/A Indústria de Plásticos, relativamente ao Programa DESENVOLVE. O que houve foi que, como é sabido, 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. Foram considerados os vários roteiros de auditoria e, no caso em tela, após os citados exames, verificou-se que o Contribuinte incorreu na infração apontada consoante os documentos de fls. 04 a 698 do PAF.

Também 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, relativamente ao Programa DESENVOLVE. Portanto, as citações das normas acima em nada beneficiam a defendant.

Ademais, no caso em tela, o defendant foi autuado pelo cometimento da mesma infração 01 - 03.08.05 no exercício de 2010, e incorre exatamente nesta mesma infração, desde o exercício de 2005. Traz os respectivos números dos Autos de Infração lavrados desde o exercício de 2005 em decorrência do cometimento da infração - 03.08.05 - DESENVOLVE - uso indevido de benefício fiscal, os quais foram julgados PROCEDENTES:

- a) Auto de Infração: 299314.0002/07-1 (4^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL ACÓRDÃO JJF Nº 0351-04/08; 2^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL ACÓRDÃO CJF Nº 0219-12/10 e 2^a 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 (5^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL ACÓRDÃO JJF Nº 0026-05/12) e 1^a 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 (3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL ACÓRDÃO JJF Nº 0036-03/13) - relativamente exercício de 2008;
- d) Auto de Infração: 299314.0901/12-2 (3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL ACÓRDÃO JJF Nº 0068-03/13 e 1^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL ACÓRDÃO CJF Nº 0275-11/13) - relativamente exercício de 2009.

Aduzem que o Contribuinte ao tentar utilizar a Instrução Normativa nº 47/2011, para fins contrários ao interesse da administração tributária do Estado da Bahia, não somente pretende desqualificar a autuação em tela, mas também quer fazer crer possível ser esta mesma instrução normativa uma barreira contra autuações, comprovadamente legítimas, do fisco baiano. Defender a absurda idéia na qual 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 é, no mínimo, defender proposição eivada de ilegalidade.

A Instrução Normativa 47/2011 não se presta a proteger o Contribuinte, que faz uso indevido do benefício fiscal do Programa DESENVOLVE, pois, o crédito tributário é indisponível. Salienta que a instrução normativa em tela, 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 esteja enquadrado no Programa DESENVOLVE. Para que não seja suscitada qualquer dúvida, declaram, uma vez mais, que a ação fiscal em tela e o consequente Auto de Infração nº 299314.1101/13-8 foram efetivados de acordo com o item 3 da Instrução Normativa 47/2011, ou seja, considerando o Contribuinte enquadrado no Programa DESENVOLVE. Para comprovar esta afirmação pode-se verificar e constatar que o Contribuinte continua enquadrado no Programa DESENVOLVE, mesmo tendo já sido autuado, desde o exercício de 2005, em decorrência do cometimento da mesma infração.

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

Ressaltam 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. De fato não é o que se extrai da Lei nº 7.980 - Programa DESENVOLVE, regulamentada pelo Decreto nº 8.205.

Assinalam que o Contribuinte 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 nexo com a infração caracterizada neste PAF e ricamente documentada. Assim, nada apresenta que possa ser útil à sua peça de defesa, logo, sua manifestação em nada o beneficia.

Destacam que não foi anexado qualquer documento que comprove investimentos, em conformidade com as obrigações assumidas com o Estado da Bahia, para fruição do Programa DESENVOLVE. Não foram apresentados 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 peças de defesa, 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.

Salientam que o parecer da lavra da doutora Sylvia Maria Amoêdo Cavalcante de fls. 1526/1531 (fls. do PAF referente, ao Auto de Infração nº 299314.0002/07-1 julgado procedente conforme Acórdão CJF Nº 0219-12/10 da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal), do qual o Contribuinte apresentou trecho às fls. 549 deste PAF restou comprovado não ter sido acolhido pelo Procurador Assistente da PGE/PROFIS (doutor José Augusto Martins Junior).

Relativamente à multa aplicada, dizem que a mesma é prevista na lei do ICMS (7.014/96), e que a infração cometida se enquadra como fraudulenta, no âmbito do direito tributário, conforme definido na Lei nº 4.502/64 em seu art. 72, como ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária, ou excluir ou modificar suas características essenciais, de modo a reduzir o pagamento do imposto devido.

Com relação ao pedido de nulidade e improcedência requerido pelo contribuinte, salientam que a transferência de benefício de outra empresa não foi causa da autuação, bem como, o cancelamento do programa BAHIAPLAST é uma operação normal, tendo em vista ser vedado às empresas fazer uso simultâneo de dois benefícios. Reiteram que o cerne da autuação foi a não comprovação da execução das atividades previstas no Protocolo de Intenções firmado com o Estado da Bahia.

Com o intuito de ilustrar, transcrevem o extrato da informação fiscal do Auto de Infração 299314.0002/07-1, outrora analisado, onde se descreve, minuciosamente, que os valores trazidos pelo autuado como “Investimentos realizados”, não guardam qualquer relação com as propostas no projeto apresentado ao Estado da Bahia para a obtenção do benefício fiscal, através do Programa DESENVOLVE. Afirmam ser valores aplicados na manutenção do parque fabril original da Sansuy, decorrente dos desgastes naturais e que não guardam qualquer relação com os investimentos propostos, para fazer jus aos benefícios fiscais do citado Programa.

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

Elaboram resumidamente que:

O contribuinte Viniartefatos tinha se comprometido a implantar na Bahia uma unidade industrial que, dentre outras características representava um investimento de aproximadamente R\$ 63 milhões, a criação de mais de setecentos empregos diretos e, pelo menos, mais mil empregos indiretos;

- contudo, a Viniartefatos não chegou a implantar a unidade industrial projetada, bem como não realizou os investimentos previstos e nem criou os empregos prometidos, pois, foi incorporada pela Sansuy S.A. Indústria de Plásticos em 17/12/2004;
- foram transferidos os benefícios do DESENVOLVE concedidos a Viniartefatos para a Sansuy, cabendo, portanto, a Sansuy S.A. Indústria de Plásticos, cumprir os compromissos firmados para fruição do citado benefício;
- 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;
- restou comprovado, como verificamos no presente PAF referente o Auto de Infração 299314.1101/13-8, que a Sansuy continuou procedendo no período de janeiro a dezembro de 2010 da maneira idêntica ao período de março de 2005 a dezembro de 2009, já que não houve a implantação da unidade fabril projetada, a aplicação dos investimentos programados, a criação dos empregos prometidos, a implantação de nova tecnologia, a geração de receitas e nem a fabricação dos produtos previstos.

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

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

VOTO

Inicialmente constato que o Auto de Infração foi lavrado com a estrita observância dos ditames contidos no art. 39 do RPAF/99, e encontra-se apto a surtir seus efeitos jurídicos e legais.

Quanto aos mencionados princípios da legalidade e da tipicidade, estes foram rigorosamente observados nesta lide, haja vista que os dispositivos dados como infringidos estão tipificados na legislação tributária própria, tais como as normas que regem o ICMS e o Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia.

Assim não havendo vícios na lavratura do Auto de Infração, tampouco no decorrer da instrução processual, que possam inquinar de nulidade o lançamento, passo à análise do mérito, como segue.

O Auto de Infração exige ICMS em decorrência do recolhimento a menos do imposto em razão de uso indevido de incentivo fiscal previsto no Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – DESENVOLVE, a título de dilatação de prazo previsto no Decreto nº 8.205/03.

A acusação versa que o defensor incorporou a empresa VINIARTEFATOS e, consequentemente, incorporou também os benefícios fiscais concedidos à incorporada, sem que houvesse cumprido as etapas previstas no protocolo de intenções, assinado com o Estado da Bahia.

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

Em conformidade com o livro de Registro de Empregados, o autuado não gerou nenhum emprego, não realizou qualquer investimento, ao contrário, adquiriu máquinas com mais de um ano de uso, conforme notas fiscais de aquisição de ativos registradas em sua contabilidade, não adquiriu insumos, não produziu, não constituiu estoques, não imprimiu documentos fiscais. Outrossim, o terreno cedido pela Sansuy para implantação da Viniartefatos não foi edificado, visto que foi incorporada em seguida (2004) pela primeira, e os sócios são os mesmos em ambas as empresas. Enfim, os objetivos originais que resultaram na concessão de benefícios e incentivos do Programa DESENVOLVE foram prejudicados, tendo em vista que, nem a Viniartefatos, nem a Sansuy que a incorporou, cumpriram o que foi pactuado com o Estado da Bahia.

A VINIARTEFATOS foi contemplada com os benefícios previstos no DESENVOLVE (Res. 35 de 19/08/04), para “produzir artigos de malhas têxteis (laminados e confeccionados)”, com diferimento no lançamento e pagamento do ICMS, (a) na importação, aquisições internas e em outros Estados de bens de ativo (b) aquisição internas de insumos e embalagens destinadas a fabricantes de artigos de malharia e (c) dilação de prazo de 72 (setenta e dois) meses para pagamento do saldo devedor do ICMS, relativo às operações próprias, gerado em razão dos investimentos previstos no projeto incentivado.

Tendo a VINIARTEFATOS sido incorporada pela SANSUY S/A, que renunciou aos benefícios do BAHIAPLAST, para poder usufruir dos benefícios acima elencados, inclusive da dilação de prazo de 72 meses para pagamento do saldo devedor do ICMS, certamente o autuado como incorporador, deveria também, cumprir o protocolo de intenções assumido pela cindida. Entretanto, não foi trazido ao processo qualquer prova de que gerou os empregos, implantou novas tecnologias, criou um faturamento adicional que corresponde ao já existente na SANSUY, somado ao projetado e pactuado com o Estado, pela VINIARTEFATOS, em contrapartida aos benefícios que lhe foi concedido pelo Programa DESENVOLVE.

Ocorre que a concessão de benefícios fiscais implica renúncia de receitas tributárias em detrimento de outros benefícios. Na situação presente, ao conceder dilação do pagamento do saldo devedor do ICMS incidente sobre as operações próprias (bem como diferimento do pagamento do ICMS na aquisição de bens do ativo e insumos utilizados na produção), o Estado deixou de arrecadar o imposto relativo a diversas operações, e o valor do imposto que deveria ser arrecadado, de imediato, ao ser postergado, significou, de fato, redução do seu valor.

Conforme previsto na legislação, o imposto devido a ser pago no futuro pode ser pago em valor presente com deságio. A contrapartida desta renúncia fiscal é o que a empresa se comprometeu a fazer, investimento no Estado, implementação de nova tecnologia, geração de empregos e renda, o que de fato não provou ter realizado.

Importante registrar a existência do Auto de Infração de nº 299314.0002/07-1, lavrado contra o autuado, que possui fatos e fundamentos jurídicos idênticos ao caso em análise, com exceção apenas do período de ocorrência dos fatos geradores da obrigação, sendo que, o primeiro é

relativo ao período de março de 2005 a outubro de 2007 e este, se refere aos meses de janeiro a dezembro de 2010.

Naquele processo, todos os argumentos trazidos pela defesa, no Auto de Infração nº 299314.0002/07-1 foram objeto de análise por este CONSEF, e os fatos ali apontados guardam similaridade com os deste Auto de Infração, tendo sido julgado procedente pela 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, como transcreto abaixo:

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

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

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

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

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

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

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

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

Não se tem dúvida que o cancelamento de um contribuinte do Programa do DESENVOLVE é da competência exclusiva do Conselho Deliberativo desse Programa e, coerentemente, com esse posicionamento, não houve no Auto de Infração em epígrafe o alegado cancelamento de incentivo fiscal. O que houve foi a cobrança do imposto indevidamente dilatado, em razão de não ter o recorrente, à época dos fatos, implementado as condições necessárias para usufruir do incentivo fiscal que lhe fora concedido. Assim que sejam atendidas as condições necessárias para o gozo do incentivo fiscal, o recorrente poderá se beneficiar da dilação de prazo prevista na Resolução 35/2004. No entanto, caso o presente Auto de Infração venha a ser julgado procedente em caráter definitivo na esfera administrativa, a autoridade competente deverá representar ao Secretário da Fazenda, para que ele solicite ao CD do DESENVOLVE o cancelamento da habilitação do recorrente no referido Programa.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

II - expansão industrial, o aumento resultante de investimentos permanentes de, no mínimo, 35% (trinta e cinco por cento) na produção física em relação à produção obtida nos 12 meses anteriores ao pedido;

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Assim, comprovado que a empresa autuada adota a prática reiterada do cometimento da infração apontada neste Auto de Infração, e prontamente rechaçada por este CONSEF, por estar em desacordo com o pactuado no Programa DESENVOLVE, com o Estado da Bahia.

Com relação à multa aplicada, tipificada no art. 42, IV, “j” da Lei nº 7.014/96, diz o autuado que pela descrição dos fatos não resta caracterizada uma ação ou omissão fraudulenta, não especificada na lei. De fato, a fraude não se presume e verifico que o enquadramento da autuação reporta-se a recolhimento a menos do ICMS.

Ademais, na ação fiscal os autuantes tiveram acesso aos livros fiscais nos quais as operações mercantis estavam devidamente escrituradas. Dessa forma, corrojo a multa 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.

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

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **299314.1101/13-8**, lavrado contra **SANSUY S/A INDÚSTRIA DE PLÁSTICOS**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$8.734.980,60**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de julho de 2014.

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - RELATORA

JOWAN DE OLIVEIRA ARAUJO - JULGADOR