

PROCESSO - A. I. Nº 299314.1101/13-8
RECORRENTE - SANSUY S/A. - INDÚSTRIA DE PLÁSTICOS (SANSUY DO NORDESTE)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4º JJF nº 0151-04/14
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
INTERNET - 31/07/2015

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0160-11/15

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. Não apresentado fatos novos ou argumentos de direito já apreciados na Decisão recorrida. Não acolhida as preliminares de nulidade. Indeferido o pedido de realização de diligência. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte contra a Decisão da Primeira Instância, nos termos do artigo 169, I, “a” e “b”, item 1, do RPAF/99. O Auto de Infração foi lavrado em 13/11/13, refere-se à exigência no valor 8.734.980,60, de ICMS, acrescido da multa de 100%, tendo sido constatado recolhimento do ICMS efetuado a menos, em razão de uso indevido de incentivo fiscal – dilação de prazo para pagamento de ICMS – relativo às operações próprias, em desacordo com a legislação do DESENVOLVE, modificando as características essenciais da obrigação principal, de modo a reduzir o montante do imposto devido, nos meses de janeiro a dezembro de 2010.

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.*

Na Decisão proferida (fls. 978 a 993) a 4ª Jf fundamentou que:

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 defendente incorporou a empresa VINIARTEFATOS e, conseqüentemente, 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 correspondesse ao já existente na SANSUY, somado ao projetado e pactuado com o Estado, pela VINIARTEFATOS, em contrapartida aos benefícios que lhe foi concedido pelo Programa DESENVOLVE.

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.

Em seguida transcreveu o voto contido no Acórdão CJF Nº 0219-12/10 (Auto de Infração nº 299314.0002/07-1), cuja matéria se trata do mesmo objeto deste processo que foi analisado por este CONSEF, cujos fatos ali apontados guardam similaridade com os deste Auto de Infração, cujo teor transcreveu à fls. 990 a 992, tendo sido julgado Procedente pela 2ª CJF.

Concluiu afirmando que:

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, corrijo 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.

No Recurso Voluntário interposto (fls. 1004/1056), o recorrente ressalta que foi constituída sob a forma de sociedade limitada (1966), com atividade industrial e comercial de artefatos de plásticos, transformou-se em Sociedade Anônima (1968), diversificou a produção de laminados flexíveis de PVC, nos Estados de São Paulo e Bahia, empregando mais de mil pessoas, porém em 2005, requereu recuperação judicial, dado às dificuldades que afetaram o mercado.

Comenta a autuação e suscita nulidades sob o argumento de que:

- A. Os autuantes não possuíam competência para cancelar os incentivos concedidos pelo Conselho Deliberativo (CD) do DESENVOLVE (art. 1º da Res. 15/05 e art. 3º e 19 do Decreto nº 8.205/02); entendimento da PGE/PROFIS (fls. 1008/1009-AI 299314.0002/07-1); restrição ao direito do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV da CF); jurisprudência pátria; resposta da Secretaria de Indústria, Comércio e Mineração (SICM – Res. 15/05); posicionamento de doutrinadores; limites previstos nos artigos 41 e 48 da Lei nº 7.014/96, diante da fundamentação de que os autuantes agiram em conformidade com o art. 107 da Lei nº 9.837/05 (COTEB) e art. 42 do “RPAF-BA”; não observado o disposto no art. 7º da Res. 02/07 do DESENVOLVE. Afirma que a Port. Conjunta nº 78/04 da SICM e SEFAZ designa comissão de acompanhamento dos incentivos DESENVOLVE, com base no “Protocolo de Intenções”, cuja competência é exclusiva dos auditores designados. Transcreve o art. 6º da Lei nº 8.210/02 (fls. 1017/1018), afirmando que não há no dispositivo que indique procedimentos relacionados a investimento, geração de emprego ou incremento de faturamento ocorridos em empresas, e o art. 42 do RPAF/BA estabelece competência para fiscalizar e “apreciar matéria”, mas, não para fiscalizar protocolo de intenções. Requer que esta CJF declare a nulidade do procedimento fiscal, por os autuantes terem extrapolado suas competências legais e regulamentares.
- B. Suscita a nulidade do Auto de Infração sob o argumento de que falta indicação a fundamentação legal. Discorre sobre a legislação do Desenvolve (Decreto nº 8.205/02) e afirma que o seu artigo 1º não prevê norma relativa à indicação de infração, motivo pelo qual não atende aos requisitos previstos no art. 39 do RPAF/BA, com descrição clara e precisa dos fatos que caracterize infração. Requer a aplicação do disposto no art. 18, IV, “a” e “b” do RPAF/BA, que trata de nulidade por ausência de elementos para se determinar com segurança a infração e o infrator;
- C. Suscita a nulidade do Auto de Infração, por entender que os autuantes cancelaram o benefício

fiscal que lhe foi concedido. Destaca que a Res. 15/05 transferiu os benefícios fiscais concedidos a VINIARTEFATOS aos incentivos do DESENVOLVE; em conformidade com o disposto no §4º do art. 3º do Decreto nº 8.205/02, visto que não foi estabelecido qualquer piso para o qual não incidiria benefício e que não pode ser desconsiderado pela fiscalização, cuja competência para cancelamento dos benefícios é do Conselho Deliberativo do DESENVOLVE e não dos autuantes.

No mérito, reapresenta os mesmos fundamentos da impugnação, em resumo:

- a) Obteve benefícios fiscais do PROIND (SANSUY) pela Res. 23/97 (PROBAHIA), que renunciou para auferir os incentivos fiscais do Programa BAHIAPLAST pela Res. 16/02.
- b) A Viniartefatos habilitou-se aos benefícios fiscais do Desenvolve em 20/08/04 pela Res. 35/04;
- c) Consultou a SEFAZ sobre a incorporação da Viniartefatos e diante de resposta positiva, foi editada a Res. 15/05 que transferiu os benefícios concedidos à VINIARTEFATOS (DESENVOLVE), revogando a Res. 02/05 que concedeu os benefícios fiscais do BAHIAPLAST.

Discorre sobre o DESENVOLVE (art. 14) e formula questionamentos sobre a transferência de benefícios (artigos 3º, §4º, art. 10, IV e art. 14) e ressalta que a competência para determinar o montante do saldo apurado é do CD DESENVOLVE e a Res. 15/05 não fixou qualquer piso.

Discorre sobre os procedimentos de incorporação da Viniartefatos pela SANSUY, que entende ter ocorrido em conformidade com a legislação societária e fiscal. Afirma que o protocolo de intenções firmado pela Viniartefatos com o Estado da Bahia não constitui legislação tributária e não pode embasar imposição de penalidades pelo seu descumprimento (art. 96, 100 e 142 do CTN).

Ressalta que atualmente o CD DESENVOLVE, passou a exigir a assinatura de um *contrato de obrigações mútuas e recíprocas* entre a empresa e o Estado da Bahia, a exemplo da Res. 21/07 que habilitou a POLY EMBALAGENS LTDA.

Destaca que no Acórdão JJF 0036-03/13 o relator fundamentou sua Decisão com base no protocolo de intenções, o que *“não nasce qualquer obrigação entre as partes”* (CTN).

Afirma que ao contrário do que foi acusado, realizou diversos investimentos após a incorporação dos incentivos da Viniartefatos, apesar de estar em processo de recuperação judicial, o que pode ser comprovado em diligência à sede da empresa, o que foi requerido e negado.

Transcreve trecho de Parecer exarado pela PGE/PROFIS (Auto de Infração nº 299317.0701/12-3 – fl. 696/697), no qual foi manifestado que mesmo que não tivesse realizado qualquer investimento após a incorporação da Vineartefatos, teria sido correta a utilização dos benefícios fiscais concedidos.

E ainda, que ao contrário do que foi fundamentado *“comprovou ter investido em máquinas e equipamentos, fato que o próprio relatou admitiu em seu voto que ocorreu”* aquisição em 26/11/04, no valor de R\$5.877.726,00.

Contesta a fundamentação de que os investimentos realizados trata-se de peças de reposição e transferência de equipamentos reformados, visto que a SANSUY possui tecnologia própria e os equipamentos transferidos (São Paulo) não caracteriza infração à legislação o DESENVOLVE, visto que a única restrição é de que os ativos sejam transferidos da Região Nordeste (art. 1º, §1º).

Destaca que o art. 100 do CTN indica que as práticas reinteradas pelas autoridades administrativas são normas complementares e que o procedimento de incorporação de benefícios se assemelha ao da empresa COBAFI (BAHIAPLAST → PROBAHIA); IBR, adquirida pela REICHHOLD (mantido o DESENVOLVE); DUSA - Dupont Sabanci S.A, incorporada pela COBAFI (BAHIAPALST), ETC.

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

Acórdãos CJF 0865/99 e CJF 1064/99. Requer a nulidade, por não haver uma relação clara e precisa entre o enquadramento da multa e a descrição da infração.

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

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

Conclui fazendo um resumo dos fatos e requer reforma da Decisão da Primeira Instância, declarando a nulidade do Auto de Infração, caso não acolhida, a improcedência da autuação e por prudência, redução da multa de 60% imposta pela 4ª JJF.

A PGE/PROFIS no Parecer às fls. 1061 a 1069, inicialmente discorre sobre a infração e Decisão proferida pela primeira instância, manifestando que não procede ao pedido de nulidade suscitado, visto que os autuantes possuem competência para exercerem atividade de fiscalização (Constituição Estadual e COTEB/BA) quanto ao cumprimento do incentivo fiscal.

No mérito, refuta a linha de raciocínio do recorrente, tendo em vista que através de Resolução foi fixado às condições para fruição do benefício fiscal do Programa DESENVOLVE, tendo como base os elementos contidos no Protocolo de Intenções (artigos 10 e 19 do Dec. 8.205/02), cuja inobservância das exigências para a habilitação do Programa, conduz a legitimidade da exigência fiscal.

Quanto à tese de erro na capitulação legal, afirma que não se trata de hipótese de nulidade, conforme preconizado no art. 19 do RPAF/BA e jurisprudência, a exemplo das Decisões proferidas no REEX 2008.810.00021721 – TRF-5 julgado em 23/05/13 – Primeira Turma.

Diz que diante do disposto no art. 119, §1º do COTEB, opina pelo Não Provimento do Recurso.

VOTO

Inicialmente cabe apreciar as preliminares de nulidades suscitadas pelo recorrente.

Quanto ao argumento de que os autuantes não possuíam competência para analisar o cumprimento do “protocolo de intenções”, verifico que este pedido foi rejeitado na Decisão da primeira instância. Observo que conforme definido no art. 7º da Res. 03/2007, a atribuição do Conselho Deliberativo do DESENVOLVE é de definir política de investimentos; propor instituição de programas; deliberar sobre pedidos e concessão de incentivos e benefícios; apreciar e decidir sobre cancelamento de benefícios. Portanto, uma vez concedido benefícios fiscais mediante edição de resoluções, para empresas integrantes dos programas instituídos, cabe à fiscalização verificar os procedimentos adotados pelos contribuintes em cumprimento das normas contidas na legislação tributária e caso a fiscalização constata práticas adotadas pelos contribuintes que conflitem com as normas, é de competência dos auditores fiscais, fazer o lançamento de ofício nos termos do art. 6º da Lei nº 8.210/02 e art. 42 do Decreto nº 7.629/99. Dessa forma, fica afastada a nulidade pretendida.

Relativamente à nulidade suscitada, sob alegação de que só poderia ser feito o lançamento de ofício após revogação do benefício concedido pelo CD do DESENVOLVE (art. 19 do Decreto nº 8.205/02), observo que de acordo com o que foi apreciado anteriormente, uma vez concedido os benefícios fiscais, há previsão de cancelamento dos benefícios concedidos, mediante edição de nova Resolução. Entretanto, independentemente do cancelamento dos benefícios pelo CD DESENVOLVE, a fiscalização constatando descumprimento da legislação tributária, tem competência para fazer o lançamento de ofício, exigindo o tributo devido. O certo é que a fiscalização não tem competência para cancelar o benefício concedido, competência esta do CD DESENVOLVE, o que não ocorreu neste processo. Portanto, não pode ser acatada a alegação de que os atos foram praticados por servidor incompetente nos termos do art. 18, I do RPAF/BA.

Rejeito a nulidade pretendida por não existir conflito de competência entre a ação fiscal que

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

No tocante a nulidade suscitada sob alegação de que foi aplicada multa de 100%, que a 4ª JJF reduziu para 60% não se coaduna com a descrição da infração e que falta elementos suficientes para se determinar a infração, verifico que na descrição da infração os fatos foram circunstanciados (projeto da Viniartefatos – investimento, nova tecnologia, empregos - concessão do benefício fiscal DESENVOLVE, incorporação pela Sansuy, sem execução do projeto) e propôs a aplicação da multa de 100% prevista no art. 42, IV, “j” da Lei nº 7.014/96.

Por sua vez, com base no disposto nos artigos 142 e 149 do CTN, diante da penalidade proposta, de ofício a instância julgadora retificou o enquadramento legal do fato tributável, (art. 42, II, “f”) por entender que o levantamento fiscal foi efetuado com base nos livros fiscais devidamente escriturados. Logo, na situação presente não há inadequação entre a descrição da infração e a tipificação da multa aplicada, e sim, revisão da multa para se coadunar com o fato tributável. Ressalto ainda que os Acórdãos CJF 0865/99 e CJF 1064/99 citados não dão suporte ao argumento de nulidade pretendida, visto que o primeiro indica que não foi “*determinado como foi apurada a base de cálculo*” e o segundo que trata de suprimento de caixa de origem não comprovada, fundamentando que inexistem elementos para se determinar a infração e o valor do débito. Fica, portanto rejeitada a nulidade suscitada.

No que se refere à nulidade suscitada sob o argumento de falta de fundamentação legal, verifico que além da descrição da infração circunstanciando que o procedimento adotado pelo contribuinte modificou as características essenciais da obrigação tributária, que implicou na redução do montante do imposto devido, foi detalhado na fl. 2 do Auto de Infração a sequência dos fatos, da inscrição da VINIARTEFATOS, projeto, protocolo de intenções, investimentos, habilitação ao DESENVOLVE, cessão de terreno pela SANSUY, incorporação etc. Portanto, o art. 1º do Dec. 8.205/02, descreve as diretrizes do Programa e o seu §1º indica o que se considera para efeitos do mesmo o que é novo empreendimento, expansão, reativação e modernização. Pelo exposto, a descrição da infração em consonância com o enquadramento indicado possibilita entender a acusação de que houve descaracterização da essência do Programa, tanto que o contribuinte entendeu e se defendeu do que foi acusado. Quanto à efetividade da acusação, isso perpassa pela apreciação das razões de mérito, o que passo a fazê-lo.

O recorrente mostrou-se inconformado com a não realização de diligência que requereu, para comprovar que realizou investimentos após a incorporação dos incentivos da Viniartefatos.

Verifico que conforme descrito na fl. 2 do Auto de Infração, a fiscalização relacionou as inadequações apuradas, indicando valores de equipamentos a serem aplicados, quantidades de empregos a serem gerados, emprego de tecnologias, etc. Assim sendo, conforme fundamentado na Decisão da Primeira Instância, “*a empresa autuado adota a prática reiterada do cometimento da infração... em desacordo com o pactuado no Programa DESENVOLVE*” e não foi acostado aos autos qualquer elemento que indicasse a necessidade da mencionada diligência, nos termos do art. 123 do RPAF/BA, motivo pelo qual fica indeferida nos termos do art. 145 do citado Regulamento.

No mérito, o lançamento exige ICMS recolhido a menos que o devido nos meses de janeiro a dezembro/10, em razão da utilização indevida do incentivo fiscal de dilação de prazo para pagamento de ICMS previsto no programa DESENVOLVE.

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

a) Que o relator da Primeira Instância fundamentou a sua Decisão em razão do descumprimento

do protocolo de intenções, mas que, com relação aos benefícios fiscais do DESENVOLVE, não há na resolução, que concedeu o direito de fruição ao incentivo fiscal, qualquer condição à fruição do incentivo.

- b) Que o CONSELHO DELIBERATIVO DESENVOLVE através da Res. 138/11 ratificou a transferência dos benefícios fiscais concedidos à empresa VINIARTEFATOS (Res. 35/04) para a Sansuy (Res. 15/05).

No tocante ao primeiro argumento verifico que o mesmo foi apreciado pelo relator na Decisão proferida pela 4ª JJF, fundamentando que através da Res. 02/05 o CD do BAHIAPLAST, revogou a habilitação de benefício fiscal concedida a Sansuy S/A, e na mesma data o CD DESENVOLVE, através da Res. 15/05, transferiu os benefícios daquele Programa concedidos à VINIARTEFATOS.

Em seguida circunstanciou que a VINIARTEFATOS firmou protocolo de intenções com o Estado da Bahia, para aplicar investimento de R\$ 63 (sessenta e três) milhões; criar 700 (setecentos) empregos diretos e mil empregos indiretos; empregar tecnologia moderna. Entretanto, não gerou emprego, adquiriu máquinas usadas, a prazo, da SANSUY; empregou tecnologia da SANSUY; e após a incorporação fez o retorno do maquinário adquirido lançando como contrapartida a conta do ativo imobilizado.

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

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

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

Logo, não se pode concluir que a exigência fiscal tem como suporte o descumprimento do protocolo de intenções, que não configura norma complementar e sim a não continuidade do projeto (art. 1º do Decreto nº 8.205/00), para atingir o seu objetivo social que justificasse a renúncia fiscal pelos benefícios concedidos (art. 3º - dilação de prazo para o pagamento do saldo devedor mensal do ICMS, relativo às operações próprias, gerado em razão dos investimentos constantes dos projetos aprovados pelo CD DESENVOLVE). Na situação presente, houve apenas ação simulada da criação da empresa e incorporação, sem atender às condições estabelecidas, o que caracteriza em redução de pagamento do imposto, sem proporcionar as contrapartidas oferecidas ao Estado (investimento, nova tecnologia, criação de novos empregos e ampliação da receita).

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

Uma vez concedido os benefícios previstos no Programa, é a fiscalização que verifica se objetivamente o beneficiado cumpriu as intenções elencadas no projeto. Se não cumpriu, modificou as características essenciais da obrigação tributária que motivou sua renúncia, implicando na redução do montante do imposto devido. É certa a afirmação que os autuantes não têm competência para cancelar benefício ou incentivo fiscal, mas é correta a exigência do ICMS pela fiscalização, quando ficar comprovado que o usufruto do benefício fiscal não pode ocorrer face ao não atendimento das condições estabelecidas.

Também, não procede ao argumento do recorrente de que a competência para fiscalizar o cumprimento dos objetivos contidos no Protocolo de Intenções do Programa DESENVOLVE é

exclusivo da comissão de acompanhamento designados pela Port. Conjunta SICM e SEFAZ Nº 78 de 29/10/04. Entendo que aqueles servidores foram designados após a concessão das primeiras habilitações do Programa (Decreto nº 8.205/00) e não tinha caráter permanente.

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

Ressalto que esse entendimento foi manifestado na Decisão contida no Acórdão JJJ 0351-04/08, cujo Recurso interposto não foi provido na Decisão proferida no Acórdão CJE 0219-12/10 e também por esta 1ª CJE na apreciação do Recurso interposto contra a Decisão proferida pela 5ª JJJ nº 0026-05/12, no Acórdão CJE 0159-11/13; também no JJJ nº 068-03/13, mantido no Acórdão CJE 0275-11/13; e ainda o JJJ nº 036-03/13, cuja Decisão foi mantida no Acórdão CJE 0264-11/14.

Por fim, quanto ao argumento de que a multa aplicada é desproporcional e confiscatória, observo que a multa aplicada de 60% é prevista no art. 42, VII, “F” da Lei nº 7.014/96, portanto é legal e de acordo com o artigo 167, inciso I, do RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99), não se inclui na competência deste órgão julgador a declaração de inconstitucionalidade da legislação tributária.

Quanto ao pedido de redução da multa de 60%, fica rejeitado tendo em vista que decorre de descumprimento de obrigação principal e falta competência desta Câmara para apreciação de tal pedido, consoante o art. 158 do RPAF/99.

Por tudo que foi exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

VOTO DIVERGENTE

Em que pese o brilhante voto do ilustre Relator, peço *venia* para discordar do seu posicionamento quanto a nulidade do presente Auto de Infração no que tange a competência do Fiscal Autuante em cancelar os benefícios do programa DESENVOLVE.

Ab initio, entendo que foi aplicado o quanto disposto no artigo 16 do Decreto 8.205/02, que assim determina, *in verbis*:

Art. 16. A manutenção dos incentivos é condicionada à comprovação contábil e física da integral realização do investimento projetado, comprovada por laudo de inspeção emitido pela Secretaria Executiva do DESENVOLVE, e, quando necessária, com assistência do DESENBHIA.

Diante da suposta falta de realização do investimento projetado, deve-se observar o quanto prescrito no art. 19 do mesmo Decreto, que assim dispõe:

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

I - quando reincidir na falta prevista no artigo anterior;

II - quando incidir em dolo ou má fé na prestação de informações sobre o projeto ou sobre a empresa.

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

§ 2º A empresa que tiver o incentivo cancelado obrigar-se-á a ressarcir ao Estado todo o valor do imposto cujo prazo tenha sido dilatado, acrescido dos encargos financeiros praticados pelo sistema bancário, no prazo de 30 (trinta) dias, contados a partir da data da publicação da Resolução.

§ 3º A empresa ou grupo econômico que tiver o incentivo do Programa cancelado não fará jus a novas concessões de incentivo do mesmo Programa. (Grifo nosso)

Pela dicção do §1º do art. 19 do Decreto nº 8.205/02, combinado com os mandamentos do art. 19, *caput*, inciso II e o Art. 16, não pairam dúvidas que o cancelamento dos incentivos é de competência, única e exclusiva, do Conselho Deliberativo do DESENVOLVE e não do Auditor

Fiscal, como no presente caso dos autos.

Assim, a suposta inobservância na consecução dos investimentos projetados que leva ao cancelamento do benefício fiscal, por opção do legislador e do executivo estadual, só podem ser decretados pelo Conselho Deliberativo do DESENVOLVE, dentro de um processo administrativo, com a concessão da ampla defesa e do contraditório para a empresa.

Neste sentido, colaciono o voto divergente da i. Conselheira Rosany Nunes de Mello Nascimento, proferido no Acórdão CJF nº 0275-11/13, proferido em caso da mesma empresa em completamente análogo, *verbo ad verbum*:

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

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

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

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

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

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

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

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

Após analisar os documentos societários relativos ao evento da incorporação, bem assim as escritas contábil e fiscal do Recorrente, o preposto autuante concluiu que nem a VINIARTEFATOS nem o Recorrente cumpriram os compromissos assumidos quando da assinatura do Protocolo de Intenções, razão pela qual esta última não poderia usufruir dos benefícios fiscais integrantes do Programa Desenvolve que lhe foi transferido, notadamente o relativo à dilação do prazo para pagamento do saldo devedor do ICMS. Diante de tal situação fática, procedeu à glosa do benefício no período compreendido entre os meses de janeiro a dezembro de 2009, exigindo o imposto apurado em decorrência da adoção deste procedimento.

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

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

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

Isto porque, constatando a prática de atos por parte do Recorrente os quais, nos termos da legislação de

regência, poderiam ensejar o cancelamento do benefício fiscal a que estava habilitado, caberia ao preposto fiscal representar ao órgão competente para que este, no uso das atribuições que a Lei lhe conferiu de forma privativa, tomasse as providências legais cabíveis e a partir daí restasse autorizado o lançamento de ofício.

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

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

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

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

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

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

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

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

(...)

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

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

Art. 7º – Ao Plenário compete privativamente:

I – Apreciar e decidir sobre:

...

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2 - **Constatado que os termos do projeto não foram atendidos pelo contribuinte beneficiário do Programa DESENVOLVE, o preposto fiscal deverá circunstanciar os fatos, reunir as provas e encaminhar, através do**

titular da sua repartição fiscal, relatório de auditoria ao Superintendente de Administração Tributária para imediato encaminhamento de denúncia à Secretaria Executiva do Conselho Deliberativo do DESENVOLVE.

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

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

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

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

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

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

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

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

Por tudo quanto exposto, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário interposto, diante da falta do procedimento previsto no Art. 19, §1º do Decreto nº 8.205/02, declarando NULO o Auto de Infração aqui debatido.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em Decisão por maioria, com voto de qualidade do presidente, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **299314.1101/13-8**, lavrado contra **SANSUY S/A. - INDÚSTRIA DE PLÁSTICOS (SANSUY DO NORDESTE)**, devendo ser intimado o recorrente 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.

VOTO VENCEDOR – Conselheiros: Eduardo Ramos de Santana, Osmira Freire Carvalho Ribeiro da Silva e Rubens Bezerra Soares.

VOTO DIVERGENTE – Conselheiros(as): Rodrigo Lauande Pimentel, Raísa Catarina Oliveira Alves Fernandes e Rafael Barbosa de Carvalho Figueiredo.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de junho de 2015.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – RELATOR

RODRIGO LAUANDE PIMENTEL – VOTO DIVERGENTE

MARIA HELENA DE MENDONÇA CRUZ - REPR. DA PGE/PROFIS