

PROCESSO - A. I. Nº 299314.0901/15-7
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e SANSUY S/A. - INDÚSTRIA DE PLÁSTICOS
RECORRIDOS - SANSUY S/A. - INDÚSTRIA DE PLÁSTICOS e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0074-02/16
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET 13/12/2016

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO C/JF Nº 0271-11/16

EMENTA: ICMS. PROGRAMA DESENVOLVE. RECOLHIMENTO A MENOR. USO INDEVIDO DE INCENTIVO FISCAL. O recorrente utilizou benefício fiscal sem cumprir as contrapartidas previstas no Programa DESENVOLVE (investimento, implantação de nova tecnologia, criação de emprego, geração de receita etc.). Mantida a Decisão recorrida. Rejeitada a preliminar de nulidade. Indeferido o pedido de diligência. Recursos de Ofício e Voluntário **NÃO PROVIDOS**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício, em razão de a Decisão proferida por meio do Acórdão 2ª JJF nº 0074-02/16 ter desonerado o sujeito passivo de parte do débito que lhe foi imputado, consoante determina o art. 169, I, “a” do RPAF-BA/1999 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia; Decreto nº 7.629/1999), e de Recurso Voluntário, interposto pelo contribuinte que, inconformado, apresenta a peça de irresignação com respaldo no art. 169, I, “b” do mencionado Regulamento.

O Auto de Infração foi lavrado no dia 30/09/2015 para exigir crédito tributário no valor de R\$ 8.410.963,63, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, IV, “j” da Lei nº 7.014/1996, sob a acusação de recolhimento a menor, em razão de uso indevido da dilação de prazo para pagamento do ICMS relativo às operações próprias, prevista no Programa Desenvolve.

Exige-se, portanto, o imposto cujo prazo para recolher foi estendido pelo Programa.

Segundo os autuantes, Viniartefatos Comércio, Importação e Exportação Ltda. foi cadastrado sob o nº de inscrição estadual 64.187.765 no dia 23/07/2004, na condição de contribuinte “normal”. Posteriormente habilitado no Programa Desenvolve, por intermédio da Resolução nº 35/2004, em 19/08/2004, com direito ao diferimento do lançamento e pagamento do tributo em determinadas hipóteses e à dilação do prazo de 72 (setenta e dois meses) para pagamento do saldo devedor.

Tal sociedade empresária restou incorporada pelo sujeito passivo em 17/12/2004.

Em 11/03/2005, a Resolução nº 02/2005 revogou a habilitação ao BAHIAPLAST, da qual era beneficiário o recorrente, tendo sido expedida na mesma data a Resolução nº 15/2005, do Conselho Deliberativo do Desenvolve, transferindo os benefícios fiscais concedidos a Viniartefatos Comércio, Importação e Exportação Ltda. para SANSUY S/A INDÚSTRIA DE PLÁSTICOS, inscrição estadual nº 002.082.206.

Consta, ainda, do campo denominado “INADEQUAÇÕES ENCONTRADAS” (fl. 02), as seguintes informações:

“I - Na fl. 01 do Pedido do contribuinte Viniartefatos Comércio Importação e Exportação Ltda, é informado que a implantação da unidade fabril representa um investimento de aproximadamente R\$ 63 milhões, a criação de mais de setecentos empregos diretos e, pelo menos, mais de mil empregos indiretos. (Anexo 07).

Contudo, se pode verificar na escrituração contábil do Contribuinte, em anexo (Anexo 05), consolidada com a

da sua matriz localizada na cidade de Embu - São Paulo, que sua filial situada em Camaçari - Bahia, adquiriu máquinas e equipamentos com mais de um ano de uso, com tecnologia já conhecida e utilizada pela Sansuy S/A Indústria de Plásticos, formando assim seu ativo permanente (cópias das notas fiscais de aquisição dos ativos pela Vineartefatos da Sansuy, conforme Anexo 04).

Verifica-se também que tal aquisição se deu em 26/11/2004, no valor de R\$5.877.726,00, sendo lançada na conta ativo imobilizado e, como não foi paga tal aquisição, também lançada na conta fornecedores (Anexo 05). As máquinas e equipamentos não chegaram a sair fisicamente da Sansuy, já que, em 17/12/2004 houve a incorporação da Vineartefatos por parte da Sansuy e, portanto, voltaram ao ativo permanente da Sansuy as citadas máquinas e equipamentos.

A Vineartefatos, que pretendia criar, na Bahia, "mais de setecentos empregos diretos e, pelo menos, mais de mil empregos indiretos", nenhum emprego ofertou, conforme verificamos no Livro de Registro de Empregados (Anexo 08). A Vineartefatos não adquiriu insumos, não constituiu estoques de matéria-prima, nada produziu e nem mesmo chegou a pedir a SEFAZ/BA autorização para impressão de documentos fiscais (Anexo 06).

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

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

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

A Junta de Julgamento Fiscal (JJF) apreciou a controvérsia no dia 02/06/2016 (fls. 760 a 776) e decidiu pela Procedência Parcial por unanimidade, *in verbis*:

"VOTO

Inicialmente, não acolho as preliminares de nulidade requeridas pela defesa, pois não têm amparo fático ou jurídico os argumentos relativos aos pressupostos de validade do procedimento fiscal, pois o preposto fiscal expôs com clareza a fundamentação de fato e de direito, na medida em que descreve as infrações, fundamentando com a indicação dos fatos, normas e documentos, bem como de seus dados, assim como indica o supedâneo jurídico. Não foi identificada nenhuma violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer princípios de Direito Administrativo ou Tributário, em especial os do Processo Administrativo Fiscal, tendo sido observado o direito à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizados pelos aspectos abordados na impugnação, bem como pela narrativa dos fatos e correspondente infrações imputadas.

Observe que os autuantes na lavratura do Auto de Infração obedeceram ao disposto no artigo 39, do RPAF/99, eis que, contém todos os elementos esclarecedores da acusação fiscal, tais como a descrição do fato, o enquadramento legal, os valores de cada período, a multa aplicada, além do Anexo do demonstrativo de débito, no qual, consta a tabela de redução de multa, tabela de correção dos acréscimos legais. Estando comprovado nos autos que o defendente recebeu cópia do Auto de Infração e de todos os demonstrativos, levantamentos e documentos integrantes do Auto de Infração, sendo insustentável a alegação de cerceamento de defesa.

Também, não acolho o argumento defensivo de incompetência da Secretaria da Fazenda para excluir a empresa do DESENVOLVE, uma vez que, na ação fiscal não houve nenhuma exclusão/cancelamento do referido programa. Os autuantes, mediante Ordem de Serviço, possuíam competência para analisar o cumprimento do "protocolo de intenções", uma vez que, conforme art. 107 do Código Tributário do Estado da Bahia, Lei 9.837/05, e art. 42 do RPAF-BA, os Auditores Fiscais têm competência para realizar o procedimento fiscal. Por seu turno, compete ao 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, conforme definido no art. 7º da Res. 03/2007.

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

Assim, inexistiu qualquer conflito entre a ação fiscal e as atribuições do Conselho Deliberativo do DESENVOLVE, pois, 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 conflitam 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.

De igual forma, não acolho o argumento de defensivo de que 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.

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

Portanto, ante ao acima exposto, entendo que não pode ser acolhido as alegações de nulidade da autuação vez que não vislumbro nos autos qualquer mácula que inquine de nulidade o lançamento de ofício ora em lide, nem na lavratura do Auto de Infração, tampouco no decorrer da instrução processual.

No mérito, após analisar as peças que compõem o presente PAF, constatei que os autuantes lavraram o Auto de Infração em tela, imputando ao sujeito passivo ter recolhido a menos de ICMS em razão de uso indevido de incentivo fiscal, dilação de prazo para pagamento de ICMS relativo às operações próprias, em desacordo com a legislação do DESENVOLVE, modificando as características essenciais da obrigação tributária principal, de modo a reduzir o montante do imposto devido, evitando, assim o seu pagamento. Período da autuação janeiro/dezembro 2013. Multa aplicada de 100%.

Conforme comprovado nos autos, o autuado 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. Restou comprovado que na fl. 01 do Pedido de enquadramento no citado programa do contribuinte Viniartefatos Comércio Importação e Exportação Ltda, é informado que a implantação da unidade fabril "representa um investimento de aproximadamente R\$ 63 milhões, a criação de mais de setecentos empregos diretos e, pelo menos, mais de mil empregos indiretos. (Anexo 07). Entretanto, se pode verificar na escrituração contábil do Contribuinte, em anexo (Anexo 05), consolidada com a da sua matriz localizada na cidade de Embu - São Paulo, que sua filial situada em Camaçari - Bahia, adquiriu máquinas e equipamentos com mais de um ano de uso, com tecnologia já conhecida e utilizada pela Sansuy S/A Indústria de Plásticos, formando assim seu ativo permanente (cópias das notas fiscais de aquisição dos ativos pela Vineartefatos da Sansuy, conforme Anexo 04).

Outro compromisso assumido pela Vineartefatos, também não cumprido, foi a criação, na Bahia, "mais de setecentos empregos diretos e, pelo menos, mais de mil empregos indiretos", entretanto, nenhum emprego ofertou, conforme verificamos no Livro de Registro de Empregados. Também a Vineartefatos não adquiriu insumos, não constituiu estoques de matéria-prima, nada produziu e nem mesmo chegou a pedir a SEFAZ/BA autorização para impressão de documentos fiscais (Anexo 06).

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 Vineartefatos firmou em 06/08/2004 com o Estado da Bahia um Protocolo de Intenções (Anexo 07) no qual se compromete a viabilizar a instalação de indústria no Estado da Bahia dentre as quais, instalar no município de Camaçari uma unidade industrial no valor de aproximadamente R\$63.000.000,00 (sessenta e três milhões de Reais), gerar 700 (setecentos) empregos diretos e 1.000 (mil) indiretos, desenvolver e empregar moderna tecnologia no processo industrial e produto, absorver a título de primeiro emprego, pelo menos 2 (dois) trabalhadores, como forma de inserção do jovem no mercado de trabalho e manter o mínimo de 2 (dois)

portadores de deficiência recrutados através das Voluntárias Sociais da Bahia, contudo, conforme o exposto acima, tais intenções não foram realizadas pela Vineartefatos nem pela Sansuy, que a incorporou, pois, manteve seu parque fabril original. Assim, ficaram prejudicados os objetivos originais que deram causa ao Protocolo de Intenções, dentro do espírito do Programa DESENVOLVE.

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 299314.1101/13-8, 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 janeiro a dezembro de 2011 e este, se refere aos meses de janeiro a dezembro de 2013.

Naquele processo, todos os argumentos trazidos pela defesa, no Auto de Infração nº 299314.1101/13-8 foram objeto de análise por este CONSEF, e os fatos ali apontados guardam similaridade com o mérito do Auto de Infração em lide, tendo sido julgado procedente pela 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, e por representar o meu entendimento integral em relação ao voto, transcrevo abaixo:

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 4ª JJF nº 0151-04/14
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
INTERNET - 31/07/2015
1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO CJF Nº 0160-11/15
EMENTA: ICMS.

...

VOTO

...

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:

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.

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 CJF 0219-12/10 e também por esta 1ª CJF na apreciação do Recurso interposto contra a Decisão proferida pela 5ª JJJ nº 0026-05/12, no Acórdão CJF 0159-11/13; também no JJJ nº 068-03/13, mantido no Acórdão CJF 0275-11/13; e ainda o JJJ nº 036-03/13, cuja Decisão foi mantida no Acórdão CJF 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.

Saliento que o mesmo entendimento vem sendo mantido em outras decisões da Câmaras, em outros Autos de Infração lavrados contra o mesmo contribuinte envolvendo na mesma matéria, conforme exemplo de emendas abaixo transcritas:

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0159-11/13

EMENTA: ICMS. PROGRAMA DESENVOLVE. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. USO INDEVIDO DE INCENTIVO FISCAL. Restou comprovado que o sujeito passivo utilizou benefício fiscal de dilação do prazo para recolhimento do imposto decorrente de operações próprias, que foi concedido a estabelecimento incorporado e transferido ao incorporador, sem que tenha cumprido as contrapartidas previstas no Programa DESENVOLVE (investimento, implantação de nova tecnologia, criação de emprego, geração de receita). Rejeitada às arguições preliminares de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0264-11/14

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). Infração não elidida. Rejeitado o pedido de realização de diligência Não acolhida às arguições preliminares de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão por maioria.

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0275-11/13

EMENTA: ICMS. PROGRAMA DESENVOLVE. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. USO INDEVIDO DE INCENTIVO FISCAL. Restou comprovado que o sujeito passivo utilizou benefício fiscal de dilação do prazo para recolhimento do imposto decorrente de operações próprias, que foi concedido a estabelecimento incorporado e transferido ao incorporador, sem que tenha cumprido as contrapartidas previstas no Programa DESENVOLVE (investimento, implantação de nova tecnologia, criação de emprego, geração de receita). Rejeitada às arguições preliminares de nulidade. Indeferido o pedido de realização de diligência e da redução da multa. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

No tocante à multa indicada no Auto de Infração, de 100%, com base no art. 42, IV “j” da Lei 7.014/96, também contestada pelo defendente, entendo que de acordo com a natureza da infração apurada e, considerando que o levantamento fiscal foi efetuado com base nos livros fiscais devidamente escriturados pelo autuado, inexistindo qualquer informação de que houve fraude na escrituração dos mencionados livros ou na emissão dos documentos fiscais, a multa deve ser corrigida para 60% do valor do imposto, com base no art. 42, inciso II, alínea “f”, da Lei 7.014/96.

Pelo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, comprovado que o autuado utilizou incentivo fiscal para recolhimento do imposto sem o cumprimento das condições previstas no Programa DESENVOLVE, prática reiterada do cometimento da infração apontada, com a retificação da multa aplicada, na forma acima proposta”.

Em virtude de a desoneração ter ultrapassado o limite estabelecido no art. 169, I, “a” do RPAF-BA/1999 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia), a 2ª Junta de Julgamento Fiscal (JJF) recorreu de ofício da própria Decisão, contida no Acórdão JJF nº 0074-02/16.

Com arrimo no art. 169, I, “b” do Decreto 7.629/1999 (RPAF-BA/1999), o sujeito passivo interpõe Recurso Voluntário às fls. 286 a 294, no qual inicia expondo o histórico de sua atuação no mercado e informando ter requerido recuperação judicial no final do ano de 2005, aprovada pelos credores, cujo respectivo plano vem cumprindo fielmente.

Suscita preliminar de nulidade, com fulcro nos artigos 5º, LV da CF/1988, 41 e 48 da Lei nº 7.014/1996, 19 do Decreto nº 8.205/2002 (Regulamento do Programa Desenvolve), 18 do RPAF-BA/1999, 7º do Regimento Interno do Conselho Deliberativo do Desenvolve, em doutrina, jurisprudência e nos Pareceres da Procuradoria do Estado relativos aos Autos de Infração 299314.0002/07-1 e 299314.0701/12-3, sob o entendimento de que a Secretaria da Fazenda da Bahia não possui servidores com atribuição legal para efetuar a exclusão do benefício, bem como de que ocorreu cerceamento ao direito de defesa, haja vista a falta de processo administrativo próprio.

Em seguida, alega que a Decisão de primeiro grau não analisou a regra contida no art. 7º, I, “a” do Regimento do Conselho Deliberativo do Desenvolve, apresentada na peça de impugnação e

transcrita no Recurso.

Às fls. 792/793, transcreve resposta fornecida pelo Estado da Bahia - por meio da Secretaria da Indústria, Comércio e Mineração -, a quesitos por si formulados, em processo cujo número não discriminou:

Pergunta: "*Existe algum ato do Conselho Deliberativo do Desenvolve limitando, suspendendo ou cancelando os incentivos que foram concedidos através da Resolução Desenvolve nº 15/2015*"?

Resposta: "*Não*".

A competência para a análise do cumprimento de termos estabelecidos em Protocolos de Intenções foi ainda tratada em Portaria Conjunta dos secretários da Fazenda e da Indústria, Comércio e Mineração (nº 78/2004). Na sua concepção, "*se o Regimento Interno do Conselho Deliberativo do Desenvolve, do qual participa o Secretário da Fazenda, determinou a competência privativa do Conselho para apreciar e decidir sobre o cumprimento de todas as suas exigências indicadas nos projetos apresentados pelas empresas, não pode esta competência ser transferida para auditores fiscais*".

Perguntando qual foi o ilícito cometido e a legislação tributária não cumprida, estribado no princípio da legalidade, aduz nulidade por falta de indicação de fundamento do lançamento de ofício, situação que afronta a regra do art. 39 do RPAF-BA/1999.

Passa a discorrer sobre o seu histórico de benefícios, inclusive sobre a transferência do Programa Desenvolve referente à sociedade incorporada Viniartefatos Comércio, Importação e Exportação Ltda., por meio da Resolução nº 15/2005, que, na sua concepção, não condicionou a fruição a qualquer elemento constante de Protocolo de Intenções.

Tal Resolução não foi limitada, suspensa ou cancelada em decorrência de ato do Conselho Deliberativo do Desenvolve.

A revogação do BAHIAPLAST ocorreu por mera observância ao art. 10, IV do Regulamento do Desenvolve, transcrito à fl. 808, que estabelece a sua incompatibilidade com outros benefícios.

Conforme assegura - pela leitura do Auto de Infração, pode-se inferir que o lançamento de ofício decorreu de suposto descumprimento de Protocolo de Intenções, que não é norma tributária e não impõe obrigação às partes, matéria de reserva legal. Como "*a própria denominação do documento indica, apenas intenções são apresentadas no Protocolo*", o qual não pode fundamentar a imposição de penalidade. Inclusive, atualmente, o Conselho Deliberativo passou a exigir "*contrato de obrigações mútuas e recíprocas*". Assim o fazendo, deixou de lado os Protocolos, explicitando o entendimento de que da assinatura de um Protocolo não nasce "*obrigação entre as partes*".

Prossegue com o argumento de que a conclusão a que chegaram os auditores, de que não se fez investimentos após a incorporação da sociedade Viniartefatos Comércio, Importação e Exportação Ltda., é inverídica, o que pode ser comprovado mediante diligência em sua sede. Ademais, nos termos acima expostos, ainda que não existissem esses investimentos, a utilização do incentivo não poderia ter sido qualificada como ilegal, uma vez que "*o Conselho concedeu os benefícios do DESENVOLVE para toda a atividade da empresa e não apenas sobre o ICMS incremental decorrente de novos investimentos*" (fl. 816).

Com arrimo no art. 100 do CTN, o qual estatui como norma complementar de Direito Tributário as reiteradas praticas das autoridades administrativas, cita uma série de situações concernentes a outros contribuintes, com a finalidade de reiterar a sua alegação de que a Resolução que lhe diz respeito não contém limitação à aplicação do incentivo.

Fundamentado em jurisprudência do STF, insurge-se contra a multa de 60%, por revestir-se de natureza confiscatória. Nos seus dizeres, arbitrada de forma irregular, fato que impõe a imediata redução.

Por fim, tece considerações acerca do princípio da legalidade e encerra requerendo o provimento do Recurso.

VOTO

As concessões previstas no Decreto nº 8.205/2002 decorrem do legítimo interesse público de estimular a instalação de novas indústrias, a expansão, reativação ou modernização de empreendimentos em funcionamento, com geração de novos produtos, aperfeiçoamento tecnológico, criação ou aumento de empregos, redução de custos etc., fato que o recorrente, de maneira equivocada, insiste em negar, sob as premissas de que "*o Conselho concedeu os benefícios do DESENVOLVE para toda a atividade da empresa e não apenas sobre o ICMS incremental decorrente de novos investimentos*" e de que a Resolução que lhe diz respeito não contém limitação à aplicação do incentivo.

Na verdade, trata-se de benefício condicionado.

Eventuais inobservâncias de requisitos ou condições devem resultar na cobrança regular do imposto e na imposição de multa, o que, no âmbito do Estado da Bahia, somente pode ser levado a efeito por auditores fiscais ou por agentes de tributos, tendo em vista as competências exclusivas que lhes foram outorgadas pela Constituição Estadual, pelo Código Tributário desta unidade federativa e pela Lei nº 11.470, de 08 de abril de 2009.

O processo administrativo que o recorrente afirma não existir é exatamente este, nº 186145/2015-3, atinente ao Auto de Infração nº 299314.0901/15-7, regulamentado pelo Decreto nº 7.629/1999, do que se conclui não merecer acolhimento a tese de nulidade por falta de motivação, muito menos por afronta ao princípio da legalidade ou por cerceamento de direito de defesa.

Afirma o contribuinte que a Decisão de primeiro grau não analisou a regra contida no art. 7º, I, "a" do Regimento do Conselho Deliberativo do Desenvolve, apresentada na peça de impugnação e transcrita no Recurso, segundo a qual compete ao Plenário deliberar sobre os objetivos fundamentais do Programa e o cumprimento de todas as suas exigências (fl. 795).

Trata-se de norma que confere competência de natureza não fiscal a órgão administrativo de execução, e não de fiscalização tributária ou de julgamento, cuja atividade é de efeito meramente concreto, não se prestando a legitimar ou a não legitimar relação obrigacional oriunda de incentivo. Portanto, não se deve exigir que o julgador administrativo ingresse nas minúcias e especificidades do referido comando normativo, já que, como dito, a sua natureza jurídica não é tributária.

Não houve invasão de competência. Os auditores não cancelaram incentivo nem revogaram Resolução, apenas exigiram o ICMS que, no exercício das suas atividades vinculadas, entenderam ser devido ao Estado. A procedência é questão de mérito, a ser julgada posteriormente, neste Acórdão.

Assim como os autuantes não possuem atribuição legal para cancelar incentivo ou revogar Resolução, o Conselho Deliberativo do Programa Desenvolve não a tem para exigir ou deixar de exigir tributo de qualquer alçada.

Veja-se o que a JJF decidiu a este respeito, pronunciando-se, de forma correta, acerca do assunto que o recorrente asseverou não ter se pronunciado.

"Também, não acolho o argumento defensivo de incompetência da Secretaria da Fazenda para excluir a empresa do DESENVOLVE, uma vez que, na ação fiscal não houve nenhuma exclusão/cancelamento do referido programa. Os autuantes, mediante Ordem de Serviço, possuíam competência para analisar o cumprimento do "protocolo de intenções", uma vez que, conforme art. 107 do Código Tributário do Estado da Bahia, Lei 9.837/05, e art. 42 do RPAF-BA, os Auditores Fiscais têm competência para realizar o procedimento fiscal. Por seu turno, compete ao 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, conforme definido no art. 7º da Res. 03/2007".

(...)

"Assim, inexistiu qualquer conflito entre a ação fiscal e as atribuições do Conselho Deliberativo do DESENVOLVE, pois, uma vez concedido benefícios fiscais mediante edição de resoluções, para empresas integrantes dos programas instituídos, cabe à fiscalização verificar os procedimentos adotados pelos contribuintes em cumprimento das normas contidas na legislação tributária e caso a fiscalização constate práticas adotadas pelos contribuintes que conflitem com as normas, é de competência dos auditores fiscais, fazer o lançamento de ofício nos termos do art. 6º da Lei nº 8.210/02 e art. 42 do Decreto nº 7.629/99".

O argumento de que a Resolução não estabelece condições relativas a elementos constantes de Protocolo desborda da análise racional das normas contidas nos artigos 10 e 18 do Decreto nº 8.205/2002, destinado a regulamentar a Lei nº 7.980, de 12 de dezembro de 2001, pelo que também afasto a tese de agressão aos princípios da reserva legal ou da legalidade.

Não pode o Decreto do Desenvolve, em hipótese alguma, estabelecer vedações ou limites ao exercício do direito potestativo do Estado de efetuar lançamentos tributários por meio dos servidores públicos competentes, porquanto legitimados pela Constituição e pelo Código Tributário da Bahia. Raciocinar de forma distinta remeteria à absurda possibilidade da criação de condição de procedibilidade de lançamento tributário sem amparo legal.

O fato de a Junta ter recapitulado a multa não altera o núcleo da acusação, tampouco a correta descrição dos atos infracionais. Constatou-se - na primeira instância, a ausência de provas de ações ou omissões fraudulentas, em razão de que a penalidade pelo descumprimento da obrigação principal foi enquadrada no art. 42, II, "f" da Lei nº 7.014/1996.

Assinale-se que os arts. 142, 194 e 195 do CTN, entre outras matérias, dispõem que a multa deve ser proposta pela autoridade fiscalizadora, e não fixada, cabendo ao órgão responsável pela constituição definitiva do crédito acatá-la ou modificá-la, inclusive com redução sem recapitulação - que, aliás, foi requerida pelo recorrente, sem suscitar a equivocada tese de indeterminação da infração.

Rejeito a preliminar de nulidade.

Com supedâneo no art. 147, I, "a" do RPAF-BA/1999, indefiro o pedido de diligência, já que todos os elementos necessários para formar a convicção dos membros desta Câmara estão presentes nos autos.

No mérito do Recurso de Ofício, reputo correta a Decisão de primeira instância, pois o art. 42, IV, "j" da Lei nº 7.014/1996 somente se aplica em casos de ações ou omissões fraudulentas, que não restaram comprovadas nos presentes autos.

O órgão julgador "*a quo*", agindo com justiça, recapitulou a multa para o percentual de 60% (sessenta por cento) do valor do imposto não recolhido tempestivamente, em decorrência de infração diversa que importe descumprimento de obrigação tributária principal sem dolo, nos termos previstos no art. 42, II, "f" da Lei nº 7.014/1996.

Com respeito ao Recurso Voluntário, a matéria não é nova neste Conselho de Fazenda. Já foi objeto de Decisão, por exemplo, nos Acórdãos mencionados no julgamento de primeira instância, entre eles o CJF nº 0160-11/15, cujos trechos peço licença para, mais uma vez, transcrever:

"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)".

(...)

"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".

O sujeito passivo não trouxe aos autos elementos de prova dos investimentos que assegurou ter efetuado. Está claro que Viniartefatos Comércio, Importação e Exportação Ltda. adquiriu máquinas, móveis e periféricos usados da SANSUY S/A em 26/11/2004, que retornaram para essa última quando da incorporação.

O autuado não gerou empregos. Também não investiu. Adquiriu maquinários usados, não comprou insumos, não produziu e não constituiu estoques. O terreno cedido pela Sansuy S/A Indústria de Plásticos para implantação da Viniartefatos Comércio, Importação e Exportação Ltda. não foi edificado, visto que esta (sociedade empresária) foi incorporada logo em seguida por aquela, em 2004. Os sócios de ambas são comuns. Viniartefatos Comércio, Importação e Exportação Ltda. não existiu de fato, não ofertou emprego ou praticou operação de aquisição de insumos para produção de bens.

Enfim, os objetivos originais que resultaram na concessão dos benefícios do Programa Desenvolve não foram atingidos, pois Viniartefatos Comércio, Importação e Exportação Ltda. e Sansuy S/A Indústria de Plásticos, que a incorporou, não cumpriram o que foi pactuado com o Estado da Bahia.

O recorrente utilizou benefício fiscal sem observar as contrapartidas previstas no Programa Desenvolve (investimentos, implantação de novas tecnologias, criação de empregos, geração de receitas etc.).

A imputação, portanto, procede.

Esta Câmara não tem competência para julgar pedido de redução de multa por descumprimento de obrigação principal. No que tange ao caráter supostamente excessivo ou confiscatório, não tem poder para exercer controle de constitucionalidade da legislação estadual ou negar-lhe eficácia (art. 167, I e III do RPAF-BA/1999).

Mantida a Decisão recorrida.

Em face do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO dos Recursos de Ofício e Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** os Recursos de Ofício e Voluntário apresentados e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **299314.0901/15-7**, lavrado contra **SANSUY S/A. - INDÚSTRIA DE PLÁSTICOS**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$8.410.963,63**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, "f", da Lei nº 7.014/1996, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de novembro de 2016.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

PAULO DANILO REIS LOPES – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS