

AI. Nº - 299314.0801/15-2
AUTUADO - SANSUY S/A INDÚSTRIA DE PLÁSTICOS
AUTUANTES - SÉRGIO BORGES SILVA e CRIZANTO JOSÉ BICALHO
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 28.07.2016

6ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0043-06/16

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 acolhidas as preliminares de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 24/08/2015, exige o valor de R\$7.154.666,64, mais multa de 100%, em razão de *“Recolhimento a menos de ICMS em razão de uso indevido de incentivo fiscal, dilação de prazo para pagamento de ICMS relativo às operações próprias, em desacordo com a legislação do DESENVOLVE, modificando as características essenciais da obrigação tributária principal, de modo a reduzir o montante do imposto devido, evitando, assim o seu pagamento”*. Período abrangido pela autuação: janeiro a dezembro de 2012.

Na descrição dos fatos, consta que em 23/07/04, foi inscrita na condição de contribuinte normal, a Viniartefatos Comércio Importação e Exportação Ltda. Inscrição Estadual 064.187.765, CNPJ 01.558.722/0002-00, situado à Rua dos Plásticos, 761, bloco 02, Camaçari; em 19/08/04, a Viniartefatos Comércio Imp. e Exp. Ltda. foi habilitada aos seguintes benefícios fiscais concedidos através da Resolução 35/2004 do Conselho Deliberativo do DESENVOLVE: I- diferimento do lançamento e pagamento do ICMS em determinadas hipóteses; II- dilação do prazo de 72 (setenta e dois meses) para pagamento do saldo devedor do ICMS.

A Viniartefatos Comércio Imp. e Exp. Ltda. foi incorporada em 17/12/04 pela Sansuy S/A Indústria de Plásticos Inscrição Estadual 02.082.206; em 11/03/05 a Resolução 02/2005 revogou a habilitação do BAHIAPLAST, da qual era beneficiária e na mesma data expediu a Resolução 15/05, do Conselho Deliberativo do DESENVOLVE, transferindo os benefícios fiscais concedidos a VINIARTEFATOS para a SANSUY S/A.

Constam, ainda, “inadequações encontradas” pelos auditores fiscais:

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

Contudo, se pode verificar na escrituração contábil do Contribuinte, em anexo (Anexo 05), consolidada com a da sua matriz localizada na cidade de Embu - São Paulo, que sua filial situada em Camaçari - Bahia, adquiriu máquinas e equipamentos com mais de um ano de uso, com tecnologia já conhecida e utilizada pela Sansuy S/A Indústria de Plásticos, formando assim seu ativo permanente (cópias das notas fiscais de aquisição dos ativos pela Vineartefatos da Sansuy, conforme Anexo 04).

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

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

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

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

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

O autuado apresenta defesa, fls. 507 a 540, na qual, inicialmente, faz uma síntese da sua atuação, diz que foi constituído sob a forma de sociedade por cota de responsabilidade limitada e que exerce a atividade no ramo industrial e comercial de artefatos plástico, estando atualmente as suas unidades fabris localizadas em São Paulo e na Bahia. Diz que emprega de forma direta mais de mil funcionários e outros milhares de pessoas indiretamente. Pontua que, no final do ano de 2005, requereu a sua recuperação judicial, em razão das dificuldades que surgiram em decorrência, principalmente, da globalização e da falta de um ajuste fiscal e tributário eficiente, além da elevação dos juros. Anexa aos autos, documentos que comprovam o cumprimento do plano de recuperação judicial (Anexo II).

Preliminarmente, suscita a nulidade do Auto de Infração pelos seguintes motivos: a) a Secretaria da Fazenda não possui competência para lhe excluir do Programa DESENVOLVE; b) a falta de um processo administrativo próprio cerceou o seu direito de defesa.

Tece considerações sobre o Programa do DESENVOLVE e frisa que, como teve o seu projeto aprovado por meio da Resolução nº 15/2005 (anexo IV), só uma nova resolução do Conselho Deliberativo do DESENVOLVE poderia cancelar o incentivo, através de sua Secretaria Executiva, conforme a regra contida no art. 19, § 1º, do Decreto 8.205 de 2002, cujo teor transcreveu.

Argumenta que, no caso em tela, o auditor, de ofício, sem a observância do contraditório e da ampla defesa, entendeu que o defendente não cumpriu as normas inerentes ao citado Programa, declarando prejudicados os objetivos originais do DESENVOLVE, e lavrou o Auto de Infração,

exigindo o pagamento da diferença de ICMS. Destaca que o autuante não tem competência para excluir e cancelar incentivos dados pelo Conselho Deliberativo do DESENVOLVE, pois existe procedimento específico e, além disso, autoridade legalmente instituída para tal fim, no caso o art. 4º da Lei 7.980/01. Nesse mesmo sentido, o Poder Executivo editou o Decreto nº 8.205/02 que dispôs sobre as atribuições e competências do Conselho Deliberativo do DESENVOLVE (art. 7º e 19º.), além do Regimento Interno do Conselho Deliberativo, aprovado pela Resolução nº 02/2002 da Secretaria de Indústria, Comércio e Mineração do Estado da Bahia.

Ressalta que a legislação atribui competência exclusiva ao Conselho Deliberativo do DESENVOLVE para a prática do ato suspensivo no gozo dos benefícios, consubstanciado na expedição de resolução específica para tal fim, sem a qual não se pode cogitar da exigência antecipada das parcelas, cujo prazo de pagamento foi dilatado. Aduz que a Superintendência de Administração Tributária da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia - SAT - editou, em 23/09/11, a Instrução Normativa de nº 47/11, que disciplinou os procedimentos a serem observados pelos prepostos fazendários quando da fiscalização de empresas habilitadas ao Programa DESENVOLVE. Transcreve dispositivos dessa citada Instrução Normativa.

Assegura que a fiscalização glosou os benefícios fiscais a que faz jus sem observar a previsão contida na legislação de regência. Transcreve em favor de suas alegações o entendimento da Procuradoria Geral do Estado, nos autos do PAF nº 2993140002/07-1 (anexo V), evidenciando que o auditor fiscal não poderia lavrar o presente Auto de Infração, razão porque é nulo de pleno.

Diz que, mesmo que o autuante tivesse competência para cancelar benefícios fiscais, seria indispensável que lhe fosse concedido o direito ao contraditório e à ampla defesa através de um procedimento próprio para este fim, conforme jurisprudência que reproduz. Dessa forma, conclui que a revogação ou cancelamento do Programa DESENVOLVE é matéria de competência exclusiva do Conselho Deliberativo, sujeito a prévia notificação da empresa, facultando-lhe a apresentação de defesa, com contraditório específico, respeitando a ampla defesa. Para robustecer seu entendimento, cita a resposta dada pela Secretaria de Indústria, Comércio e Mineração a quesitos formulados pelo autuado (anexo VI), bem como aduz que a conduta do autuante desvirtuou o princípio da finalidade que norteia os atos administrativos, pois ignorou o objetivo em vista do qual foi editado o dispositivo legal. Cita doutrina.

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

Pontua que o auditor fiscal não tem liberdade para cancelar benefício ou incentivo fiscal sem o crivo do contraditório e da ampla defesa; o cancelamento de ofício do benefício, como feito no caso em tela, fere de morte os princípios constitucionais já referidos. Requer a declaração da nulidade do Auto de Infração. Reproduz trechos de votos proferidos nos Acórdãos JF Nº 0151-04/14 e CJF Nº 0275-11/13.

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

Pontua que, posteriormente, apresentou consulta à Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia - SEFAZ, através do Processo nº 16178820049 (anexo X), questionando se, em função de

incorporação, teria a Sansuy o direito de usufruir dos incentivos concedidos à Viniartefatos, através da Resolução Nº 35/2004. A resposta da SEFAZ foi afirmativa, conforme Parecer 7915/2004 (anexo XI), indicando que deveria ser editada nova resolução. Aduz que o pedido de transferência dos benefícios atendeu às regras do Regulamento do DESENVOLVE (art. 21, Decreto nº 8.205/02).

Diz que o Diário Oficial de 12 de março de 2005 publicou duas resoluções referentes aos projetos das empresas: a) a Resolução Nº 15/2005 do Conselho Deliberativo do DESENVOLVE que transferiu os benefícios concedidos à VINIARTEFATOS para a SANSUY S/A INDÚSTRIA DE PLÁSTICOS (anexo IV); b) e a Resolução Nº 02/2005 do Conselho Deliberativo do BAHIAPLAST, que revogou a habilitação da Sansuy aos benefícios deste programa (anexo XII).

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

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

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

Assinala que a empresa beneficiada não tem qualquer liberdade para determinar o montante do saldo apurado sobre o qual incidirá o incentivo, pois esta é uma atribuição do Conselho, que no caso de empreendimentos existentes deve explicitar na resolução qualquer limitação, ou seja, deve determinar o piso. Como na Resolução nº 15/2005 o Conselho não fixou o piso, outro entendimento não pode haver que não seja o direito de aplicação dos benefícios sobre toda a parcela apurada.

Assinala que formulou requerimento ao Conselho, que foi provido ensejando a publicação da Resolução 138/2011. Diz que a nova Resolução publicada no Diário Oficial do dia 03/08/2011, reconheceu o direito do contribuinte a CONTINUAR GOZANDO DOS BENEFÍCIOS DO PROGRAMA, concedidos originalmente através da Resolução nº 35/2004 para a empresa VINIARTEFATOS e transferidos posteriormente através da Resolução nº 15/2005 para a SANSUY.

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

Faz alusão ao caso da COBAFI - Companhia Baiana de Fibras -, a qual foi habilitada aos incentivos do Programa BAHIAPLAST através da Resolução Nº 20/2001, de 26 de outubro de 2001.

Estes benefícios foram revogados pela Resolução Nº 06/2004, publicada no Diário Oficial do Estado em 19 de outubro de 2004. Nesta mesma data também foi publicada a Resolução Nº 19/2004 do Conselho Deliberativo do PROBAHIA concedendo à COBAFI os incentivos de crédito presumido e diferimento previstos no Decreto Nº 6.734/97.

Assinala 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.

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

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

Menciona que na autuação a infração foi enquadrada no artigo 1º do Decreto nº 8.205 e que, no entendimento dos autuantes, a empresa desobedeceu aos objetivos do programa, apesar da falta de competência dos auditores e sim do Conselho Deliberativo do DESENVOLVE. Diz que a presunção feita pelos autuantes não é verdadeira, pois realizou diversos investimentos após a incorporação dos incentivos da Viniartefatos, apesar de estar em processo de recuperação judicial. Frisa que esses fatos podem ser comprovados mediante diligência à sede da empresa, o que desde já se requer, de modo a constatar os investimentos para aumentar a transformação industrial, aumentar a sua competitividade e ganhar novos mercados, principalmente de produtos com maior valor agregado. Salienta que todos os investimentos apresentados indicam que houve a expansão da unidade, nos termos do que determina os parágrafos 1º e 2º do art. 1º do Regulamento do Desenvolve, aprovado pelo Decreto nº 8.205/2002.

Conclui que, ao contrário do quanto afirmado pelos autuantes, não foram “(...) prejudicados os objetivos originais” e o dispositivo indicado no Auto de Infração (art. 1º, do Decreto 8.205/02) não foi descumprido, não havendo, portanto, razão para a manutenção do lançamento.

Ressalva que mesmo que não tivesse efetuado qualquer investimento após a incorporação da Viniartefatos, a utilização dos incentivos foi correta, pois o Conselho concedeu os benefícios do DESENVOLVE para toda a atividade da empresa e não apenas sobre o ICMS incremental decorrente de novos investimentos. Nesse contexto, traz à colação trecho do parecer da PGE/PROFIS exarado no Auto de Infração nº 299314.0701/12-3 (anexo XIV), dispondo que: *1) não há imposto devido pela autuada que não tenha sido recolhido integral e tempestivamente. 2) o imposto lançado no presente auto de infração é aquele a que a autuada faz jus a dilação de prazo para pagamento, pelas regras do desenvolve. 3) benefício do Desenvolve foi regular e legalmente transferido da VINIARTEFATOS para a SANSUY, através da incorporação da primeira pela segunda. 4) não há comprovação de fraude, por verificação efetuada pela Secretaria Executiva do Desenvolve, através da Coordenação de Incentivos, no processo de concessão do Desenvolve através da resolução nº 15/2005. 5) as exigências contidas no Protocolo de Intenções firmado entre o Estado e a SANSUY, quando da concessão do Desenvolve, foram cumpridas desde a fruição do anterior benefício do BAHIAPLAST, as quais foram consideradas válidas para o ingresso no benefício e tornou desnecessário exigir os investimentos previstos no Protocolo de Intenções da VINIARTEFATOS.”*

Assinala que esse referido parecer é de clareza solar, pois retrata o correto entendimento que deve adotar para o caso em tela. Pede a improcedência da autuação, na hipótese de ser ultrapassada a preliminar de nulidade arguida.

Diz que, pela leitura do Auto de Infração, pode-se inferir que a autuação ocorreu em função do suposto descumprimento das cláusulas do Protocolo de Intenções firmado entre a Viniartefatos e o Estado da Bahia, conforme Anexo XV. Pontua que 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*”. Ressalta que o protocolo de intenções não é legislação tributária e não pode fundamentar a imposição de qualquer penalidade, pois segundo o art. 96 do CTN, considera-se legislação tributária apenas as leis, os tratados e convenções internacionais, os decretos e as normas complementares. Diz que, portanto, não pode a fiscalização se fundamentar única e exclusivamente em um documento não normativo, que apenas indica intenções das partes e que o procedimento fiscal, ora discutido, está em desacordo com o art. 142, do CTN e seu parágrafo único. Destaca que o presente Auto de Infração não está vinculado a uma determinação legal, mas apenas a um protocolo de intenções, razão pela qual está eivado de vício na sua origem.

Afirma que atualmente o Conselho Deliberativo do DESENVOLVE tem adotado uma posição diferente, pois passou a exigir a assinatura de um “*contrato de obrigações mútuas e recíprocas*” entre a empresa beneficiária do programa e o Estado da Bahia. Transcreve a RESOLUÇÃO Nº 021/2007 (Publicada no Diário Oficial de 24/10/07) para definir que ao exigir um contrato e não um protocolo de intenções, o Estado explicita o entendimento de que com a assinatura do protocolo de intenções não nasce qualquer obrigação entre as partes.

Aduz que pela descrição da multa aplicada (art. 42, IV, “j”, da Lei nº 7.014/96), houve no entendimento dos autuantes “*ação ou omissão fraudulenta*” por parte da impugnante e, além disso, a suposta fraude cometida pela empresa não estaria especificada expressamente na Lei. Explica que em nenhum trecho da descrição da infração foram utilizadas as expressões “*fraude*” ou “*fraudulenta*”, ou seja, não há uma relação clara e precisa entre o enquadramento da multa e a descrição da infração cometida. Frisa que os requisitos contidos no art. 39 do RPAF/99 não foram plenamente atendidos, sendo que a falta de uma descrição clara e precisa dos fatos considerados como infração pode anular o Auto de Infração, ao teor ao disposto no art. 18 do RPAF/99. Para embasar seus argumentos, transcreve decisões deste CONSEF.

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

Discorre sobre o princípio da legalidade para informar que a lavratura de Auto de Infração resultante do procedimento fiscal deveria estar fundamentada em dispositivo legal, decorrendo, assim, de expressa disposição legal. Afirma que houve ilegalidade flagrante no presente Auto de Infração, que deve ser apreciada pelo órgão julgador, através da nulidade do lançamento.

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

Diz que ainda restou evidenciados os seguintes fatos:

- a) o pedido de transferência dos incentivos da Viniartefatos para a Sansuy seguiu a orientação da Secretaria da Fazenda apresentada em resposta a consulta formulada pelo impugnante;
- b) 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;

- c) 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;
- d) está comprovado que impugnante não descumpriu o art. 1º do Decreto Nº 8.205/02, dispositivo no qual os autuantes enquadraram a infração;
- e) 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;
- f) 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);
- g) 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;
- h) a gradação 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;
- i) 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;
- j) a competência para cancelar benefícios é exclusiva do Conselho Deliberativo do programa, razão pela qual os autuantes não poderiam ter desconsiderado a resolução do DESENVOLVE.

Requer a nulidade do Auto de Infração e, na hipótese de ser a preliminar ultrapassada, pede que no mérito o lançamento de ofício seja julgado improcedente. Requer a redução da multa de 100% imposta no Auto de Infração, pois não ficou provado o cometimento de ato fraudulento.

Na informação fiscal, fls.689 a 734, os autuantes contestam as alegações defensivas conforme relatado a seguir.

Preliminarmente, ressaltam que o defendente já foi autuado por cometer essa mesma irregularidade nos 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), Auto de Infração nº 299314.0901/12-2 (procedente, relativo ao exercício de 2009), Auto de Infração nº 299314.1101/13-8 (relativo ao exercício de 2010) e Auto de Infração nº 299314.1201/13-2 (procedente, relativo ao exercício de 2011), os quais comprovam a prática continuada da mesma infração. Dizem que as "Inadequações Encontradas" correspondem a um resumido histórico das práticas realizadas pelo autuado, conforme consta nos anexos de fls. 4 a 499 deste processo. Dizem que esse esclarecimento é importante, pois o defendente deixou de aproveitar a oportunidade para explicar tais fatos, que demonstram o porquê ficaram prejudicados os objetivos originais manifestados pelo Contribuinte SANSUY S/A INDÚSTRIA DE PLÁSTICOS em relação ao Programa DESENVOLVE.

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

Salientam que resta comprovado, nos autos, que o Contribuinte recebeu cópia do PAF e de todos os demonstrativos, levantamentos e documentos integrantes do presente PAF, em 26 de agosto de 2015, tornando insustentável qualquer alegação de cerceamento de defesa.

Esclarecem que em momento algum se promoveram, sob qualquer aspecto, o cancelamento do benefício fiscal concedido à Sansuy S/A Indústria de Plásticos relativamente ao Programa DESENVOLVE. Afirma que, no exercício de sua competência privativa, procederam ao exame dos créditos e débitos fiscais do ICMS apropriados mensalmente pelo contribuinte Sansuy S/A Indústria de Plásticos e a consequente repercussão no recolhimento do ICMS devido. Aduzem que, após os vários roteiros de auditoria, verificaram que o defendente incorreu na infração descrita na inicial dos autos, comprovada pelos anexos de fls. 05 a 499.

Explicam que nesse PAF constitui crédito tributário em relação ao exercício de 2012, mas, o autuado incorre exatamente nesta mesma infração, desde o exercício de 2005. Indica os números dos processos: a) Auto de Infração: 299314.0002/07-1 (ACORDÃO JJF Nº 0351-04/08; 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL - ACÓRDÃO CJF Nº 0219-12/10 e 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL - ACÓRDÃO CJF Nº 0025-12/11) - relativamente ao período de mar/2005 a out/2007 (ajuizado e inscrito na dívida ativa 2270-17-0000-11 em 29/08/2011); b) Auto de Infração 299314.0100/11-1 (ACORDÃO JJF Nº 0026-05/12) e 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL - ACÓRDÃO CJF Nº 0159-11/13) - relativamente ao período de nov/2007 a dez/2007; c) Auto de Infração 299314.0701/12-3 (ACORDÃO JJF Nº 0036-03/13) - relativamente exercício de 2008; d) Auto de Infração 299314.0901/12-2 (ACORDÃO JJF Nº 0068-03/13 e 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL ACÓRDÃO CJF Nº 0275-11/13) - relativamente exercício de 2009.

Asseveram que a Instrução Normativa 47/2011 não prejudica o exercício das atividades dos auditores fiscais da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, em conformidade com o Código Tributário do Estado da Bahia (Lei nº 3.956/81). Repisam que no caso em análise efetuaram o exame dos créditos e débitos fiscais do ICMS apropriados mensalmente pelo defendente e a consequente repercussão no recolhimento do ICMS devido, tendo constatado recolhimento a menor do imposto e, portanto, o contribuinte foi autuado.

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

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

No que tange ao Parecer da Procuradora Ângeli Maria Guimarães Feitosa, citado na defesa, afirmam que o mesmo foi devidamente contestado por outro Parecer da doutora Sylvia Maria Amoêdo Cavalcante, também Procuradora do Estado. Afirma essa última procuradora que os autuantes não cancelaram o benefício do DESENVOLVE concedido à Sansuy e que a decisão recorrida está correta, pois o recorrente não cumpriu as condições pactuadas no Protocolo de Intenções firmado com o Estado da Bahia, deixando, assim, de fazer os investimentos e de criar os empregos previstos. Desse modo, não houve para o Estado da Bahia benefício que compensasse a renúncia fiscal advinda do parcelamento do ICMS em 72 meses. Opina, ao final, pelo não provimento do Recurso Voluntário, para que seja o Auto de Infração julgado procedente e o retorno da multa aplicada ao percentual de 100%.

Asseveram que o contribuinte recebeu cópia de todos os demonstrativos, levantamentos e documentos integrantes do presente PAF, tornando insustentável a alegação de cerceamento de defesa. Ressaltam que o contribuinte insiste na tese de cancelamento ou revogação do benefício fiscal, na citação de doutrinas, na tentativa de fundamentar a na alegada incompetência dos auditores fiscais para efetuar cancelamento de benefício.

Fazem alusão ao Acórdão JJF Nº 0151-04/14 e, em seguida, frisam que o Conselheiro Rodrigo Lauande Pimentel não é membro das Juntas de Julgamento Fiscal deste CONSEF e, portanto, não poderia emitir voto na 4ª Junta de Julgamento Fiscal. Citam o Acórdão CJF 0160-11/15, o qual decidiu pela procedência do Auto de Infração nº 299314.1101/13-8.

Aduzem que uma vez concedidos benefícios fiscais, mediante resoluções, para empresas integrantes dos programas instituídos, cabe à fiscalização verificar os procedimentos adotados pelos contribuintes em cumprimento das normas contidas na legislação tributária e, caso constate práticas adotadas pelos contribuintes em conflito com as normas, é competência dos auditores fiscais fazer o lançamento de ofício.

Afirmam não existir razão para declaração de nulidade do Auto de Infração; que a retórica defensiva não desclassifica a farta documentação confirmando que o autuado não cumpriu as condições pactuadas no Protocolo de Intenções firmado com o Estado da Bahia, deixando, assim, de fazer os investimentos e de criar os empregos previstos.

Rebatem as considerações do autuado sobre o Programa DESENVOLVE e acerca da manutenção dos benefícios fiscais, na Resolução 138/2011. Conclui que a publicação da Resolução apenas confirma que não implica cancelamento de benefício fiscal do DESENVOLVE a exigência de ICMS resultantes de ações fiscais e que o contribuinte constrói sua defesa sem qualquer nexo com a infração caracterizada no PAF.

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

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

Sustenta que trouxeram aos autos comprovação documental de que nenhum investimento foi feito pelo autuado para justificar o benefício fiscal do Programa DESENVOLVE. Trata-se de uma cópia de todo o Livro de Controle de Crédito de ICMS do Ativo Permanente - CIAP relativo ao exercício de 2011, conforme se pode verificar no presente PAF, anexo 13 às fls. 423 a 435. O citado CIAP do Contribuinte faz prova contra o mesmo, pois, como se pode facilmente verificar, nenhum valor se encontra nele registrado que possa ser relacionado ao cumprimento da

obrigação que o Autuado assumiu com o Estado da Bahia para usufruir os benefícios do Programa Desenvolve.

Além da comprovada ausência de qualquer investimento, constataram declínio no número de empregados do defendente ao longo dos anos. Dizem que o autuado declarou mensalmente o número de empregados no último dia do mês através de suas DMAS (Declaração e Apuração Mensal do ICMS). Os autuantes analisaram as informações obtidas das referidas DMAS referentes ao período de jan/2005 a dez/2012 e elaboraram o “QUADRO RESUMO – RELAÇÃO DO NÚMERO DE EMPREGADOS NO ÚLTIMO DIA DO MÊS” que se encontra neste PAF às fls. 437 (Anexo 14, fls. 436 a 499), no qual se constata o mencionado declínio do número de empregados do defendente no último dia do mês referente ao período de jan/2005 a dez/2012.

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

Sobre o parecer que, segundo o autuado, é de “clareza solar ...”, dizem que o citado parecer se refere ao Auto de Infração 299314.0002/07-1 e que o parecer da doutora Sylvia Amoedo Cavalcante não foi acolhido pelo procurador assistente da PGE/PROFIS José Augusto Martins Junior, nos autos do mesmo processo, julgado procedente conforme Acórdão CJF Nº 0219-12/10 (fls. 297 a 311). Para comprovar seu argumento, passam a reproduzir o inteiro teor desse referido acórdão, conforme fls. 710 a 722.

Prosseguindo, os autuante afirmam que o autuado contribuinte mantém a prática de evitar os fatos fundamentados no presente PAF, sem contestá-los objetivamente.

Quanto ao Protocolo de Intenções, dizem que a alegação do autuado é que “... *Não pode a atividade fiscalizadora fundamentar-se única e exclusivamente em um documento não normativo, que apenas indica intenções das partes ...*”, mas que o protocolo corresponde exatamente à obrigação do autuado para com o Estado da Bahia, em contrapartida à renúncia fiscal que o mesmo se dispõe a suportar para ver viabilizado os objetivos do Programa DESENVOLVE. Frisa que é instigante a capacidade do autuado em tentar demonstrar ter unilateralmente direitos legais em aproveitar o benefício fiscal do Programa DESENVOLVE sem qualquer responsabilidade quanto ao seu dever de cumprir as condições de reciprocidade pactuadas com o Estado da Bahia.

Salientam que o autuado não esclarece qual foi o descumprimento cometido quando afirma que o “... *O procedimento fiscal ora discutido também está em desacordo com o art. 142, do CTN e seu parágrafo único ...*”. Frisam que o Estado da Bahia ao exigir dos contribuintes qualquer cumprimento de obrigação para conceder benefício fiscal, o faz no exercício de sua soberania, segundo os interesses do próprio Estado da Bahia.

Rebatem os questionamentos defensivos atinentes à sanção aplicada, à nulidade dos autos e à inobservância do princípio da legalidade. Afirmam que a argumentação apresentada pelo defendente não resiste ao suporte legal identificado às fls. 1, 2, 3 e 4 dos autos, o qual autoriza a lavratura do Auto de Infração, uma vez que restou comprovado o descumprimento por parte do autuado do Protocolo de Intenções firmado com o Estado da Bahia para a sua habilitação ao Programa DESENVOLVE.

Ao finalizar, solicitam que o Auto de Infração seja julgado procedente.

VOTO

Conforme já relatado, no Auto de Infração em epígrafe, o autuado foi acusado de ter recolhido a menos ICMS, no valor de R\$7.154.666,64, em decorrência de utilização indevida de incentivo fiscal - dilação do prazo para o pagamento do imposto relativo a operações próprias - em desacordo

com a legislação do Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia - DESENVOLVE, modificando as características essenciais da obrigação tributária principal, de modo a reduzir o montante do imposto devido, evitando, assim, o seu pagamento.

Preliminarmente, foi suscitada a nulidade do Auto de Infração, por considerar o autuado que os auditores fiscais do Estado da Bahia não possuem competência para fiscalizar o atendimento de compromissos assumidos em projetos do Programa DESENVOLVE.

O Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia - DESENVOLVE -foi instituído pela Lei nº 7.980, de 12 de Dezembro de 2001, e tem como objetivo fomentar e diversificar a matriz industrial e agro industrial, com formação de adensamentos industriais nas regiões econômicas e integração das cadeias produtivas essenciais ao desenvolvimento econômico e social e à geração de emprego e renda no Estado da Bahia. Os incentivos fiscais previstos no Programa DESENVOLVE visam estimular a instalação de novas indústrias e a expansão, a reativação ou a modernização de empreendimentos industriais já instalados, com geração de novos produtos, aperfeiçoamento tecnológico e redução de custos.

Por versar sobre incentivos fiscais condicionados, a inobservância das condições previstas acarreta a cobrança do imposto que deixou de ser recolhido e da multa cabível, ao teor do disposto no artigo 38 c/c artigo 42, ambos da Lei nº 7.014/96. No caso em tela, os auditores fiscais consideraram que não foram atendidas as condições necessárias para o gozo do incentivo fiscal da dilação de prazo concedido, inicialmente, à VINIARTEFATOS COMÉRCIO IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA. e, em consequência, lavraram o Auto de Infração para cobrar o ICMS que deixou de ser recolhido.

Ao assim proceder, os autuantes, auditores fiscais do Estado da Bahia, cumpriram o dever funcional de constituir o crédito tributário mediante o lançamento de ofício, amparados no artigo 107 da Lei nº 3.956/81 (Código Tributário do Estado da Bahia - 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, em estabelecimentos com a natureza fiscal do contribuinte autuado. Além disso, há que se ressaltar que o crédito tributário está submetido ao prazo decadencial, nos termos dos artigos 150, § 4º, e 173, ambos do CTN. Dessa forma, além da obrigação de constituir o crédito tributário, a Secretaria da Fazenda Estadual tem um prazo para fazê-lo, e tal prazo, de natureza decadencial, não se suspende ou interrompe pelo fato de o contribuinte encontrar-se no gozo de benefício fiscal.

Foi também suscitada a nulidade da autuação, por cerceamento de defesa, pela falta de um processo administrativo específico para cancelar incentivos dados pelo Conselho Deliberativo do DESENVOLVE. Foi argumentado que, sem considerar os princípios do contraditório e da ampla defesa, os autuantes entenderam que a empresa não cumpriu as normas inerentes ao referido Programa, declarando prejudicados os objetivos originais do DESENVOLVE e lavraram o Auto de Infração, exigindo da empresa o pagamento da diferença do ICMS.

Não houve no Auto de Infração em lide o alegado cancelamento dos incentivos fiscais ofertados ao contribuinte pelo Conselho Deliberativo do DESENVOLVE, haja vista que ao autuado foi deferida a Resolução nº 138/2011, publicada no DOE do dia 03/08/2011 (fl. 685). Ademais, o Auto de Infração em comento preenche todas as formalidades legais previstas, no Regulamento de Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia - RPAF BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, não ensejando qualquer ilegalidade, violação ao devido processo legal ou a ampla defesa do contribuinte. A descrição dos fatos e a sua capitulação legal são condizentes com a irregularidade apurada e com o direito aplicável. A descrição pormenorizada e sequencial dos fatos inerentes à situação tributária tida como irregular e o exaustivo relatório das “*inadequações encontradas*” comprovam que houve obediência ao devido processo legal, permitindo ao autuado o pleno exercício à ampla defesa e ao contraditório.

Aduz o autuado que a Superintendência da Administração Tributária - SAT editou, em 23/09/2011, a Instrução Normativa nº 47/2011 disciplinando os procedimentos a serem observados pelos prepostos fazendários, sendo que os autuantes não teriam considerado tais dispositivos legais na lavratura do Auto de Infração.

Respeitosamente, discordo desse posicionamento do autuado, pois a própria instrução normativa expressamente orienta que na fiscalização de empresas habilitadas ao Programa DESENVOLVE deverá ser observado *“o atendimento das normas constantes no projeto que serviu de base para habilitação do contribuinte ao programa de incentivos fiscais”*, de forma que constatada a falta de atendimento dos termos do projeto, os fatos circunstanciados devem ser encaminhados ao titular da SAT, sem descontinuidade da ação fiscal.

O autuado argui a nulidade do lançamento, sob a tese de que a diversidade de pareceres emitidos pela Procuradoria Geral do Estado, sobre a mesma matéria, cria insegurança jurídica e cerceamento da defesa.

Observo que o Parecer da Procuradora do Estado que serviu de alicerce à tese defensiva fora manifestado nos autos de outro PAF, o de nº 299314.0002/07-1, além do fato de ter sido superado pelo Parecer do representante da PGE/PROFIS (doutor José Augusto Martins Junior), na condição de procurador assistente da PGE/PROFIS, naquele mesmo PAF, a quem compete manifestar-se em caráter conclusivo sobre Pareceres emitidos pelos procuradores lotados no Núcleo de Procuradoria, quando se tratar de questões das quais possam resultar prejuízos ao Erário estadual (art. 41, II, LC nº 34/09). Essa preliminar também não merece acolhimento, pois tais pareceres são apenas opinativos e não vinculam a decisão da lide.

Com fulcro no art. 147, I, “a”, do RPAF/99, indefiro a solicitação de diligência para que se comprovasse que o autuado realizou diversos investimentos, após a incorporação dos incentivos da VINIARTEFATOS, apesar de o processo de recuperação judicial. Os elementos já existentes nos autos são suficientes para a formação do convencimento dos julgadores, a matéria em análise já foi objeto de lançamentos anteriores. Ademais, como essas supostas comprovações estariam em poder do defendente, a ele cabia o ônus de trazer tais elementos probantes ao processo, o que não foi feito.

Adentrando ao mérito da lide, ressalto que efetivamente o cancelamento de um contribuinte do Programa do DESENVOLVE é da competência exclusiva do Conselho Deliberativo desse Programa e, coerente com tal posicionamento, não houve no Auto de Infração em epígrafe o alegado cancelamento de incentivo fiscal. O que houve foi a cobrança do imposto indevidamente dilatado, em razão de não ter o autuado, à época dos fatos, implementado as condições necessárias para usufruir do incentivo fiscal que lhe fora concedido. Não é razoável admitir que a efetivação do lançamento tributário de ofício por auditor fiscal do Estado da Bahia fique na dependência de edição de Resolução do Conselho Deliberativo. Ademais, a própria Lei do ICMS do Estado da Bahia (art. 38, Lei nº 7.014/96) prevê que, quando o reconhecimento do benefício do imposto depender de condição, não sendo esta satisfeita, o imposto será considerado devido no momento em que ocorreu a operação ou prestação.

Nesse sentido, não obstante reiterar o não cancelamento de benefícios, entendo que inexistindo dispositivo específico em sentido diverso, pelos princípios da hierarquia das normas e da especialização do serviço público, compete à Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, enquanto não revogue o benefício, empreender auditoria fiscal independentemente de manifestação do Conselho do DESENVOLVE, como condição prévia para a autuação fiscal.

Em síntese, o presente lançamento tributário gira em torno do não cumprimento de requisitos discriminados no Protocolo de Intenções firmado pela VINIARTEFATOS com o Estado da Bahia, o que lhe impedia de usufruir o incentivo fiscal da dilação de prazo previsto no Programa DESENVOLVE concedido por meio da Resolução nº35/2004 (fls. 249 e 250), transferidos para a SANSUY S/A INDÚSTRIA DE PLÁSTICO mediante a Resolução nº15/2005 (fls. 251 e 252), além da Resolução nº 138/2011 (fl. 685). Segundo os auditores fiscais, os requisitos não cumpridos,

denominados de “Inadequações Encontradas”, foram discriminados criteriosamente na inicial dos autos, podendo ser sintetizados da seguinte forma: 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.

Em consequência, os autuantes refizeram a apuração do imposto devido pelo recorrente, no período de janeiro a dezembro de 2012, excluindo o incentivo fiscal da dilação do prazo para o pagamento do ICMS, conforme demonstrativo de fl. 12, haja vista que os incentivos oferecidos têm por finalidade estimular a instalação de novas indústrias e a expansão, a reativação ou a modernização de empreendimentos industriais já instalados, com geração de novos produtos ou processos, aperfeiçoamento das características tecnológicas e redução de custos de produtos ou processos já existentes, na forma do artigo 3º da Lei nº7980/01, que instituiu o DESENVOLVE.

Segundo a Resolução nº 35/2004 do DESENVOLVE, a VINIARTEFATOS foi habilitada aos seguintes incentivos fiscais: I - diferimento do lançamento e pagamento do ICMS nas importações e aquisições de bens para o ativo imobilizado, em relação ao diferencial de alíquotas e nas aquisições internas de embalagens; II - dilação de prazo de 72 meses para pagamento do saldo devedor do ICMS, relativo às operações próprias, geradas em razão dos investimentos previstos no projeto incentivado. Posteriormente, esses incentivos foram transferidos para a SANSUY S/A INDÚSTRIA DE PLÁSTICOS, por meio da Resolução nº 15/2005, em decorrência da incorporação da VINIARTEFATOS pela SANSUY S/A.

Para fazer jus aos incentivos citados acima, a VINIARTEFATOS apresentou projeto, cópia acostada aos autos, fls. 141/190, comprometendo-se a implantar na Bahia uma unidade industrial com investimento de aproximadamente R\$ 63 milhões; a criação de mais de setecentos empregos diretos e, pelo menos, mais mil empregos indiretos, além de faturamento que atingiria R\$ 240 milhões/ano, quando a fábrica alcançasse o pleno emprego, estimado em 2010. Também ficou acertada a utilização da mais avançada tecnologia na utilização de resina de policloreto de vinila - PVC, significando uma nova família de termoplástico sem similar neste Estado.

A VINIARTEFATOS foi incorporada pela Sansuy em 17/12/04 (fls. 138/140), sem que tivesse implantada a unidade industrial projetada, bem como sem ter realizado os investimentos previstos e nem criado 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 funcionamento.

Os anexos elaborados pelos autuantes comprovam a ausência dos investimentos, requisitos necessários ao gozo dos incentivos fiscais em questão, previstos no Projeto retro referido e no Protocolo de Intenções (fls. 182/186), firmado entre o autuado e o Estado da Bahia. Não houve, portanto, benefício algum que compensasse a renúncia fiscal advinda da dilação do prazo para pagamento do imposto apurado pelo autuado.

Alega o defendente que o Protocolo de Intenção não é legislação tributária e que não pode a fiscalização se fundamentar em documento não normativo.

A alegação acima deve ser examinada na contextualização do processo de concessão de incentivos fiscais condicionados, nos termos do artigo 111, CTN, ao estabelecer que a interpretação da outorga de benefícios deve ser feita de forma literal, homenageando a segurança jurídica e corroborando o postulado da legalidade tributária. No caso em tela, o incentivo fiscal condicionado da dilação de prazo foi utilizado sem que as condições previstas no Protocolo de Intenções tivessem sido observadas pelo contribuinte autuado, atraindo a incidência do disposto no artigo 38, da Lei nº 7.014/96, que prevê, cabível a repetição, *“quando o reconhecimento do benefício do imposto depender de condição, não sendo esta satisfeita, o imposto será considerado devido no momento em que ocorreu a operação ou prestação”*. Também, nesse particular, não há de ser acolhida a tese defensiva de que Protocolos de Intenções não fazem parte da legislação tributária e, portanto, não poderiam ser empregados para motivar a autuação.

O autuado afirma que efetuou pedidos de esclarecimentos à Secretaria de Indústria, Comércio e Mineração - SICM, fls. 640/547, anotando que não encontrou indícios de que a SANSUY tenha cometido ilícitos que justificassem o cancelamento da Resolução ou que não existe ato do Conselho Deliberativo do DESENVOLVE limitando, suspendendo ou cancelando incentivos fiscais. Compartilho do posicionamento defendido pelo Procurador assistente da PGE/PROFIS, no sentido de que o pronunciamento emitido pelo Coordenador de Incentivos da Secretária da Indústria, Comércio e Mineração do Estado da Bahia não se presta para sedimentar o pedido de improcedência da autuação, uma vez que as respostas não são conclusivas ou refletem obrigatoriamente o entendimento do Conselho Deliberativo do Programa DESENVOLVE.

Não é razoável admitir que a Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia tenha que aguardar a iniciativa de outra entidade da esfera estadual, sem competência para tratar de matéria tributária, para efetuar atividade que lhe é própria - aferir os recolhimentos de ICMS efetuados pelos contribuintes deste tributo estadual. Qualquer norma que limite ou restrinja as atribuições exclusivas da Fiscalização não há de ser recepcionada, em face ao disposto no art. 37, XVIII, da Constituição Federal que confere *"a administração fazendária e seus servidores fiscais terão, dentro de suas áreas de competência e jurisdição, precedência sobre os demais setores administrativos, na forma da lei."*

A análise dos documentos juntados nos autos evidencia que o autuado não comprova ter efetuados os investimentos a que se comprometera. A VINIARTEFATOS adquiriu máquinas, móveis e periféricos usados da SANSUY S/A em 26/11/04, que retornaram ao mesmo estabelecimento, quando da incorporação daquele estabelecimento. O defendente, conforme cópias do livro de Registro de Empregados anexadas aos autos, não gerou os empregos previstos. O autuado não realizou qualquer investimento, ao contrário adquiriu maquinários usados, conforme notas fiscais de aquisição de ativos registradas em sua contabilidade; não adquiriu insumos, não produziu, não constituiu estoques, não imprimiu documentos fiscais, o terreno cedido pela Sansuy para implantação da VINIARTEFATOS não foi edificado, visto que foi incorporada em seguida (2004) pela primeira, sem considerar que os sócios de ambas as empresas são comuns. Em suma, os objetivos originais que resultaram na concessão de benefícios e incentivos do Programa DESENVOLVE foram prejudicados, pois nem a VINIARTEFATOS e nem a SANSUY, que a incorporou, cumpriram o que foi pactuado com o Estado da Bahia.

Em sua defesa, o autuado não comprova que gerou os empregos comprometidos, que implantou novas tecnologias e que criou um faturamento adicional, conforme seu projeto e pactuado com o Estado, em contrapartida aos benefícios concedidos pelo Programa DESENVOLVE, o que levou a não aplicação dos benefícios fiscais no período abrangido pela autuação, sem se aplicar qualquer cancelamento ou de suspensão dos referidos benefícios.

No que tange à alegação defensiva de que a multa indicada na autuação, tipificada no art. 42, IV, "j", da Lei nº 7.014/96, teria o caráter de confisco, ressalto que a referida penalidade encontra-se prevista na Lei do ICMS do Estado da Bahia, não competindo a este órgão julgador administrativo a apreciação de desconformidade da norma com a Constituição Federal, nos termos do art. 125, II, do COTEB.

Contudo, observo que na situação concreta em análise, o levantamento fiscal foi efetuado com base nos livros fiscais devidamente escriturados, que culminou com a utilização indevida do benefício fiscal de dilação do imposto a ser pago. Não vejo como se afirmar que no comportamento do autuado esteja caracterizada a ocorrência de fraude, omissão dolosa tendente a impedir a ocorrência do fato gerador ou modificar suas características essenciais (art. 72 da Lei 5.402/64). Assim, a multa deve ser corrigida para 60% (sessenta por cento) do valor do imposto não recolhido tempestivamente, em decorrência de infração diversa das previstas nesta Lei que importe descumprimento de obrigação tributária principal, em que não haja dolo, prevista no art. 42, II, "f" da Lei nº 7.014/96.

Pelo todo exposto, considero que os argumentos e provas trazidos pelo sujeito passivo não são capazes de elidir a infração imputada.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, tendo em vista que apesar de a acusação imputada ao sujeito passivo restar caracterizada, a multa indicada na autuação foi retificada, o que reduziu o valor do crédito tributário originalmente lançado.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 6ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **299314.0801/15-2**, lavrado contra **SANSUY S/A INDÚSTRIA DE PLÁSTICOS**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$7.154.666,64**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “F”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

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

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de julho de 2016.

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – PRESIDENTE/RELATOR

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - JULGADOR

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA - JULGADOR