

AI. N° - 299314.0901/15-7
AUTUADO - SANSUY S/A INDÚSTRIA DE PLÁSTICOS
AUTUANTES - SÉRGIO BORGES SILVA e CRIZANTO JOSÉ BICALHO
ORIGEM - IFEPE INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET 04/07/2016

2^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF N° 0074-02/16

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

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 30/09/2015, para constituir o crédito tributário no valor histórico de R\$8.410.963,63, em razão de:

Infração 01 – 03.08.05 – Recolhimento a menos de ICMS em razão de uso indevido de incentivo fiscal, dilação de prazo para pagamento de ICMS relativo às operações próprias, em desacordo com a legislação do DESENVOLVE, modificando as características essenciais da obrigação tributária principal, de modo a reduzir o montante do imposto devido, evitando, assim o seu pagamento. Período da autuação janeiro/dezembro 2013. Multa aplicada de 100%.

Consta, como complemento da acusação, que em 23/07/04, foi inscrito na condição de contribuinte normal, Viniartefatos Comércio Importação e Exportação Ltda. (CICMS 64.187.765); em 19/08/04 habilitado aos benefícios fiscais concedidos através da Resolução 35/2004 do Conselho Deliberativo do DESENVOLVE:

- 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.

Em 17/12/04, Sansuy S/A Indústria de Plásticos, Insc. Estadual 02.082.206, incorporou Viniartefatos Comércio Importação e Exportação Ltda.

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

Consta, ainda, como complemento da acusação, com o título de “*INADEQUAÇÕES ENCONTRADAS*”:

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 às folhas 519 a 552 impugnou o lançamento tributário, mediante advogados habilitados nos autos, ressaltando que foi constituída em 09 de maio de 1966, sob a forma de sociedade por cota de responsabilidade limitada, exercendo a atividade no ramo industrial e comercial de artefatos plástico, sendo transformado em sociedade anônima, em 17 de dezembro de 1968, destacando suas atividades de exploração da indústria, comércio, importação e exportação de artefatos de plásticos em geral e suas matérias primas.

Frisa que ao longo do tempo, investiu em tecnologia e estrutura, diversificou para a produção de laminados flexíveis de PVC (policloreto de vinila) e seus manufaturados. Atualmente, suas unidades fabris estrategicamente estão localizadas em São Paulo e na Bahia, fornecendo produtos para os mais diversos setores da economia: proteção ambiental, energia renovável,

agronegócios, automotivo, transporte e logística, mineração, construção e arquitetura, armazenagem, sinalização e comunicação visual, moveleiro, lazer e papelaria, entre outros, abastecendo tanto o mercado interno como o externo.

Salienta que sua visão estratégica não está focada apenas no crescimento em mercados nos quais atua, mas, ao longo dos 46 anos de sua história, sempre esteve atenta aos sinais de desenvolvimento e aos novos segmentos de mercado, procurando ampliar o atendimento com ética, seriedade, transparência e versatilidade. Assegura que nunca relegou o aspecto social e emprega mais de mil funcionários diretamente e outras milhares de pessoas indiretamente, oferecendo aqueles a mais ampla relação de benefícios. No final do ano de 2005, contudo, requereu a sua recuperação judicial, em razão das dificuldades que surgiram e afetaram diretamente ao mercado do país, em decorrência, principalmente, da globalização e da falta de um ajuste fiscal e tributário eficiente, além da elevação dos juros que atingiram diretamente o custo dos produtos industrializados. Acosta documentos que comprovam o cumprimento do plano de recuperação judicial (Anexo II).

Realça que no auto de infração, os autuantes apresentaram histórico sobre a evolução dos incentivos fiscais concedidos às empresas Sansuy S/A Indústria de Plásticos e Viniartefatos Comércio Importação e Exportação, com destaque para a incorporação da segunda empresa pela primeira e a transferência dos incentivos através da Resolução nº 15/2005 do Conselho Deliberativo do Desenvolve.

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

Requer nulidade do Auto de Infração, alegando incompetência absoluta da Secretaria da Fazenda para excluir a empresa do DESENVOLVE e cerceamento do direito de defesa pela falta de um processo administrativo próprio.

Tece considerações sobre o Programa do DESENVOLVE, as condições para a fruição dos benefícios concedidos, aduzindo que, uma vez que a Autuada teve aprovado o seu projeto, através da Resolução nº 15/2005 (anexo IV), só uma nova resolução do Conselho Deliberativo do Desenvolve poderá cancelar o incentivo, através de parecer da sua Secretaria Executiva, conforme a regra contida no art. 19, parágrafo primeiro, do Decreto 8.205 de 2002.

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

Reitera que a legislação atribui competência exclusiva ao Conselho Deliberativo do DESENVOLVE quanto à prática do ato suspensivo no gozo dos benefícios, consubstanciado na expedição de resolução específica para tal fim, sem a qual não se pode cogitar da exigência antecipada das parcelas, cujo prazo de pagamento foi dilatado. Nesse mister, argui, a Superintendência de Administração Tributária da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia – SAT editou, em 23.09.2011, a Instrução Normativa de nº 47/2011 que disciplinou os procedimentos a serem observados pelos prepostos fazendários quando da fiscalização de empresas habilitadas ao Programa DESENVOLVE:

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

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

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

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

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

2 – Constatado que os termos do projeto não foram atendidos pelo contribuinte beneficiário do Programa DESENVOLVE, o preposto fiscal deverá circunstanciar os fatos, reunir as provas e encaminhar, através do titular da sua repartição fiscal, relatório de auditoria ao Superintendente de Administração Tributária para imediato encaminhamento de denúncia à Secretaria Executiva do Conselho Deliberativo do DESENVOLVE.

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

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

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

Argui, ainda que tivesse competência, o Auditor, para cancelar os benefícios fiscais concedidos, indispensável a concessão do direito ao contraditório e à ampla defesa através de um procedimento próprio para este fim, conforme entendimento manifestado pela Jurisprudência: Cita como exemplo um desenquadramento do Regime tributária de microempresa *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.*

Cita que a resposta dada pela Secretaria de Indústria, Comércio e Mineração, a quesitos formulados pela Autuada (anexo VI) e aduz que a conduta dos Autuantes, na hipótese em exame, desvirtuou o princípio da finalidade que norteia os atos administrativos, pois ignorou o objetivo em vista do qual foi editado o dispositivo legal, citando doutrina para embasar sua tese. Entende 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, o qual 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.

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

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

projeto da Viniartefatos aos incentivos do programa (anexo IX). Destaca 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.

Aduz que resposta da SEFAZ foi afirmativa, conforme Parecer nº 7.915/2004, anexo XI, indicando que deveria ser editada nova resolução. Aduz que o pedido de transferência dos benefícios atendeu plenamente às regras do Regulamento do DESENVOLVE (art. 21, Decreto nº 8.205/02).

Regista 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).

Tece comentários sobre o DESENVOLVE, anuindo que seu principal objetivo é complementar e diversificar a matriz industrial e agroindustrial do Estado. Os incentivos fiscais inseridos no Program 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. Entretanto, argumento 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.

Assegura que a Resolução não condicionou o benefício a qualquer elemento constante do Protocolo de Intenções, que na verdade, é um instrumento preliminar firmado entre o Estado da Bahia e o Particular, conforme dispõe o próprio instrumento, na sua cláusula quinta, letra "b", Diz que o fato de as duas resoluções terem sido publicadas na mesma data reforça ainda mais o argumento de que a concessão do DESENVOLVE sem qualquer tipo de piso ou limite indica que o novo incentivo concedido à Sansuy deve ser aplicado sobre a produção total (art. 14).

Entende que a graduação 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 graduação 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.

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

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

Como exemplo, cita o caso da COBAFI – Companhia Baiana de Fibras foi habilitada aos incentivos do Programa BAHIAPLAST através da Resolução N° 20/2001, de 26 de outubro de 2001. Estes benefícios foram revogados pela Resolução N° 06/2004, publicada no Diário Oficial do Estado em 19 de outubro de 2004. Nesta mesma data também foi publicada a Resolução N° 19/2004 do Conselho Deliberativo do PROBAHIA concedendo à COBAFI os incentivos de crédito presumido e diferimento previstos no Decreto N° 6.734/97. Os procedimentos adotados para a Sansuy se assemelham aos dos aplicados para a COBAFI, pois nos dois casos os incentivos do BAHIAPLAST foram cancelados e substituídos por outros, sem qualquer restrição. Salienta que nos dois casos o cancelamento do BAHIAPLAST e a concessão do novo benefício ocorreram na mesma data. Os dois novos benefícios também foram concedidos sem qualquer tipo de restrição ou limite, tal como a imposição de um piso mínimo de arrecadação. Estes dois fatos indicam que a concessão dos novos benefícios tem efeitos sobre toda a produção, seja resultante de investimentos passados ou de investimentos que ainda serão realizados. Cita ainda o caso da IBR Indústria Brasileira de Resinas Ltda. (Resolução n° 06/2000 e Resolução n° 11/2005), da DUSA Dupont Sabanci Brasil S/A (Resolução n° 20/2004 e Resolução n° 07/2006), que, dentre outras providências, transferiu os benefícios da DUSA para a COBAFI.

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

Conclui que, ao contrário do quanto afirmado pelos autores, não foram “(...) prejudicados os objetivos originais” e o dispositivo indicado no auto de infração (art. 1º, do Decreto N° 8.205/02) não foi descumprido, não havendo, portanto, razão para a manutenção da infração, contestada na presente impugnação. Ressalva que mesmo que a Sansuy não tivesse efetuado qualquer investimento após a incorporação da Viniartefatos, a utilização dos incentivos foi correta, pois o Conselho concedeu os benefícios do DESENVOLVE para toda a atividade da empresa e não apenas sobre o ICMS incremental decorrente de novos investimentos. Nesse contexto, traz à colação trecho do Parecer da Douta Procuradora Sylvia Amoedo, exarado no auto de infração n° 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 n° 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.

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

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

Destaca que o protocolo de intenções não é legislação tributária e não pode fundamentar a imposição de qualquer penalidade. De acordo com o art. 96, do CTN, considera-se legislação tributária apenas as leis, os tratados e convenções internacionais, os decretos e as normas complementares. Conclui que não pode a atividade fiscalizadora fundamentar-se única e exclusivamente em um documento não normativo, que apenas indica intenções das partes e que o procedimento fiscal, ora discutido, está em desacordo com o art. 142, do CTN e seu parágrafo único.

Esclarece 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 N° 021/2007 (Publicada no Diário Oficial de 24/10/2007)* para definir que ao exigir um contrato e não um protocolo de intenções, o Estado explicita o entendimento de que com a assinatura do protocolo de intenções não nasce qualquer obrigação entre as partes.

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

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

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

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

Diz que ainda restou evidenciados os seguintes fatos:

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

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

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

Reitera o pedido de nulidade do auto de infração e se ultrapassada a preliminar pede pela improcedência da autuação. Requer, ainda, a redução da multa de 100%.

Os autuantes, fls. 710 a 755, ao prestarem a informação fiscal, preliminarmente, ressaltam que o contribuinte já foi anteriormente autuado por cometer esta mesma infração. PAF nº 299314.0002/07-1 (procedente, relativo ao período de março de 2005 a outubro de 2007), PAF nº 299314.0100/11-1 (procedente, referente ao período de novembro a dezembro de 2007), PAF nº 299314.0701/12-3 (procedente, relativo ao exercício de 2008), PAF nº 299314.0901/12-2 (procedente, relativo ao exercício de 2009) e PAF nº 299314.1101/13-8 (relativo ao exercício de 2010), Auto de Infração nº 299314.1201/13-2 (procedente, relativo ao exercício de 2011) e Auto de Infração nº 299314.0801/15-2 (relativo ao exercício de 2012), frisando que o contribuinte manteve-se cometendo a mesma infração nos exercícios posteriores aos fiscalizados, autuados e julgados conforme acima.

Frisam que as citadas "Inadequações Encontradas" correspondem apenas, ainda, a um resumido histórico das práticas realizadas pelo Contribuinte, conforme consta do Auto de Infração 299314.0901/15-7, texto da infração 01 - 03.08.05, de fls. 01, 02, 03 e 04, comprovadas ricamente pelos anexos de fls.: 05 a 513 do reportado PAF. Dizem que esse esclarecimento é importante, pois contribuinte deixou de aproveitar a oportunidade para explicar tais fatos, que demonstram o porquê ficaram prejudicados os objetivos originais manifestados pelo Contribuinte SANSUY S/A INDÚSTRIA DE PLÁSTICOS em relação ao Programa DESENVOLVE.

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

Alertam que resta comprovado, nos autos, fls. 01 a 513, que o Contribuinte recebeu cópia do PAF e de todos os demonstrativos, levantamentos e documentos integrantes do presente PAF, em 07 de outubro de 2015, tornando insustentável qualquer alegação de cerceamento de defesa.

Asseguram que em momento algum se promoveu, sob qualquer aspecto, o cancelamento do benefício fiscal concedido ao contribuinte Sansuy S/A Indústria de Plásticos relativamente ao Programa DESENVOLVE.

Explicam que os autuantes, Auditores Fiscais da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, no exercício de sua competência privativa, procederam ao exame dos créditos e débitos fiscais do ICMS apropriados mensalmente pelo contribuinte Sansuy S/A Indústria de Plásticos e a consequente repercussão no recolhimento do ICMS devido.

Reiteram que o contribuinte utiliza extratos de textos para afirmar que a legislação atribui competência exclusiva ao Conselho Deliberativo do DESENVOLVE quanto à prática do ato suspensivo ou ininterrupto do gozo dos benefícios, consubstanciado na expedição de resolução específica para tal fim, sem a qual não se pode cogitar da exigência antecipada das parcelas, cujo prazo de pagamento foi dilatado. Dizem que se trata-se de uma maneira de trazer ao presente PAF a exaurida e já combatida ideia do cancelamento do benefício fiscal com o objetivo de “reforçar” sua peça de defesa. Repetem a declaração que a Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, em momento algum promoveu, sob qualquer aspecto, o cancelamento do benefício fiscal concedido ao contribuinte Sansuy S/A Indústria de Plásticos em relação ao DESENVOLVE.

Reiteram que no exercício de sua competência privativa, procederam ao exame dos créditos e débitos fiscais do ICMS apropriados mensalmente pelo contribuinte autuado e após os vários roteiros de auditoria verificou-se que o mesmo incorreu na infração descrita na inicial dos autos, comprovada pelos anexos de fls. 05 a 513.

Explicam que nesse PAF constitui crédito tributário em relação ao exercício de 2013, 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 (4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL 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 (5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL 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 (3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL ACORDÃO JJF Nº 0036-03/13) - relativamente exercício de 2008;*
- d) *Auto de Infração: 299314.0901/12-2 (3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL ACORDÃO JJF Nº 0068-03/13 e 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL ACÓRDÃO CJF Nº 0275-11/13) - relativamente exercício de 2009;*
- e) *Auto de Infração: 299314.1101/13-8 (4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL ACORDÃO JJF Nº 0151-04/14) e 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL ACÓRDÃO CJF Nº 0160-11/15) - relativamente exercício de 2010;*
- f) *Auto de Infração: 299314.1201/13-2 (1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL ACORDÃO JJF Nº 0093-01/14) - relativamente exercício de 2011.*
- g) *Auto de Infração: 299314.0801/15-2 (a ser pautado para julgamento) - relativamente exercício de 2012.*

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

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

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

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

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

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

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

Afirmam não existir razão para declaração de nulidade do auto de infração; que a retórica defensiva não desclassifica a farta documentação 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 sobre a manutenção dos benefícios fiscais, na Resolução 138/2011. Concluem 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.

Destacam que o próprio CONSEF já tinha manifestado seu entendimento pela pertinência da autuação de Contribuinte beneficiado pelo Programa DESENVOLVE em débito com a fazenda pública estadual sem que isto implique ou represente cancelamento do referido Programa.

Vejamos extrato do voto extraído do Acórdão CJF Nº 0219-12/10 da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, de 19 de julho de 2010, que diz que:

“... Não se tem dúvida que o cancelamento de um contribuinte do Programa do DESENVOLVE é da competência exclusiva do Conselho Deliberativo desse Programa e, coerentemente, com esse posicionamento, não houve no Auto de Infração em epígrafe o alegado cancelamento de incentivo fiscal. O que houve foi a cobrança do imposto indevidamente dilatado, em razão de não ter o recorrente, à época dos fatos, implementado as condições necessárias para usufruir do incentivo fiscal que lhe fora concedido. Assim que sejam atendidas as condições necessárias para o gozo do incentivo fiscal, o recorrente poderá se beneficiar da dilação de prazo prevista na Resolução 35/2004....”.

Afirmam ainda, em que pese o contribuinte falar em novos investimentos realizados ou novas linhas de produtos, os investimentos citados nos autos dos processos 299314.0002/07-1 e 299314.0100/11-1, já foram objeto de julgamento desse CONSEF, que entendeu não restarem comprovados os supraditos investimentos. Destacam que o contribuinte não anexa qualquer documento que comprove os investimentos, em conformidade com as obrigações assumidas e isto porque, os tais investimentos, nunca existiram. Ou, quando apresentados, produzem provas negativas, porquanto se tratam de equipamentos reformados e itens como rolamentos, cantoneiras, tintas, chapas de acrílicos, parafusos, anéis, mancal, cilindros, etc. deduzindo que tais peças não guardam relação com as propostas do projeto apresentado ao Estado da Bahia para obtenção do benefício fiscal do DESENVOLVE, mas, são valores aplicados na manutenção do parque fabril original.

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

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

Dizem que, em sentido contrário, trazem aos autos comprovação documental de que nenhum investimento foi feito pelo Contribuinte para que pudesse usufruir o benefício fiscal do Programa DESENVOLVE. Trata-se de uma cópia de todo o Livro de Controle de Crédito de ICMS do Ativo Permanente – CIAP relativo ao exercício de 2013, conforme se pode verificar no presente PAF, anexo 13 às fls.: 424 a 436. O citado CIAP do Contribuinte faz prova contra o mesmo, pois, como se pode facilmente verificar, nenhum valor se encontra nele registrado que possa ser relacionado ao cumprimento da obrigação que o Autuado assumiu com o Estado da Bahia para usufruir os benefícios do Programa Desenvolve.

Além da comprovada ausência de qualquer investimento, constataram declínio no número de empregados do Contribuinte ao longo dos anos. O Contribuinte declarou mensalmente o número de empregados no último dia do mês através de suas DMAs (Declaração e Apuração Mensal do ICMS). Os Autuantes analisaram as informações obtidas das referidas DMAs referentes ao período de jan/2005 a dez/2013 e elaboraram o “QUADRO RESUMO – RELAÇÃO DO NÚMERO DE EMPREGADOS NO ÚLTIMO DIA DO MÊS” que se encontra neste PAF às fls.: 436 (Anexo 14, fls. 437 a 511), no qual se constata o mencionado declínio do número de empregados do Contribuinte no último dia do mês referente ao período de jan/2005 a dez/2013.

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

Sobre o parecer que, segundo o autuado, é de “clareza solar ...”, dizem que o citado parecer se refere ao Auto de Infração 299314.0002/07-1 e que o parecer da doutora Sylvia Amoedo Cavalcante não foi acolhido pelo doutor José Augusto Martins Junior, na condição de procurador assistente da PGE/PROFIS, nos termos do art. 41, II, da Lei Complementar nº 34/09 nos autos do mesmo PAF, julgado procedente conforme Acórdão CJF Nº 0219-12/10 da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal (fls.: 298 a 312 deste PAF).

Como prova, destacam trecho do parecer e o próprio acordão, em inteiro teor, informando que o entendimento descrito pelo autuado foi revisto, conforme consta do acordão CJF 0219-12/10 proferido pela 2ª Câmara, transcrevem às folhas 731 a 746.

Após a transcrição no acordão CJF 0219-12/10, dizem os Auditores Fiscais que o contribuinte mantém a prática de evitar os fatos fundamentados no presente PAF, sem contestá-los objetivamente. Sobre o Protocolo de Intenções, dizem que a alegação do autuado é que “... *Não pode a atividade fiscalizadora fundamentar-se única e exclusivamente em um documento não normativo, que apenas indica intenções das partes ...*” mas que o protocolo corresponde exata e justamente à obrigação do autuado para com o Estado da Bahia, em contrapartida à renúncia fiscal que o mesmo se dispõe a suportar para ver viabilizado os objetivos do programa DESENVOLVE. Firmam que insistente é a capacidade do Contribuinte em tentar demonstrar ter unilateralmente direitos legais em aproveitar o benefício fiscal do Programa DESENVOLVE sem qualquer responsabilidade quanto ao seu dever de cumprir as condições de reciprocidade pactuadas com o Estado da Bahia.

Arguem que o autuado também não esclarece qual foi o descumprimento cometido quando afirmam que o “... *O procedimento fiscal ora discutido também está em desacordo com o art. 142, do CTN e seu parágrafo único ...*”, ou porque declarou que “... *O ato administrativo, o auto de infração, não está vinculado a uma determinação legal, mas apenas a um protocolo de intenções, razão pela qual está eivado de vício na sua origem ...*”. Contestam ainda a afirmação defensiva de que “... *Ao exigir um contrato e não um protocolo de intenções, o Estado explicita o entendimento de que com a assinatura do protocolo de intenções não nasce qualquer obrigação entre as partes...*”, deduzindo que se o Estado da Bahia exigir do Contribuinte, para conceder benefício fiscal, qualquer cumprimento de obrigação, o faz no exercício de sua soberania, segundo os interesses do próprio Estado da Bahia.

Rebatem o questionamento defensivo sobre a sanção aplicada; sobre a nulidade dos autos; princípio da legalidade, constatando que a argumentação apresentada pelo Contribuinte, não resiste a verificação de existência do suporte legal, claramente identificado às fls. 01, 02, e 04 do presente PAF, que autoriza a consequente autuação, pois, que restou comprovado o descumprimento por parte de Autuado do Protocolo de Intenções firmado com o Estado da Bahia para habilitação no programa DESENVOLVE.

Ao final, opinam pela procedência do Auto de Infração.

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.

Observo 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 defendantee 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 defendantee 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 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.

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, consequentemente, incorporou também os benefícios fiscais concedidos à incorporada, sem que houvesse cumprido as etapas previstas no protocolo de intenções, assinado com o Estado da Bahia. 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:

- a) Que o relator da Primeira Instância fundamentou a sua Decisão em razão do descumprimento do protocolo de intenções, mas que, com relação aos benefícios fiscais do DESENVOLVE, não há na resolução, que concedeu o direito de fruição ao incentivo fiscal, qualquer condição à fruição do incentivo.
- b) Que o CONSELHO DELIBERATIVO DESENVOLVE através da Res. 138/11 ratificou a transferência dos benefícios fiscais concedidos à empresa VINIARTEFATOS (Res. 35/04) para a Sansuy (Res. 15/05).

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

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

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

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

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

Logo, não se pode concluir que a exigência fiscal tem como suporte o descumprimento do protocolo de intenções, que não configura norma complementar e sim a não continuidade do projeto (art. 1º do Decreto

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

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

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

Também, não procede ao argumento do recorrente de que a competência para fiscalizar o cumprimento dos objetivos contidos no Protocolo de Intenções do Programa DESENVOLVE é exclusivo da comissão de acompanhamento designados pela Port. Conjunta SICM e SEFAZ Nº 78 de 29/10/04. Entendo que aqueles servidores foram designados após a concessão das primeiras habilitações do Programa (Decreto nº 8.205/00) e não tinha caráter permanente.

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

Ressalto que esse entendimento foi manifestado na Decisão contida no Acórdão JJF 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 JJF nº 0026-05/12, no Acórdão CJF 0159-11/13; também no JJF nº 068-03/13, mantido no Acórdão CJF 0275-11/13; e ainda o JJF 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 constitucionalidade 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:

Iª 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 PROVADO. Decisão unânime.

Iª 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 defensor, 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.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE**, o Auto de Infração nº 299314.0901/15-7, lavrado contra **SANSUY S/A INDÚSTRIA DE PLÁSTICOS**, devendo ser intimado o autuado 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 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11, **tendo em vista redução no valor da multa aplicada, com repercussão no total do crédito tributário.**

Sala das Sessões do CONSEF, 02 de junho de 2016.

JOSÉ CARLOS BACELAR - PRESIDENTE

ANTONIO CESAR DANTAS OLIVEIRA – RELATOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ - JULGADOR