

PROCESSO	- A. I. N° 299314.0801/15-2
RECORRENTES	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e SANSUY S/A. - INDÚSTRIA DE PLÁSTICOS
RECORRIDOS	- SANSUY S/A. - INDÚSTRIA DE PLÁSTICOS e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS	- RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 6ª JJF n° 0043-06/16
ORIGEM	- IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO	- INTERNET: 09/10/2017

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0231-11/17

EMENTA: ICMS. PROGRAMA DESENVOLVE. RECOLHIMENTO A MENOR. USO INDEVIDO DE INCENTIVO FISCAL. O recorrente utilizou benefício fiscal sem cumprir as contrapartidas previstas no Programa DESENVOLVE (investimento, implantação de nova tecnologia, criação de emprego, geração de receita etc.). Mantida a Decisão recorrida. Rejeitada a preliminar de nulidade. O órgão julgador “a quo”, agindo com justiça, recapitulou a multa para o percentual de 60% (sessenta por cento) do valor do imposto não recolhido tempestivamente, em decorrência de infração diversa que importe descumprimento de obrigação tributária principal sem dolo, nos termos previstos no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/1996. Indeferido o pedido de diligência. Rejeitadas as preliminares. Decisão não unânime. Recursos NÃO PROVIDOS. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de Recurso de Ofício, em razão de a Decisão proferida por meio do Acórdão da 6ª JJF n° 0043-06/16 ter desonerado o sujeito passivo de parte do débito que lhe foi imputado, consoante determina o art. 169, I, “a” do RPAF-BA/1999 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia; Decreto nº 7.629/1999), e de Recurso Voluntário, interposto pelo contribuinte com respaldo no art. 169, I, “b” do mencionado Regulamento.

O Auto de Infração foi lavrado no dia 24/08/2015 para exigir ICMS no montante de R\$7.154.666,64, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, IV, “j” da Lei nº 7.014/1996, sob a acusação de recolhimento a menor, em virtude do uso indevido do benefício da dilação de prazo para pagamento do imposto incidente sobre as operações próprias de que trata o Programa Desenvolve.

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

Tal contribuinte foi incorporado pelo sujeito passivo em 17/12/2004.

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

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

informações:

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

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

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

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

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

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

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

A Junta de Julgamento Fiscal apreciou a lide no dia 04/07/2016 e decidiu pela Procedência Parcial (fls. 739 a 753), nos termos a seguir transcritos:

"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 circunstaciados 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, coerentemente 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 no 35/2004 (fls. 249 e 250), transferidos para a SANSUY S/A INDÚSTRIA DE PLÁSTICO mediante a Resolução no 15/2005 (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 nº 7980/01, 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 defensor 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 Secretaria 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 à 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 deficiente, 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."

Em virtude de a desoneração ter ultrapassado o limite preconizado no art. 169, I, "a" do RPAF-BA/1999 (Decreto nº 7.629/1999; Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia), a 6ª Junta de Julgamento Fiscal (JJF) recorreu de ofício da própria Decisão, contida no Acórdão JJF nº 0043-06/16.

O sujeito passivo ingressa com Recurso Voluntário às fls. 764 a 805, no qual inicia expondo o

histórico de sua atuação no mercado e informando ter requerido recuperação judicial no final do ano de 2005, aprovada pelos credores, cujo respectivo plano vem cumprindo fielmente.

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

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

Às fls. 769/770, transcreve resposta fornecida pelo Estado da Bahia - por meio da Secretaria da Indústria, Comércio e Mineração -, a quesitos por si formulados, em processo cujo número não discriminou:

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

Resposta: "Não".

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

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

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

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

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

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

Prossegue com o argumento de que a conclusão a que chegaram os auditores, de que não se fez investimentos após a incorporação da sociedade *Viniartefatos Comércio, Importação e Exportação Ltda.*, é inverídica, o que pode ser comprovado mediante diligência em sua sede.

Ademais, nos termos acima expostos, ainda que não existissem esses investimentos, a utilização do incentivo não poderia ter sido qualificada como ilegal, uma vez que o Conselho concedeu os benefícios do DESENVOLVE para toda a atividade da empresa e não apenas para o ICMS incremental decorrente de novos investimentos.

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

Fundamentado em jurisprudência do STF, insurge-se contra a multa de 60%, por revestir-se de natureza confiscatória e por ter sido, na sua concepção, arbitrada de forma irregular, fato que impõe a imediata redução.

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

VOTO

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

Trata-se de um benefício condicionado, contrariamente ao que tenta argumentar o apelante.

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

O processo administrativo que o recorrente afirma não existir é exatamente este, nº 160511/2015-4, atinente ao Auto de Infração nº 299314.0801/15-2, regulamentado pelo Decreto nº 7.629/1999, do que se conclui não merecer acolhimento a tese de nulidade por falta de motivação, muito menos por afronta ao princípio da legalidade ou por cerceamento de direito de defesa.

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

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

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

Assim como os autuantes não possuem atribuição legal para cancelar incentivo ou revogar

Resolução, o Conselho Deliberativo do Programa Desenvolve não tem para exigir ou deixar de exigir tributo de qualquer alçada.

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

"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".

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

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

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

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

Rejeito a preliminar de nulidade.

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

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

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

Com respeito ao Recurso Voluntário, a matéria não é nova neste Conselho. Já foi objeto de Decisão, por exemplo, no Acórdão CJF nº 0160-11/15, cujos trechos peço licença para, mais uma vez, transcrever:

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

(...)

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

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

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

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

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

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

Mantida a Decisão recorrida.

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

VOTO DIVERGENTE (Preliminar de Nulidade)

Em que pese o brilhantismo do voto proferido pelo i. Relator, divirjo do posicionamento adotado neste julgado.

Ao meu sentir, razão assiste ao recorrente em relação à nulidade suscitada, vez que, conforme restará demonstrado adiante, a Autoridade Fiscalizadora em questão não tem competência para cancelar o benefício do DESENVOLVE, como ocorreu no presente caso.

Neste sentido, colaciono o Voto Divergente da i. Conselheira Rosany Nunes de Mello Nascimento, proferido no Acórdão CJF nº 0275-11/13, o qual versa sobre caso idêntico da mesma empresa, e com o qual coaduno meu entendimento em sua integralidade. Ademais, imperioso ressaltar que em casuística semelhante, o i. Conselheiro Rodrigo Lauande Pimentel também adotou o mesmo posicionamento no Acórdão CJF Nº 0264-11/14, o qual também acompanhou o Voto

Divergente da i. Conselheira aqui reproduzido, *ipsi litteris*:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Isto porque, constatando a prática de atos por parte do Recorrente os quais, nos termos da legislação de regência, poderiam ensejar o cancelamento do benefício fiscal a que estava habilitado, caberia ao preposto fiscal representar ao órgão competente para que este, no uso das atribuições que a Lei lhe conferiu de forma privativa, tomasse as providências legais cabíveis e a partir daí restasse autorizado o lançamento de ofício.

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

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

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

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

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

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

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

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

(...)

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

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

Art. 7º – Ao Plenário compete privativamente:

I – Apreciar e decidir sobre:

...

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3 – O envio da denúncia à Secretaria Executiva do Conselho Deliberativo do DESENVOLVE, conforme previsto no item 2, não impede a continuidade da ação fiscal para verificação da observância dos termos da resolução e do cumprimento da legislação tributária em relação à apuração do benefício fiscal,

considerando o contribuinte como enquadrado no Programa DESENVOLVE, bem como para verificação do cumprimento das obrigações tributárias principal e acessórias relativas às operações ou prestações não incentivadas do contribuinte.

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

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

Quanto a este particular, portanto, o procedimento fiscal deveria restar encerrado.

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

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

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

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

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

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

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime quanto à preliminar de nulidade e, por unanimidade em relação ao mérito, **NÃO PROVER** os Recursos de Ofício e Voluntário apresentados e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 299314.0801/15-2, lavrado contra SANSUY S/A. - INDÚSTRIA DE PLÁSTICOS, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$7.154.666,64, somado da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/1996, e dos acréscimos legais.

VOTO VENCEDOR (Preliminar de Nulidade) - Conselheiros: Paulo Danilo Reis Lopes, Ildemar José Landin, Edvaldo Almeida dos Santos e Rubens Bezerra Soares.

VOTO VENCIDO (Preliminar de Nulidade) - Conselheiros(as): Laís de Carvalho Silva e Valnei Sousa Freire.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de agosto de 2017.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

PAULO DANILo REIS LOPES – RELATOR

LAÍS DE CARVALHO SILVA – VOTO DIVERGENTE
(Preliminar de Nulidade)

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JUNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS