

PROCESSO - A. I. N° 279757.0013/17-6
RECORRENTE - SNS AUTOMÓVEIS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 1ª JJF n° 0041-01/18
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 28/12/2018

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0392-12/18

EMENTA: ICMS. DIFERIMENTO. IMPORTAÇÃO DE INSUMO PARA ESTABELECIMENTO FABRICANTE DE VEÍCULOS AUTOMOTORES. UTILIZAÇÃO INDEVIDA COM O BENEFÍCIO PREVISTO NO PROGRAMA PROAUTO. O Autuado é estabelecimento beneficiário do Programa Especial de Incentivo ao Setor Automotivo da Bahia - PROAUTO, instituído pela Lei n° 7.537/99, habilitado através da Resolução FUNDESE n° 181/12, que concedeu benefícios fiscais na importação e nas saídas dos veículos da montadora. Importou veículos novos da marca JAC MOTORS com diferimento do ICMS importação. O descumprimento dos objetivos dos projetos ou das regras condicionantes sujeita o beneficiário ao cancelamento dos incentivos aprovados, exsurgindo, no caso de desvio de recursos, a pretensão estatal à restituição da exigência dos recursos incentivados. Não houve irregularidade no cancelamento do Termo de Compromisso n° 01/2013, por força de rescisão unilateral do Acordo pelo Estado da Bahia. A exigência dos valores não recolhidos, em face às importações realizadas pelo autuado, somente surgiu após a conclusão do processo administrativo apuratório que comprovou o descumprimento da obrigação acordada. Restou demonstrado na ação fiscal que os produtos, objeto da autuação, não se destinavam à linha de produção incentivada da JAC e foram indevidamente importados com diferimento previsto no programa de incentivo (PROAUTO). Infração subsistente. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão que julgou pela procedência do Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 31/08/2017, para exigir crédito tributário no valor de R\$20.988.464,60, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, II, “f”, da Lei n° 7.014/96, pela falta de recolhimento do ICMS devido pelas importações tributadas realizadas pelo estabelecimento no período de agosto a dezembro de 2012.

Consta ainda que se refere ao recebimento do exterior de veículos acabados, destinados à revenda no mercado nacional, a testes de durabilidade ou ativo imobilizado, conforme Demonstrativo de Apuração do ICMS Importação, exigido em função da cassação da habilitação no PROAUTO -Programa Especial de Incentivo ao Setor Automotivo - Resolução FUNDESE n° 181/2012, por descumprimento das Cláusulas assumidas no Protocolo de Intenções e no Termo de Compromisso n° 001/2013, firmados em 16/11/2011 e 24/07/2013, respectivamente, conforme relatório n° 1100160003144, emitido pela Secretaria de Desenvolvimento Econômico - SDE, uma

vez que o Autuado regularmente notificado da rescisão, com prazo de 15 dias para manifestação às imputações, apresentou justificativas incapazes de elidir o inadimplemento contratual, culminando no Parecer-GAB-LSR/2016, opinando pelo cancelamento da habilitação e consequente anulação dos incentivos fiscais pertinentes, referendado pela Resolução FUNDESE nº 217/2016, de 14/12/2016 - publicada no DOE de 23/12/2016, que efetivou o cancelamento da habilitação com as exigências previstas na Cláusula 11.3, "a", do Termo de Compromisso, o ICMS dispensado mais os acréscimos tributários previstos na Lei nº 7.014/96 para o recolhimento intempestivo do imposto estadual.

A 1ª JJF decidiu pela Procedência do Auto de Infração, por unanimidade, mediante o Acórdão nº 0041-01/18 (fls. 450 a 461), com base no voto do Relator de primeiro grau, a seguir transscrito:

"Preliminarmente, suscita o contribuinte autuado a nulidade do lançamento de ofício, porque lavrado em desacordo com as normas que prescrevem a situação concreta, ocorrendo erro de direito, nos termos do art. 18 do Decreto nº 7629/99. Pede também a nulidade dos autos, sob o argumento de ilegalidade da Notificação nº 08/2017. Requer Perícia fiscal para esclarecer fatos ocorridos no Processo Administrativo Fiscal – PAF.

Quanto aos aspectos formais do lançamento, observo que o presente Auto de Infração foi lavrado em conformidade com o disposto no art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF BA/99, art. 142, do Código Tributário Nacional - CTN e se encontra apto a surtir seus efeitos jurídicos e legais. Eis que, não se verifica qualquer violação aos princípios constitucionais que regem o procedimento e processo administrativo fiscal, em especial, os da legalidade, da ampla defesa, e do contraditório. Não houve erro de direito, uma vez que restou clara a natureza tributária da exigência, os dispositivos dados como infringidos, e o contribuinte autuado apresentou razões de defesa demonstrando entendimento dos fatos e com os argumentos que entendeu pertinentes.

Não observo, igualmente, nulidade do Auto de Infração, em função de suposta ilegalidade da Notificação nº 08/2017, uma vez que o contribuinte dela tomou conhecimento normalmente, apresentando seu inconformismo com a decisão, nela contida, de cancelamento do benefício fiscal a que tinha direito.

Não verifico dessa forma, qualquer dos pressupostos de nulidades elencados no art. 18 do RPAF-BA/99.

Quanto à realização de perícia pugnada pelo defendant, indefiro com base no art. 147, inciso II, do RPAF-BA/99, tendo em vista que a prova pretendida não depende do conhecimento especial de técnicos, sendo desnecessária em vista de outras provas produzidas nos autos.

No mérito, o Auto de Infração exige ICMS em razão da falta de recolhimento devido pelas importações tributáveis realizadas pelo estabelecimento no período de agosto a dezembro de 2012, consoante demonstrativo de apuração acostado às fls. 11 a 13 (sintético); discriminação das notas fiscais de entrada relativas às importações dos veículos (fls. 15/73); cópias dos DANFE's e demais documentos alusivos à autuação.

Constam dos autos que, no período fiscalizado, o Autuado importou com o diferimento do ICMS veículos acabados de origem chinesa da marca JAC, destinados à revenda no mercado nacional, a testes de durabilidade ou ativo imobilizado, conforme Demonstrativo de Apuração do ICMS Importação, exigido em função da cassação da habilitação no PROAUTO-Programa Especial de Incentivo ao Setor Automotivo - Resolução FUNDESE nº 181/2012, por descumprimento das Cláusulas assumidas no Protocolo de Intenções e no Termo de Compromisso nº 001/2013, firmado em 24/07/2013.

Regularmente notificado da rescisão, o autuado apresentou justificativas que culminou no Parecer-GAB-LSR/2016, opinando pelo cancelamento da habilitação e consequente anulação dos incentivos fiscais pertinentes, referendado pela Resolução FUNDESE nº 217/2016, de 14/12/2016, publicada no DOE de 23/12/2016, que efetivou o cancelamento da habilitação, implicando as exigências previstas na Cláusula 11.3, alínea "a", do Termo de Compromisso, do ICMS dispensado, mais os acréscimos tributários previstos na Lei nº 7.014/96 para o recolhimento intempestivo do imposto estadual. A aludida resolução (Resolução FUNDESE nº 217/2016) cancelou a habilitação, além do contribuinte autuado, da outra empresa do mesmo grupo, JAC MOTORS DO BRASIL.

O sujeito passivo fundamentou sua defesa para afastar a exigência do tributo, argumentando que, apesar do atendimento de parte do acordo, o Estado da Bahia, através do DESENBAHIA descumpriu obrigação essencial constante do Termo de Compromisso (Cláusulas Terceira e Sétima), contrato de financiamento para a construção do seu complexo industrial com recurso do FUNDESE, em valor não superior a oitenta milhões de reais, o que inviabilizou seu projeto inicial de construir a fábrica acordada e da queda vertiginosa do mercado de automóveis;

Questiona o lançamento de ofício com base na falta de recolhimento do ICMS na importação de mercadorias, quando deveria verificar o recolhimento do ICMS em relação ao saldo devedor em cada mês de apuração.

Os Auditores Fiscais, em sua informação fiscal, mantiveram a autuação, esclarecendo o equívoco do autuado de que o ICMS exigido teria incidido sobre saldo devedor nas operações de saídas de veículos, considerando o crédito presumido de 98% (Decreto nº 7.731/99). Esclarecem que a exigência recai sobre a importação no desembarço de veículos automotores promovida pelo sujeito passivo, com imposto diferido para o momento da saída, nos termos da Lei nº 7.537/99.

Convém salientar que o estabelecimento do Autuado é beneficiário do Programa Especial de Incentivo Fiscal ao Setor Automobilístico da Bahia – PROAUTO, instituído pela Lei Estadual nº 7.537/99, e regulado pelo Dec. nº 7.798/00, que estabelece como principal finalidade o estímulo à implantação e ao desenvolvimento de empreendimentos industriais do setor automotivo de relevante interesse para a economia do Estado, conforme disposto nos artigos 1º e 2º da norma legal, com o seguinte teor:

“Art. 1º - Fica criado o Programa Especial de Incentivo ao Setor Automotivo da Bahia PROAUTO, vinculado ao Fundo de Desenvolvimento Social e Econômico FUNDESE, regulado pela Lei nº 6.445, de 7 de dezembro de 1992, alterada pela Lei nº 7.503, de 13 de agosto de 1999, com a finalidade de estimular a implantação e o desenvolvimento de empreendimentos industriais desse setor, de relevante interesse para a economia do Estado.

Art. 2º - Poderão habilitar-se aos incentivos da presente Lei as empresas fabricantes de veículos automotores, denominadas empresas beneficiárias principais, que se comprometam, isoladamente ou em conjunto com seus fornecedores, a realizar investimentos totais superiores a R\$ 800.000.000,00 (oitocentos milhões de reais) e a utilizar métodos, sistemas e tecnologias avançados, compartilhados, no que couber, com órgãos, agências e universidades locais.

§1º A concessão dos benefícios e incentivos previstos nesta Lei, excluído o financiamento de capital de giro, estende-se aos fornecedores das empresas fabricantes de veículos automotores, cuja atividade econômica seja correlata ou complementar, listados no Projeto do empreendimento e aprovados pelo Conselho Deliberativo do FUNDESE.

§ 2º O Chefe do Poder Executivo poderá estabelecer condições especiais de enquadramento no Programa, mediante proposta do Conselho Deliberativo do FUNDESE, desde que o empreendimento seja relevante para:

- I - o desenvolvimento tecnológico da matriz industrial do Estado;**
- II - a geração de emprego e formação de mão de obra qualificada;**
- III - a consolidação do parque automotivo baiano.”**

A Resolução nº 181/02 habilitou o autuado ao PROAUTO, com aprovação por ato do Conselho Deliberativo do FUNDESE (Fundo de Desenvolvimento Social e Econômico do Estado da Bahia, regulado pela Lei nº 6.445/92, alterada pela Lei nº 7.503/99), aprovando o projeto de implantação do complexo industrial automotivo e a concessão de incentivos previstos na Lei nº 7.537/99 (deferimento do recolhimento do ICMS das operações de importação para o momento das saídas dos veículos), nos Decretos nº 7.731/99 (crédito presumido no valor correspondente ao percentual de 98% - primeiro ano de operação – do saldo devedor do ICMS apurado em cada período de apuração mensal) e nº 7.989/01 (apropriar crédito fiscal acumulados dos fornecedores de peças).

Portanto, como se extrai dos autos, o contribuinte importou veículos novos da marca JAC MOTORS com deferimento do ICMS importação, no período de agosto a dezembro de 2012, e a constituição do crédito tributário sobre tais operações ocorreu após o cancelamento da Resolução FUNDESE nº 181/12, que concedeu benefício fiscal na importação e nas saídas dos veículos da montadora, na forma prevista no Programa PROAUTO, instituído pela Lei nº 7.537/99. As vantagens concedidas ao contribuinte pelo Estado da Bahia, decorrentes do PROAUTO, visavam, em contrapartida, uma finalidade certa e específica: a implantação e desenvolvimento de um complexo industrial automotivo da JAC MOTORS, jamais concretizado.

Inaceitável o argumento defensivo de que houve irregularidade no cancelamento do Termo de Compromisso 01/2013, por força de rescisão unilateral do Acordo com o Estado da Bahia.

Com efeito, o contrato de natureza administrativa celebrado entre os Fundos de Desenvolvimento e as empresas beneficiárias, tem início com a aprovação do projeto pelos órgãos gestores, e sua extinção pode ocorrer quando o empreendimento incentivado for regularmente concluído, nos termos pactuados (o que não é o caso) ou se o projeto apresentar irregularidades ou inconsistências com relação ao que lhe fora programado. Nesse caso, o Poder Público poderá rescindir o contrato, cancelando os incentivos anteriormente aprovados. Exige-se apenas que haja obediência ao devido processo legal, com direito de debate aberto para as partes.

Observo que o cancelamento dos benefícios foi precedido de intimação para que o beneficiário se manifestasse acerca da possibilidade de extinção do Termo de Compromisso (Mandado de Intimação 01/2016, da Secretaria de Desenvolvimento Econômico - SDE), em face do descumprimento na sua obrigação de construir o pátio de fábrica, originalmente acordado.

O autuado apresentou considerações acerca da não realização dos investimentos planejados; foi notificado para se pronunciar sobre os esclarecimentos apresentados pelo DESENBAHIA (Mandado de Intimação 02/2016, da Secretaria de Desenvolvimento Econômico); apresentou manifestação sobre Termo de Compromisso 01/13 e manutenção do PROAUTO. No final, o processo culminou com o Ofício 77/2016, da SDE, com a informação do cancelamento do aludido Termo de compromisso.

Por meio do Ofício 08/2017, o cancelamento do Termo de compromisso 01/13 foi formalizado e determinado o recolhimento do ICMS não recolhido no período de uso dos incentivos fiscais. O Contribuinte teve, antes, sua habilitação cancelada do Programa de Incentivo à Inovação Tecnológica e Adensamento da Cadeia Produtiva de Veículos Automotores – INOVAR (Lei 12.715/2012), regime automotivo do Governo Brasileiro, através da Portaria Nº 153, de 30/05/2016, do MDIC, publicada do DOU de 31/05/2016, cópia acostada aos autos, fl. 297. A mesma falta de cumprimento dos termos acordados motivou o cancelamento do Programa Federal.

O sujeito passivo não esclareceu devidamente as circunstâncias que inviabilizaram o financiamento de R\$80.000.000 com recursos do FUNDESE (cláusula sétima do TC 01/13). O Parecer PGE GAB – LSR 143/2016 (fls. 184/191), contudo, esclarece que o Estado da Bahia não assumiu compromissos nesse sentido, e que o DESENBAHIA, que também participou do Termo de Compromisso, a obrigação assumida foi apenas a de “elaborar um contrato de financiamento para viabilizar a construção do COMPLEXO INDUSTRIAL JAC MOTORS utilizando recurso do FUNDESE em valor não superior a R\$80.000.000,00 (oitenta milhões de reais)”, mas não, evidentemente, a de garantir a concessão do financiamento sem as salvaguardas necessárias.

Conclui que, conquanto tenha sido autorizado o financiamento do interessado, a contratação não foi autorizada por falta da apresentação das garantias acenadas em sua carta consulta inicial.

À propósito, impende ressaltar que a rescisão unilateral dos contratos administrativos tem previsão nos artigos 58, inc. II, e 79, inc. I, da Lei Federal nº 8.666/93, que regulamenta o art. 37, II, da CF/88 e institui normas sobre licitação e contratos com a administração pública.

Nesse sentido, revela-se inequívoco que o cancelamento dos incentivos direcionados às empresas beneficiárias configura uma modalidade específica de rescisão unilateral dos contratos administrativos, cuja aplicação se dá nas hipóteses de utilização indevida dos recursos repassados às empresas.

Ve-se que, no caso em concreto, o descumprimento dos objetivos dos projetos ou das regras condicionantes sujeita o beneficiário ao cancelamento dos incentivos aprovados, exsurgindo, no caso de desvio de recursos, a pretensão estatal à restituição dos recursos mal utilizados. Ressalte-se que a exigência dos valores não recolhidos, em face às importações realizadas pelo autuado, somente surgiu após a conclusão do processo administrativo apuratório que, comprovando a responsabilidade da empresa na prática do descumprimento de obrigação acordada, conduziu a autoridade competente à prática do cancelamento dos incentivos concedidos e à exigência dos recursos incentivados.

Como visto, os Programas de Incentivos exercem um importante papel para o desenvolvimento das regiões que criam os benefícios, pois funcionam como instrumentos indutores da economia local, auxiliando na geração de riquezas, de novos postos de trabalho e renda aos habitantes destas regiões.

Os desvios de recursos perpetrados pelas empresas beneficiárias, ou o descumprimento das ações reciprocamente condicionadas, além de causarem prejuízos ao erário, frustram os objetivos do programa de incentivo, causando sérios danos à Administração Pública e à coletividade em geral.

Em ocorrendo a aplicação dos incentivos de maneira irregular pelas empresas beneficiária, descumprindo os objetivos previstos nas normas e nas diretrizes estabelecidas nas resoluções aprovadoras dos incentivos, compete aos órgãos gestores dos Fundos proceder a rescisão unilateral dos contratos, através do cancelamento dos incentivos, além da adoção das medidas necessárias para a recuperação dos créditos tributários utilizados em desacordo com as diretrizes traçadas na Resolução e Termos de Compromissos.

Em conclusão, frente aos fatos documentados acima é de se concluir que as operações com os veículos novos importados não poderiam ser realizadas ao amparo do diferimento previsto na Lei nº 7.537/99 e disciplinado, no âmbito do Poder Executivo pelo Dec. Estadual nº 7.798/00. O referido benefício fiscal foi utilizado de forma indevida pelo Autuado, sem o cumprimento dos termos acordados, sem a implementação da montadora dos automóveis da marca JAC, no município de Camaçari, listado no projeto do Programa Especial de Incentivo ao Setor Automotivo da Bahia - PROAUTO, e aprovadas por ato do Conselho Deliberativo do FUNDESE (Fundo de Desenvolvimento Social e Econômico do Estado da Bahia, regulado pela Lei nº 6.445/92, alterada pela Lei nº 7.503/99).

Posto isso, correto está o lançamento tributário, cujos valores sequer foram discutidos pelo autuado, não obstante as planilhas que discriminou cada operação realizada pelo sujeito passivo.

O Auto de Infração é integralmente PROCEDENTE.”

O Autuado apresentou Recurso Voluntário (fls. 471 a 500), nos termos do art. 169, I, “b”, do

RPAF/99, no qual informou que é uma empresa que se dedica à importação, comercialização e industrialização de automóveis da marca chinesa JAC MOTORS, fazendo parte do mesmo grupo econômico da empresa JAC BRASIL AUTOMÓVEIS LTDA, com quem atuava na realização do projeto da fábrica de automóveis da Bahia.

Explicou que a primeira formalização dessa intenção com o Estado da Bahia ocorreu em 16/11/2011 e, ao longo do ano de 2012, foram concluídas as tratativas para que iniciasse a importação dos automóveis da China pelo Estado da Bahia, a partir do mês de agosto, por meio da Resolução nº 181/2012 da FUNDESE, sendo objeto deste lançamento de ofício as importações realizadas entre agosto e dezembro.

Destacou que a indústria automobilística e comércio de automóveis vivia o seu melhor momento naquele período, vendo o Estado da Bahia como o lugar ideal para realizar a instalação da fábrica, sendo que, ao transferir as suas importações para o Estado da Bahia, indiscutivelmente, gerou incremento de empregos e renda para a região.

Ressaltou que firmou o Termo de Compromisso nº 01/2013, em 24/07/2013, estabelecendo direitos e obrigações com o intuito da realização da fábrica de automóveis em Camaçari, com o Governo da Bahia, o qual concedeu benefícios fiscais em relação ao ICMS, nas operações internas e interestaduais, e vendeu a área para que se iniciasse a terraplanagem, demonstrando interesse real no investimento.

Alegou que o DESENBAHIA, no entanto, descumpriu uma obrigação absolutamente essencial constante do referido Termo de Compromisso (Cláusulas Terceira e Sétima), relativo ao financiamento que nunca saiu do papel, apesar do esforço em demonstrar que o investimento não seria possível sem tais recursos, tratado no Termo de Compromisso aprovado pelo FUNDESE em 05/09/2014.

Aduziu que a manutenção do projeto inicial se tornou impossível sem o financiamento e com a queda vertiginosa do mercado de automóveis, apesar dos investimentos realizados no empreendimento apenas com terraplanagem, licenciamento ambiental e projeto da fábrica, sem falar dos projetos dos carros, que ultrapassaram R\$18.000.000,00.

Disse que ficou surpreso com o Mandado de Intimação nº 01/2016 – GASEC, da Secretaria do Desenvolvimento Econômico, para se manifestar acerca da possibilidade de extinção do Termo de Compromisso por descumprir a sua obrigação de construir a fábrica que fora originalmente acordada, tendo apresentado considerações, em 02/08/2016, no sentido de que a não realização do investimento da forma planejada se deu por força da ausência da concretização do financiamento constante do Termo de Compromisso e apresentou um projeto alternativo para a construção da fábrica.

Acrescentou que recebeu uma nova notificação da Secretaria de Desenvolvimento (de nº 02/2016 -GASEC), em 20/09/2016, para apresentar defesa sobre os esclarecimentos apresentados pelo DESENBAHIA, que objetivava a anulação do ato administrativo que formalizou os incentivos fiscais, tendo apresentado manifestação, em 10/11/2016, requerendo o agendamento de audiência, a manutenção do enquadramento das empresas no PROAUTO e a adequação do Termo de Compromisso nº 01/2013 à nova realidade econômica brasileira, iniciando as tratativas em relação ao projeto de forma faseada, apresentado em 02/08/2016.

Asseverou que recebeu o Ofício nº 78/2016 do Secretário do Desenvolvimento informando acerca do cancelamento do Termo de Compromisso nº 01/2013, em 23/12/2016, por força da rescisão unilateral do Governo da Bahia, e que, diante desse fato, apresentou recurso administrativo ao Secretário do Desenvolvimento da Bahia, em 04/01/2017, com fundamento no Art. 54, da Lei nº 12.209/11, mas que não houve resposta a este recurso.

Alegou que o Estado da Bahia formalizou o cancelamento dos benefícios fiscais concedidos no Termo de Compromisso nº 01/2013 e determinou o pagamento do ICMS não recolhido no período de uso dos incentivos fiscais, em 26/01/2017, por meio do Ofício nº 08/2017, tendo o presente

lançamento de ofício sido efetuado com base nas importações dos automóveis e equipamentos importados pelo Estado da Bahia, aplicando juros e multa de 60% nos termos da legislação do ICMS.

Argumentou que havia demonstrado o equívoco na interpretação por parte dos Autuantes, o que poderia ser confirmado por perícia, e que a decisão recorrida não representa a melhor análise do caso concreto, pois não conferiu a devida importância ao fato do Estado da Bahia não ter cumprido com o financiamento previsto no aludido Termo de Compromisso, inviabilizando a concretização do projeto da forma inicialmente planejada, bem como exigiu o imposto sobre as importações realizadas, não em relação ao saldo devedor, sem levar em consideração os recolhimentos efetuados.

Contextualizou que a atuação do Estado na ordem econômica encontra fundamento de validade em diversas passagens da Constituição, em especial nos seus Arts. 170 e 174, os quais transcreveu, e sobre o Programa PROAUTO, criado pela Lei nº 7.537/99, o que o atraiu a firmar o Termo de Compromisso nº 01/2013.

Afirmou que o financiamento era algo previsto como condição para realização do negócio e que, ao firmar o protocolo de intenções com o Governo da Bahia, em 16/11/2011, as condições de financiamento eram muitíssimas mais favoráveis e não havia no horizonte o cenário econômico que o Brasil conviveu nos anos de 2015 e 2016, sendo que o agente público de fomento econômico deveria ter contribuído com o desenvolvimento realizando o financiamento constante da Cláusula Quinta, item V, do Termo de Compromisso.

Questionou como poderia ser possível iniciar a produção em 36 meses, conforme previsto no Termo de Compromisso firmado em 24/07/2013, diante de uma mudança de cenário econômico tão drástico e sem os financiamentos que ficaram bem mais caros e com garantias de impossível realização.

Lamentou a decisão de não se conceder o financiamento, objeto do Termo de Compromisso nº 01/2013, bem como a lavratura do lançamento de ofício, enquanto o seu recurso administrativo, apresentado em 04/01/2017, não tiver sido decidido pelo Sr. Secretário do Desenvolvimento do Estado da Bahia, tema que deveria ter sido abordado na decisão recorrida, mas não o foi.

Quanto ao ICMS exigido, ensinou que o fato gerador é o desembarque aduaneiro, em relação às importações realizadas entre agosto e de dezembro de 2012, mas que os Autuantes não reconheceram o recolhimento de qualquer crédito tributário, sendo que a correta análise do lançamento deve se basear na legislação do ICMS que envolve o PROAUTO, calcada em incentivos financeiros e tributários, e especialmente o benefício fiscal concedido pelo Estado da Bahia, através da Resolução nº 182/2012 do FUNDESE, que por sua vez faz menção ao Termo de Compromisso nº 01/2013.

Lecionou que o tratamento conferido pelo PROAUTO foi o de diferir o recolhimento do ICMS nas operações para saídas internas nas operações de importação, sendo que o Decreto nº 7.537/99 definiu o percentual do crédito presumido de 98% do saldo devedor do ICMS apurado em cada mês de operação (do 1º ao 6º ano de operação), constante também do Termo de Compromisso nº 01/2013, firmado com o Estado da Bahia, prescrevendo a sua obrigação em recolher 2% do saldo devedor do ICMS em relação a cada mês de operação, o que fez, e não o ICMS devido na importação de mercadorias, que é objeto de diferimento. Acostou seu Livro Registro de Apuração do ICMS – RAICMS, DAE e comprovantes de recolhimento relativos à competência 12/2012.

Transcreveu doutrina, o Art. 149 do CTN e ementas de julgados do STJ para sustentar a sua tese de que ocorreu erro de direito, por terem sido aplicadas normas equivocadas e estabelecido base de cálculo com valores igualmente equivocados, o que impede que o lançamento de ofício possa prosperar.

Requeru a improcedência da autuação ou a sua nulidade, com base no Art. 18, IV, “a”, e §1º, do

RPAF/99, citando doutrina de José Souto Maior Borges, em razão de:

- a) ilegalidade da Notificação nº 08/2017, uma vez que foi apresentado, em 04/01/2017, recurso administrativo em relação à decisão que havia cancelado o benefício fiscal e que ainda não foi objeto de manifestação do Sr. Secretário de Desenvolvimento do Estado da Bahia;
- b) existência de erro de direito, uma vez que aplicou as normas previstas nos Arts. 4º, IX, da Lei nº 7.014/96, ao cobrar e calcular o ICMS incidente sobre a importação dos automóveis.

Protestou pela produção e posterior juntada de toda e qualquer prova em direito admitida e reiterou o pedido de perícia, nomeando assistente técnico e apresentando as seguintes questões:

- 1) esclarecer se estava submetida ao recolhimento do ICMS nos termos da legislação do PROAUTO, no período autuado?
- 2) o ICMS deveria ser recolhido com base no saldo devedor mensal e não no momento do desembarque aduaneiro das mercadorias importadas?
- 3) é possível chegar ao valor correto do ICMS supostamente devido, tendo por base os critérios utilizados pelo Auditor Fiscal?

Na assentada do julgamento, esta 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, deliberou, por unanimidade, pela conversão do presente feito em diligência à PGE/PROFIS, a fim de que elaborasse parecer jurídico de forma a responder as seguintes questões:

- 1) O recurso apresentado pelo Autuado em 04/01/2017 possui efeito suspensivo?
- 2) O Ofício nº 008/2017 da SDE, encaminhado em 26/01/2017, pode ser entendido como uma resposta ao recurso apresentado pelo Autuado em 04/01/2017?

A PGE/PROFIS, em parecer referendado pela PGE/PROFIS/NCA (fls. 528 a 530), opinou pelo não provimento do Recurso Voluntário, afirmando que o recurso apresentado pelo Autuado em 04/01/2017 não possui efeito suspensivo e que não pode ser entendido como ferramenta recursal à petição anexada (fls. 516 a 522), por evidente falta de interesse recursal, tendo em vista o expresso e inequívoco reconhecimento do descumprimento dos requisitos fixados no benefício do Programa PROAUTO.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão que julgou pela procedência do presente Auto de Infração, relativo à falta de recolhimento do ICMS devido pelas importações tributadas realizadas pelo estabelecimento.

Preliminarmente, o Autuado suscitou a nulidade do lançamento por entender que o mesmo não contém elementos suficientes para se determinar a infração e por cerceamento de defesa pelo não deferimento da perícia solicitada.

Constatou que os enquadramentos da infração e da penalidade estão fundamentados nos dispositivos corretos da Lei nº 7.014/96, que o Auto de Infração foi lavrado por autoridade competente e que todos os elementos que o compõe foram disponibilizados. Portanto, não há preterição do direito de defesa, já que contém elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator, tanto que o Autuado efetuou plena defesa das suas teses, demonstrando estar plenamente consciente da acusação que lhe foi imputada e questionando apenas que o ICMS foi cobrado pela importação, quando, em seu entendimento, deveria ter sido cobrado pelo saldo devedor das suas operações, bem como não deveria ter sido cancelado o seu benefício previsto no Termo de Compromisso nº 01/2013.

Também não cabe a alegação de cerceamento de defesa em função da decisão de 1ª instância que indeferiu a solicitação de realização de perícia, em razão da prova do fato não depender do conhecimento especial de técnicos, sendo desnecessária em vista de outras provas produzidas

nos autos. O colegiado é soberano para avaliar se a perícia é necessária para o deslinde do feito, sem que resulte em cerceamento de defesa, não tendo o Autuado trazido elementos que a justificassem. Inclusive os quesitos formulados partem de um pressuposto que foi afastado no referido julgamento.

Assim, não merece reparo a decisão recorrida em relação ao afastamento das nulidades suscitadas. E, pelo mesmo motivo ali apresentado, com base no Art. 147, II, "a" e "b", indefiro o pedido de perícia reiterado, pois as provas constantes dos autos são suficientes para que o julgamento seja realizado.

Quanto ao argumento de ter ocorrido erro de direito, por ter sido exigido o imposto sobre a importação, em vez do saldo devedor mensal, nos termos do Art. 12, §1º, da Lei nº 7.537/99 (PROAUTO), trata-se de análise de mérito que passo a efetuar, após afastadas as nulidades suscitadas.

Constam dos autos que, no período fiscalizado, o Autuado importou com o deferimento do ICMS relativo à importação de veículos acabados de origem chinesa da marca JAC, destinados à revenda no mercado nacional, a testes de durabilidade ou ativo imobilizado, conforme Demonstrativo de Apuração do ICMS Importação, exigido em função da cassação da habilitação no Programa Especial de Incentivo ao Setor Automotivo - PROAUTO, Resolução FUNDESE nº 181/2012, por descumprimento das Cláusulas assumidas no Protocolo de Intenções e no Termo de Compromisso nº 001/2013, firmado em 24/07/2013.

Regularmente notificado da rescisão, o Autuado apresentou justificativas que culminou no Parecer-GAB-LSR/2016, opinando pelo cancelamento da habilitação e consequente anulação dos incentivos fiscais pertinentes, referendado pela Resolução FUNDESE nº 217/2016, de 14/12/2016, publicada no DOE de 23/12/2016, que efetivou o cancelamento da habilitação, implicando as exigências previstas na Cláusula 11.3, alínea "a", do Termo de Compromisso, do ICMS dispensado, mais os acréscimos tributários previstos na Lei nº 7.014/96 para o recolhimento intempestivo do imposto estadual. A aludida Resolução FUNDESE nº 217/2016 cancelou a habilitação do Autuado e da outra empresa do mesmo grupo, JAC MOTORS DO BRASIL.

O Autuado fundamentou sua defesa para afastar a exigência do tributo, argumentando que, apesar do atendimento de parte do acordo, o Estado da Bahia, através do DESENBAHIA descumpriu obrigação essencial constante do Termo de Compromisso (Cláusulas Terceira e Sétima), contrato de financiamento para a construção do seu complexo industrial com recurso do FUNDESE, em valor não superior a oitenta milhões de reais, o que inviabilizou seu projeto inicial de construir a fábrica acordada e da queda vertiginosa do mercado de automóveis.

Questionou o lançamento de ofício com base na falta de recolhimento do ICMS na importação de mercadorias, quando deveria verificar o recolhimento do ICMS em relação ao saldo devedor em cada mês de apuração.

Convém salientar que o estabelecimento do Autuado é beneficiário do Programa Especial de Incentivo Fiscal ao Setor Automobilístico da Bahia – PROAUTO, instituído pela Lei Estadual nº 7.537/99, e regulado pelo Decreto nº 7.798/00, que estabelece como principal finalidade o estímulo à implantação e ao desenvolvimento de empreendimentos industriais do setor automotivo de relevante interesse para a economia do Estado, conforme disposto nos Arts. 1º e 2º da norma legal, com o seguinte teor:

"Art. 1º - Fica criado o Programa Especial de Incentivo ao Setor Automotivo da Bahia PROAUTO, vinculado ao Fundo de Desenvolvimento Social e Econômico FUNDESE, regulado pela Lei nº 6.445, de 7 de dezembro de 1992, alterada pela Lei nº 7.503, de 13 de agosto de 1999, com a finalidade de estimular a implantação e o desenvolvimento de empreendimentos industriais desse setor, de relevante interesse para a economia do Estado.

Art. 2º - Poderão habilitar-se aos incentivos da presente Lei as empresas fabricantes de veículos automotores, denominadas empresas beneficiárias principais, que se comprometam, isoladamente ou em conjunto com seus fornecedores, a realizar investimentos totais superiores a R\$ 800.000.000,00 (oitocentos milhões de reais) e a utilizar métodos, sistemas e tecnologias avançados, compartilhados, no que couber, com órgãos, agências e

universidades locais.

§1º A concessão dos benefícios e incentivos previstos nesta Lei, excluído o financiamento de capital de giro, estende-se aos fornecedores das empresas fabricantes de veículos automotores, cuja atividade econômica seja correlata ou complementar, listados no Projeto do empreendimento e aprovados pelo Conselho Deliberativo do FUNDESE.

§2º O Chefe do Poder Executivo poderá estabelecer condições especiais de enquadramento no Programa, mediante proposta do Conselho Deliberativo do FUNDESE, desde que o empreendimento seja relevante para:

- I - o desenvolvimento tecnológico da matriz industrial do Estado;*
- II - a geração de emprego e formação de mão de obra qualificada;*
- III - a consolidação do parque automotivo baiano.”*

A Resolução nº 181/02 habilitou o autuado ao PROAUTO, com aprovação por ato do Conselho Deliberativo do FUNDESE (Fundo de Desenvolvimento Social e Econômico do Estado da Bahia, regulado pela Lei nº 6.445/92, alterada pela Lei nº 7.503/99), aprovando o projeto de implantação do complexo industrial automotivo e a concessão de incentivos previstos na Lei nº 7.537/99 (deferimento do recolhimento do ICMS das operações de importação para o momento das saídas dos veículos), nos Decretos nº 7.731/99 (crédito presumido no valor correspondente ao percentual de 98% - primeiro ano de operação – do saldo devedor do ICMS apurado em cada período de apuração mensal) e nº 7.989/01 (apropriar crédito fiscal acumulados dos fornecedores de peças).

Portanto, como se extrai dos autos, o contribuinte importou veículos novos da marca JAC MOTORS com deferimento do ICMS Importação, no período de agosto a dezembro de 2012, e a constituição do crédito tributário sobre tais operações ocorreu após o cancelamento da Resolução FUNDESE nº 181/12, que concedeu benefício fiscal na importação e nas saídas dos veículos da montadora, na forma prevista no Programa PROAUTO. As vantagens concedidas ao contribuinte pelo Estado da Bahia, decorrentes do PROAUTO, visavam, em contrapartida, uma finalidade certa e específica: a implantação e desenvolvimento de um complexo industrial automotivo da JAC MOTORS, jamais concretizado.

Inaceitável o argumento defensivo de que houve irregularidade no cancelamento do Termo de Compromisso nº 01/2013, por força de rescisão unilateral do Acordo com o Estado da Bahia.

Com efeito, o contrato de natureza administrativa celebrado entre os Fundos de Desenvolvimento e as empresas beneficiárias, tem início com a aprovação do projeto pelos órgãos gestores, e sua extinção pode ocorrer quando o empreendimento incentivado for regularmente concluído, nos termos pactuados (o que não é o caso), ou se o projeto apresentar irregularidades ou inconsistências com relação ao que lhe fora programado. Nesse caso, o Poder Público poderá rescindir o contrato, cancelando os incentivos anteriormente aprovados. Exige-se apenas que haja obediência ao devido processo legal, com direito de debate aberto para as partes.

Observo que o cancelamento dos benefícios foi precedido de intimação para que o Autuado se manifestasse acerca da possibilidade de extinção do Termo de Compromisso (Mandado de Intimação nº 01/2016, da Secretaria de Desenvolvimento Econômico - SDE), em face do descumprimento na sua obrigação de construir o pátio de fábrica originalmente acordado.

O Autuado apresentou considerações acerca da não realização dos investimentos planejados, foi notificado para se pronunciar sobre os esclarecimentos apresentados pelo DESENBAHIA (Mandado de Intimação nº 02/2016, da Secretaria de Desenvolvimento Econômico) e apresentou manifestação sobre Termo de Compromisso nº 01/13 e manutenção do PROAUTO. No final, o processo culminou com o Ofício nº 77/2016, da SDE, com a informação do cancelamento do aludido Termo de compromisso.

Por meio do Ofício nº 08/2017, de 26/01/2017, o cancelamento do Termo de compromisso nº 01/13 foi formalizado e determinado o recolhimento do ICMS não recolhido no período de uso dos incentivos fiscais, o que já respondeu ao recurso impetrado em 04/01/2017. O Autuado teve, antes, sua habilitação cancelada do Programa de Incentivo à Inovação Tecnológica e Adensamento da Cadeia Produtiva de Veículos Automotores – INOVAR (Lei nº 12.715/12), regime automotivo do

Governo Brasileiro, através da Portaria nº 153, de 30/05/2016, do MDIC, publicada do DOU de 31/05/2016, cópia acostada aos autos (fl. 297). A mesma falta de cumprimento dos termos acordados motivou o cancelamento do Programa Federal.

O Autuado não esclareceu devidamente as circunstâncias que inviabilizaram o financiamento de R\$80.000.000,00 com recursos do FUNDESE (cláusula sétima do TC nº 01/13). O Parecer PGE GAB – LSR nº 143/2016 (fls. 184 a 191), contudo, esclarece que o Estado da Bahia não assumiu compromissos nesse sentido, e que obrigação assumida pelo DESENBAHIA, que também participou do Termo de Compromisso, foi apenas de “elaborar um contrato de financiamento para viabilizar a construção do COMPLEXO INDUSTRIAL JAC MOTORS utilizando recurso do FUNDESE em valor não superior a R\$80.000.000,00 (oitenta milhões de reais)”, mas não, evidentemente, a de garantir a concessão do financiamento sem as salvaguardas necessárias.

Concluo que, conquanto tenha sido autorizado o financiamento ao Autuado, a contratação não foi autorizada por falta da apresentação das garantias acenadas em sua carta consulta inicial.

À propósito, impende ressaltar que a rescisão unilateral dos contratos administrativos tem previsão nos Arts. 58, II, e 79, I, da Lei Federal nº 8.666/93, que regulamenta o Art. 37, II, da CF/88 e institui normas sobre licitação e contratos com a administração pública.

Nesse sentido, revela-se inequívoco que o cancelamento dos incentivos direcionados às empresas beneficiárias configura uma modalidade específica de rescisão unilateral dos contratos administrativos, cuja aplicação se dá nas hipóteses de utilização indevida dos recursos repassados às empresas.

Observo que, no caso em concreto, o descumprimento dos objetivos dos projetos ou das regras condicionantes sujeita o Autuado ao cancelamento dos incentivos aprovados, exsurgindo, no caso de desvio de recursos, a pretensão estatal à restituição dos recursos mal utilizados. Ressalto que a exigência dos valores não recolhidos, face às importações realizadas pelo Autuado, somente surgiu após a conclusão do processo administrativo apuratório que, comprovando a sua responsabilidade na prática do descumprimento de obrigação acordada, conduziu a autoridade competente à prática do cancelamento dos incentivos concedidos e à exigência dos recursos incentivados.

Como visto, os Programas de Incentivos exercem um importante papel para o desenvolvimento das regiões que criam os benefícios, pois funcionam como instrumentos indutores da economia local, auxiliando na geração de riquezas, de novos postos de trabalho e renda aos habitantes destas regiões.

Os desvios de recursos perpetrados pelas empresas beneficiárias, ou o descumprimento das ações reciprocamente condicionadas, além de causarem prejuízos ao erário, frustram os objetivos do programa de incentivo, causando sérios danos à Administração Pública e à coletividade em geral.

Ocorrendo a aplicação dos incentivos de maneira irregular pelas empresas beneficiárias, descumprindo os objetivos previstos nas normas e nas diretrizes estabelecidas nas resoluções aprovadoras dos incentivos, compete aos órgãos gestores dos Fundos procederem a rescisão unilateral dos contratos, através do cancelamento dos incentivos, além da adoção das medidas necessárias para a recuperação dos créditos tributários utilizados em desacordo com as diretrizes traçadas na Resolução e Termos de Compromissos.

Frente aos fatos documentados acima, concluo que as operações com os veículos novos importados não poderiam ser realizadas ao amparo do diferimento previsto na Lei nº 7.537/99 e disciplinado, no âmbito do Poder Executivo pelo Decreto Estadual nº 7.798/00. O referido benefício fiscal foi utilizado de forma indevida pelo Autuado, sem o cumprimento dos termos acordados, sem a implementação da montadora dos automóveis da marca JAC, no município de Camaçari, listado no projeto do PROAUTO, e aprovadas por ato do Conselho Deliberativo do FUNDESE.

Tendo os benefícios do diferimento e do crédito presumido sido cancelados, o ICMS relativo à importação que foi deferido deve ser exigido, não havendo porque falar em saldo devedor mensal, o que seria outra infração, caso não tenha sido devidamente recolhido.

Ressalto que também é este o entendimento da PGE/PROFIS, conforme exposto em seu parecer (fls. 528 a 530).

Posto isso, correto está o lançamento tributário, conforme as planilhas que discriminou cada operação realizada pelo Autuado.

Face ao exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração nº 279757.0013/17-6, lavrado contra SNS AUTOMÓVEIS LTDA., devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$20.988.464,60, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de dezembro de 2018.

MAURICIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

MARCELO MATTEDI E SILVA – RELATOR

LEÔNCIO OGANDO DACAL – REPR. DA PGE/PROFIS