

A. I. N - 279757.0013/17-6
AUTUADO - SNS AUTOMÓVEIS LTDA.
AUTUANTES - RICARDO MARACAJÁ PEREIRA e AGILBERTO MARVILA
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 25. 04. 2018

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0041-01/18

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 nº 7.537/99. Habilitado através da Resolução FUNDESE nº 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, exsurto, 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 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 surge após a conclusão do processo administrativo apuratório que comprovou o descumprimento da obrigação acordada. Restou demonstrado na ação fiscal que os insumos, 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. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 31/08/2017, exige crédito tributário no valor de R\$20.988.464,60, acrescido da multa de 60% na apuração da infração à legislação do ICMS, assim descrita: Deixou de recolher o ICMS devido pelas importações tributadas realizadas pelo estabelecimento. Período 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 nº 181/2012, por descumprimento das Cláusulas assumidas no Protocolo de Intenções e no Termo de Compromisso nº 001/2013, firmados em 16/11/2011 e 24/07/2013, respectivamente, conforme relatório nº 1100160003144, emitido pela Secretaria de Desenvolvimento Econômico-SDE, uma vez que a Autuada regularmente notificada 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, alínea "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.

O autuado, por meio de procurador com instrumento à fl. 343/344, ingressa com defesa, fls. 308 a 329, articulando suas razões de defesa na forma sintetizadas a seguir.

Observa, inicialmente, que o presente lançamento de ofício não tem como objeto principal qualquer desobediência direta as normas tributárias do Estado do Bahia, mas representa uma das conseqüências jurídicas do cancelamento indevido do Programa de Incentivo Fiscal conhecido como PROAUTO, instituído pela Lei nº 7537/99. Argumenta a tempestividade das suas razões.

Identifica-se como uma empresa que se dedica à importação, comercialização e industrialização de automóveis da marca chinesa JAC MOTORS BRASIL. Diz a impugnante que juntamente com a JAC BRASIL AUTOMÓVEIS LTDA, faz parte do mesmo grupo econômico e atuava na realização do projeto da fábrica de automóveis da Bahia.

Diz que firmou a primeira formalização do Protocolo de Intenção com o Estado da Bahia, em 16.11.2011 (documento anexo nos autos). 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:

Diz que as importações realizadas entre agosto a dezembro de 2012 é que compõem o presente lançamento de ofício; nesse período (2011-2013), a indústria automobilística e comércio de automóveis vivia o seu melhor momento em décadas e o impugnante via no Estado da Bahia o lugar ideal para realizar a instalação da fábrica da JAC Motors no Brasil. Ao transferir as suas importações para o Estado da Bahia a partir de 2012, indiscutivelmente, gerou o incremento de empregos e renda para região.

O Governo da Bahia e o contribuinte impugnante firmaram o Termo de Compromisso nº 01/2013, em 24.07.2013, onde ambas as partes estabeleceram direitos e obrigações com o intuito da realização da fábrica de automóveis em Camaçari (documento anexo), documento que considera necessário para se compreender o caso, pois apresenta os direitos e as obrigações das partes. Ressaltando que o Estado da Bahia, realmente, concedeu os benefícios fiscais em relação ao ICMS, nas operações internas e interestaduais, vendeu a área para que se iniciasse a terraplanagem, demonstrando interesse real no investimento.

Afirma que o DESENBAHIA, no entanto, descumpru uma obrigação absolutamente essencial constante do referido Termo de Compromisso (Cláusulas Terceira e Sétima), abaixo descritas:

CLÁUSULA TERCEIRA - ORIGEM DOS RECURSOS

Serão utilizados, para o financiamento a ser contraído em virtude deste Termo de Compromisso, recursos do FUNDESE – Fundo de Desenvolvimento Social e Econômico, do qual a DESENBAHIA é gestora financeira, ficando entendido que as concessões de crédito só produzirão efeitos à proporção que os recursos forem colocados à disposição da DESENBAHIA. (...)

CLÁUSULA SÉTIMA – ATRIBUIÇÕES DA DESENBAHIA

São atribuições da DESENBAHIA:

- a) elaborar um contrato de financiamento com a SNS para viabilizar a construção do **COMPLEXO INDUSTRIAL JAC MOTORS** utilizando os recursos do FUNDESE, em valor não superior a R\$ 80.000.000,00 (oitenta milhões de reais).

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

Destaca que sempre deixou de forma clara que com a ausência do financiamento e com a piora do quadro econômico, a partir do segundo semestre de 2014, apenas um projeto reestruturado poderia permitir que a implantação seguisse adiante.

Diz que ficou surpreso com o Mandado de Intimação 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, mesmo sem ter o Governo cumprido com a sua obrigação de realizar o financiamento. Em 02.08.2016, apresentou as considerações, 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. Apresentou um projeto alternativo para a construção da fábrica.

Em 20.09.2016, recebeu uma nova notificação da Secretaria de Desenvolvimento (nº 02/2016 GASEC), para apresentar esclarecimentos sobre os esclarecimentos apresentados pelo DESENBAHIA, que objetivava a anulação do ato administrativo, formalizando os incentivos fiscais.

Apresentou manifestação em 10.11.2016, objetivando a necessidade de mudança do projeto original e requereu:

- (i) A adequação do termo de compromisso nº 01/2013 a atual realidade econômica brasileira, iniciando as tratativas em relação ao projeto de forma faseada, apresentado em 02.08.2016;
- (ii) A manutenção do enquadramento das empresas no PROAUTO;
- (iii) O agendamento de audiência para tratar dos temas aqui expostos.

Explica ainda que em 23.12.2016, recebeu o ofício nº 78/2016 do Sr. Secretário do Desenvolvimento informando acerca do cancelamento do Termo de Compromisso nº 01/2013, por força da rescisão unilateral do Governo da Bahia. Diante desse fato, apresentou em 04.01.2017, com fundamento no art. 54, da Lei Estadual nº 12.209/2011, recurso administrativo ao Secretário do Desenvolvimento da Bahia. Diz que, até o momento, não houve resposta do recurso.

Em 26.01.2017, por meio do ofício nº 08/2017, o Estado da Bahia formalizou o cancelamento dos benefícios fiscais concedidos nos termos do Termo de Compromisso nº 01/2013 e determinou o recolhimento do ICMS não recolhido no período de uso dos incentivos fiscais:

NOTIFICAÇÃO

O ESTADO DA BAHIA, por intermédio da SECRETARIA DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO – SDE, neste ato representado por seu Secretário JAQUES WAGNER, vem NOTIFICAR, a empresa SNS IMPORTADORA LTDA e JAC BRASIL AUTOMÓVEIS LTDA, já devidamente qualificadas no PROTOCOLO DE INTENÇÕES e do TERMO DE COMPROMISSO nº 001/2013, firmado em 28 de março de 2013 e 24 de julho de 2013, acerca do cancelamento da habilitação no Programa Especial de incentivo ao setor automotivo – PROAUTO, concedidas por meio das Resoluções do Conselho do Fundese nº 181/2012 e 197/2013.

Após deliberação do FUNDESE, foi publicada no Diário Oficial do Estado da Bahia, na data de 23 de dezembro de 2016, a resolução nº 217/2016, sobre o cancelamento da Habilitação ao PROAUTO das empresas SNS AUTOMÓVEIS LTDA e JAC MOTORS DO BRASIL.

Assim, ficam as empresas SNS AUTOMÓVEIS LTDA e JAC BRASIL AUTOMÓVEIS LTDA, NOTIFICADAS, nos termos dos arts. 167 a 169 da Lei Estadual nº 9.433 de 01 de março de 2005, acerca do CANCELAMENTO DOS BENEFÍCIOS FISCAIS, devendo no prazo de 60 (sessenta) dias corridos a partir do recebimento da presente notificação, devolver aos cofres públicos, os valores do ICMS dispensado, com os acréscimos moratórios previstos na legislação para o pagamento intempestivo dos tributos estaduais, nos termos da Cláusula Quinta do Termo de Compromisso, acrescido, após este prazo, da multa prevista no art. 42, inciso II, da Lei Estadual nº 7.014/1996.

Diz que o presente lançamento de ofício se baseou no cancelamento do Termo de Compromisso nº 01/2013, com base nas importações dos automóveis e equipamentos importados pelo Estado da Bahia e aplicou juros e a multa de 60%, nos termos da legislação do ICMS.

Argumenta que houve equívocos no cancelamento do aludido Termo de Compromisso.

Contextualiza que a Constituição permitiu o Estado atuar em diversas áreas, possibilitando a construção de um país mais rico e justo. Atuação que encontra fundamento de validade em diversas passagens da Constituição, em especial nos artigos 170 e 174.

Informa que o setor automobilístico sempre recebeu uma atenção importante do Estado da Bahia, por sua capacidade de movimentar a economia, gerar empregos e promover a inovação tecnológica. Discorre, nesse sentido, sobre o Programa PROAUTO, criado pela Lei nº 7537/99 e o Termo de Compromisso nº 1/2013.

Explica que ao firmar o protocolo de intenções com o Governo da Bahia em 16.11.2011, em sua Cláusula Quinta item V, resta claro que o financiamento era algo previsto como condição para realização do negócio. Destaca que naquele momento histórico, as condições de financiamento eram muitíssimo mais favoráveis do que as que se tem nos últimos dois anos (2015 e 2016). Em 2011, as realidades financeiras da Bahia e do Brasil, eram muito mais favoráveis e não havia no horizonte o cenário econômico que o Brasil convive nos últimos dois anos especialmente.

Critica a análise realizada pela instituição DESENBAHIA, uma vez que, apesar de o termo de compromisso, firmado em 24.07.2013, descrever que a produção de automóveis se iniciaria em até 36 meses, não seria possível iniciar tal produção diante de uma mudança de cenário econômico tão drástico e sem os financiamentos que ficaram bem mais caros e com garantias de impossível realização. Diz que buscou o Estado da Bahia com desejo de encontrar um Estado parceiro do empreendedor.

Ressalta que ao menos, a DESENBAHIA concorda com a piora do quadro econômico, ao declarar: *“na qualidade de instituição pública, tem o dever de zelar pela aplicação prudente e racional de seus recursos, não foi possível prosseguir com a contratação da operação com a JAC MOTORS*

BRASIL AUTOMÓVEIS S.A., ante a considerável possibilidade de não implantação do projeto e de inadimplência do financiamento” (fls. 12).

Lamenta a decisão de não se conceder o financiamento, objeto do Termo de Compromisso nº 1/2013 e da lavratura do presente lançamento de ofício, enquanto o seu recurso administrativo, apresentado em 04.01.2017, não for decidido pelo Sr. Secretário do Desenvolvimento do Estado da Bahia.

Quanto ao ICMS exigido, o fato gerador é o desembaraço aduaneiro, em relação às importações realizadas entre agosto e de dezembro de 2012. O auditor não reconheceu o recolhimento de qualquer crédito tributário. Argumenta que a correta análise do lançamento deve se basear na legislação do ICMS que envolve o PROAUTO 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 contrato (o Termo de Compromisso nº 01/2013):

Art. 1º Habilitar a filial da empresa SNS Automóveis LTDA., com inscrição no CNPJ nº 11.122.071/0005-07, ao Programa Especial de Incentivo ao Setor Automobilístico da Bahia - PROAUTO, instituído pela Lei nº 7.537, de 28 de outubro de 1999.

Art. 2º Aprovar o projeto de implantação no município de Camaçari do complexo industrial automotivo da empresa habilitada, considerado de relevante interesse para a economia do Estado.

Art. 3º Aprovar a concessão dos incentivos previstos na Lei nº 7.537, de 28 de outubro de 1999, no Decreto nº 7.731, de 29 de dezembro de 1999 e no Decreto nº 7.989, de 10 de julho de 2001.

Parágrafo Único: As condições para fruição dos benefícios mencionados no caput serão estabelecidas em contrato a ser celebrado entre a empresa habilitada e o Estado da Bahia.

Diz que a Lei 7537/99 que institui o PROAUTO se baseou em duas formas de incentivos: o (i) financeiro, por meio da concessão de financiamento (o que não ocorreu) e o (ii) tributário, assim prescrito na norma:

“Art. 12. O lançamento do ICMS incidente nas sucessivas operações internas e nas decorrentes de importação, com as mercadorias arroladas no § 1º, com destino final a estabelecimentos fabricantes de veículos automotores, beneficiários principais do PROAUTO, fica diferido para o momento das saídas dos produtos por eles promovidas.

§ 1º - O diferimento previsto neste artigo aplica-se às operações com: I - insumos em geral, destinados à fabricação de: a) veículos automotores; b) partes, peças e componentes automotivos; II - veículos automotores novos, partes, peças e componentes importados, destinados à revenda; III - partes, peças e componentes nacionais, destinados à revenda; IV - bens destinados ao ativo fixo, inclusive veículos automotores novos, das empresas beneficiárias. § 2º - O disposto nos incisos II e III deste artigo, aplica-se apenas às empresas beneficiárias principais do PROAUTO. § 3º - Consideram-se insumos, para os efeitos do inciso I, do § 1º, deste artigo, as matérias-primas, os produtos intermediários, materiais de embalagem, partes, peças, componentes, conjuntos e subconjuntos, acabados e semi-acabados, pneumáticos e acessórios. § 4º - Relativamente ao disposto no inciso IV, do § 1º, deste artigo, o lançamento do imposto fica diferido para o momento de sua desincorporação, ficando dispensado o pagamento se esta ocorrer após 1 (um) ano de uso dos bens. § 5º - O diferimento do lançamento do imposto aplica-se, também, às operações realizadas entre os fornecedores das empresas beneficiárias principais do PROAUTO, observadas as condições previstas no caput deste artigo.”

Sintetiza que o tratamento conferido pelo PROAUTO foi o de diferir o recolhimento do ICMS nas operações para saída interna nas operações de importação. O Decreto nº 7537/99 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 Termo de Compromisso nº 01/2013, firmado entre a Impugnante e o Estado da Bahia. O conjunto normativo do PROAUTO prescreve a obrigação dos contribuintes em recolher 2% do saldo devedor do ICMS em relação a cada mês de operação e não o ICMS devido na importação de mercadorias, que é objeto de diferimento.

Destaca que recolheu todo o ICMS devido no período do presente lançamento, atendendo ao que prescreve a legislação do PROAUTO e ao Termo de Compromisso nº 01/2013, conforme consta do seu Livro Registro de Apuração do ICMS – RAICMS. Anexa aos autos a competência 12/2012.

Diz que a autoridade fiscal acabou por realizar o lançamento de ofício com base na falta de recolhimento do ICMS na importação de mercadorias e não no recolhimento a menor do ICMS em relação ao saldo devedor em cada mês de apuração, além de ignorar os recolhimentos do ICMS relacionados aos saldos devedores entre as competências agosto a dezembro de 2012.

Aduz que foi realizado lançamento de ofício em desacordo com as normas que prescrevem a situação concreta; deixou de deduzir os valores recolhidos tempestivamente. Ocorreu *erro de direito, aplicou normas equivocadas* e acabou por estabelecer como base de cálculo com valores igualmente equivocados, o que impede que o lançamento de ofício possa prosperar.

Assevera que, na época dos fatos geradores, estava inserida no PROAUTO e cumpriu todas as formalidades e realizou os pagamentos do ICMS relacionados às operações a que estava obrigada. Pondera que, ainda que se admita que o Estado da Bahia tenha acertado ao excluí-la do PROAUTO, o ICMS devido seria aquele relacionado ao saldo devedor (art. 1º do Decreto nº 7537/99) e não nas importações das mercadorias (art. 332, inciso IV, do Decreto nº 13.780/2012). Em outras palavras, a base de cálculo utilizada está equivocada, pois não representa o critério material que pode ser utilizado. Pede a improcedência do lançamento ou sua nulidade, nos termos do art. 18 do Decreto nº 7629/99.

Requer Perícia fiscal para: 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 desembaraço aduaneiro das mercadorias importadas? 3) É possível chegar o valor correto do ICMS supostamente devido, tendo por base os critérios utilizado pelo auditor fiscal? Nomeia assistente técnico.

Reitera que o lançamento de ofício apresenta inconsistências e não pode ser mantido por esse Egrégio Conselho. Requer a nulidade ou improcedência do Auto de Infração, em função da 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.

Reitera ainda a existência de *erro de direito*, uma vez que aplicou as normas previstas nos artigos 4º, inciso IX da Lei nº 7.014/96, ao cobrar e calcular o ICMS incidente sobre a importação dos automóveis.

Protesta pela produção e posterior juntada de toda e qualquer prova em direito admitida.

Os Auditores Fiscais prestam Informação Fiscal (fls. 440/446), aduzindo que o Auto de Infração foi lavrado para exigir ICMS no montante de R\$20.988.464,60, além da multa correspondente decorrentes da falta de recolhimento do ICMS Importação no desembaraço aduaneiro de veículos automotores JAC Motors. Explicam que o Crédito Tributário decorre do cancelamento da Resolução FUNDESE nº 181/2012, que concedeu à Autuada o benefício fiscal na importação e nas saídas de veículos da montadora JAC MOTORS, na forma prevista pelo Programa Especial de Incentivo ao Setor Automobilístico da Bahia – PROAUTO, instituído pela Lei nº 7.537/1999.

Articulam e sintetizam as razões defensivas; ressaltam que desde o início das suas atividades até a presente data, o autuado somente importou e comercializou os referidos veículos. Ao desembaraçar, armazenava em operadoras de transportes e logísticas enquanto realizava suas operações do

escritório, situado na sala 108, do edifício Parente Center, na Av. Getúlio Vargas, nº 274, no município de Camaçari, neste Estado. Carece, portanto, de certeza a alegação de que “indiscutivelmente gerou o incremento de empregos e renda para a região”.

Informam que no ano de 2012 as aquisições de mercadorias e serviços no Estado da Bahia, declarados na DMA e em seus livros fiscais, montam em R\$162,87 (comunicações), R\$1.965,00 (ativo imobilizado) e R\$45.199,66 (mercadorias destinadas a uso e consumo), ante um faturamento de R\$13.363.002,02 para o Estado da Bahia, e de R\$155.563.883,96, para outras unidades da Federação. As aquisições de bens destinados ao ativo imobilizado, oriundas de outras unidades da Federação, totalizaram R\$17.096,60 e mercadorias destinadas a uso e consumo R\$105.599,51.

Assinalam que gerou mais empregos e renda para outros Estados do que propriamente para a Bahia.

Observam que o entendimento da autuada é de que o cancelamento do benefício fiscal concedido através da Resolução FUNDESE 181/2012, previstos na Lei nº 7.537/99, se refere ao Crédito Presumido de 98% e não ao ICMS Importação exigido no presente auto de infração. Explicam que houve descumprimento do benefício previsto no Inciso II, do § 1º, do Artigo 12, da Lei nº 7.537/1999. Transcreve o art. 12:

“Art. 12 - O lançamento do ICMS incidente nas sucessivas operações internas e nas decorrentes de importação, com as mercadorias arroladas no § 1º, com destino final a estabelecimentos fabricantes de veículos automotores, beneficiários principais do PROAUTO, fica diferido para o momento das saídas dos produtos por eles promovidas.

§ 1º - O diferimento previsto neste artigo aplica-se às operações com:

I - insumos em geral, destinados à fabricação de:

a) veículos automotores;

b) partes, peças e componentes automotivos.

II - veículos automotores novos, partes, peças e componentes importados, destinados à revenda;

III - partes, peças e componentes nacionais, destinados à revenda;

IV - bens destinados ao ativo fixo, inclusive veículos automotores novos, das empresas beneficiárias.

§2º - O disposto nos incisos II e III deste artigo aplica-se apenas às empresas beneficiárias principais do PROAUTO.

§3º - Consideram-se insumos, para os efeitos do inciso I, do §1º, deste artigo, as matérias-primas, os produtos intermediários, materiais de embalagem, partes, peças, componentes, conjuntos e subconjuntos, acabados e semi-acabados, pneumáticos e acessórios.

§4º - Relativamente ao disposto no inciso IV, do §1º, deste artigo, o lançamento do imposto fica diferido para o momento de sua desincorporação, ficando dispensado o pagamento se esta ocorrer após 1 (um) ano de uso dos bens.

§5º - O diferimento do lançamento do imposto aplica-se, também, às operações realizadas entre os fornecedores das empresas beneficiárias principais do PROAUTO, observadas as condições previstas no caput deste artigo.

[...]”

Explicam que o citado benefício, previsto no Inciso II, do §1º, do Artigo 12, da Lei nº 7.537/1999 trata exatamente do erro cometido pelo autuado. Ou seja, beneficiou-se do diferimento do ICMS Importação, que respaldou a Resolução FUNDESE nº 181/2012, cancelada em 23/12/2016 através Resolução FUNDESE nº 217/2016, com efeitos “EX-TUNC”. Não há falar em nulidade, conforme consignado pelo contribuinte, nos termos do art. 18, Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF.

No mérito, informam que o entendimento do autuado é que o ICMS devido nas operações é o Crédito Presumido apurado sobre o saldo devedor mensal das operações de saídas de veículos, no percentual de 98%, e não o ICMS Importação no desembaraço dos veículos automotores, diferido para o momento da saída (Inciso II, do §1º, do Artigo 12, da Lei nº 7.537/1999).

Aduzem que o texto inserido pelo Autuado, às fls. 323, como sendo o Art. 1º e seis Incisos I e II, não pertencem ao “Decreto” nº 7537/99 e sim ao Decreto nº 7731/1999. Completam que o cancelamento do benefício ocorreu com base da Lei nº 7537 e o Crédito Presumido de 98% previsto no Decreto nº 7731/1999; que a Resolução FUNDESE nº 217/2016 cancelou a Resolução FUNDESE nº 181/2012, com efeitos ex-tunc.

Tanto o benefício do diferimento do ICMS Importação quanto o Crédito Presumido, estão concedidos no art. 3º da Resolução FUNDESE nº 181/2012 (fls. 287). Somente não foi exigido o ICMS correspondente ao Crédito Presumido de 98% nas saídas, devido ao fato de ter sido concedido o crédito fiscal do ICMS Importação exigido na ação fiscal. Ou seja, ter sido apurado através de conta gráfica (conta-corrente).

Explicam que, ao final de cada mês resultou saldo credor na apuração do ICMS. Obviamente, não cabe exigir concomitantemente o ICMS Importação no desembaraço aduaneiro e, também, o Crédito Presumido de 98% nas saídas do período agosto/dezembro-12:

Destaca a existência de saldos credores no período autuado.

Num segundo momento, alega o autuado que os fiscais ignoraram os recolhimentos que fez. Respondem que o contribuinte não fez qualquer pagamento do ICMS-importação no período autuado. Exibem extrato de pagamento:

Confirmam que os pagamentos se referem, exclusivamente, ao ICMS Substituição Tributária e ICMS Regime Normal, que não podem ser compensados com o ICMS Importação apurado na ação fiscal. Completam que o ICMS Normal não foi exigido, em função do cancelamento do Crédito Presumido de 98% dado ao fato de que, refeita a conta corrente fiscal da Autuada, considerando como crédito fiscal o valor exigido no auto de infração, a título de ICMS Importação, esta apurou saldo credor.

Opinam sobre a desnecessidade da perícia fiscal solicitada. Apresentam respostas para cada quesito constante no pedido do impugnante.

- Sobre a sujeição ao recolhimento do ICMS, nos termos da legislação do PROAUTO, no período autuado, dizem que a Resolução FUNDESE nº 181/2012 concedeu diferimento do ICMS Importação (Inciso II, do §1º, do artigo 12, da Lei nº 7.537/1999), assim como o Crédito Presumido de 98% (Inciso I, do artigo 1º, do Decreto nº 7731/1999), no seu Artigo 3º. A aludida Resolução FUNDESE nº 181/2012 foi cancelada em 23/12/2016, através da Resolução FUNDESE nº 2017/2016 (fls. 286), com alusão em seu parágrafo único:

“Parágrafo único. O cancelamento da habilitação implicará nas consequências previstas na Cláusula 11.3 do Termo de Compromisso firmado em 24 de julho de 2013, sem prejuízo de eventuais medidas administrativas e judiciais cabíveis à espécie.”

Conclui que o autuado, notificado devidamente, descumpriu o acordo (fls. 177/178 e 191 a 271).

- Sobre o questionamento de que o ICMS deveria ser recolhido com base no saldo devedor mensal e não no momento do desembaraço aduaneiro das mercadorias importadas. Explicam que o cancelamento da Resolução nº 181/2012, através da Resolução nº 217/2016, com efeitos ex-tunc, na forma da Cláusula Décima Primeira do Termo de Compromisso firmado em 24/07/13, serve como resposta.

- Sobre o valor exigido, explicam que tanto os valores apurados e demonstrados (fls. 11/13), assim como as notas fiscais relacionadas no demonstrativo (fls. 15/73), com suas respectivas cópias anexadas (fls. 75/138) não foram objeto de questionamento. Não foram apontados quaisquer valores diferentes dos constantes no presente Auto de Infração.

Concluem que não se discute a boa-fé do autuado mas tão somente o ICMS importação não recolhido. O autuado não provou as alegadas “*inconsistências*” no lançamento; descabida a ilegalidade da Notificação 08/2017 pela falta de manifestação administrativa do Sr. Secretário da SDE, uma vez que o cancelamento da habilitação ao Programa de Incentivo à Inovação Tecnológica e Adensamento da Cadeia Produtiva de Veículos Automotores – INOVAR-AUTO, ocorreu através da Portaria Nº 153, de 30/05/2016, do MDIC, publicada do DOU de 31/05/2016 (fl. 297).

Quanto à natureza do crédito tributário exigido, se reportam ao artigo terceiro da Resolução 181/03, Resolução 217/16, além da cláusula décima primeira do Termo de Compromisso firmado pelo contribuinte autuado, com o Estado da Bahia.

Requerem a Procedência do Auto de Infração.

É o relatório.

VOTO

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 defendente, 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, argumentado 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 desembaraço 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 diferimento 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.

Observe 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.

É como voto.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **279757.0013/17-6**, lavrado contra **SNS AUTOMÓVEIS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$20.988.464,60**, acrescido da multa de 60% prevista na alínea “f” do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de março de 2018.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS - PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO CONCEICAO - RELATOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ – JULGADOR