

A. I. Nº - 279757.0006/18-8
AUTUADO - JAC BRASIL AUTOMÓVEIS LTDA
AUTUANTES - RICARDO MARACAJÁ PEREIRA e AGILBERTO MARVILA FERREIRA
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 18/07/2018

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0091-03/18

EMENTA: 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, exsurgindo, no caso de desvio de recursos, a pretensão estatal à restituição da exigência dos recursos incentivados. Restou demonstrado na ação fiscal que os veículos os, 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 22/01/2018, exige crédito tributário no valor de R\$10.738.335,19, acrescido da multa de 60% em decorrência da falta de recolhimento do ICMS devido pelas importações tributáveis realizadas pelo estabelecimento, nos meses de janeiro a agosto de 2014 - Infração **12.02.01**. Demonstrativos às fls. 07 a 09.

Consta ainda que se refere “às importações desembaraçadas por Cotia Vitória Serviços e Comércio S/A. CNPJ nº 01.826.229/0011-14 e I. Estadual nº 113.889028, estabelecida na Rua Miguel Calmon, 15 sala 301, Ed Sintral, Comércio, Salvador-BA, sob o amparo do Regime Especial Parecer GETRI/DITRI nº 32221/2013 e nº 32050/2014, de veículos acabados, destinados a 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 impugna o lançamento, fls. 339 a 364, alinhando os argumentos que se seguem.

Inicialmente discorre sobre o benefício do Proauto, observa que primeira formalização dessa intenção ocorreu em 16/11/2011, quando foi firmado o Protocolo de intenções com o Governo do Bahia, conforme documento que anexa aos autos. Continua frisando que, com a assinatura do protocolo de intenções, 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.

Menciona que as importações realizadas entre janeiro e agosto de 2014 são as que compõem o lançamento de ofício, ora impugnado. Tais importações foram desembaraçadas por Cotia Vitória Serviços e Comercio S/A, CNPJ nº 01.826.229/0011-14, sob o amparo do Regime Especial concedido pelo Estado da Bahia.

Ressalta que entre 2011 e 2013, a indústria automobilística e comércio de automóveis vivia o seu melhor momento em décadas e via no Estado da Bahia o lugar ideal para realizar a instalação da fábrica da JAC Motors no Brasil.

Afirma que ao transferir as suas importações para o Estado da Bahia a partir de 2012, indiscutivelmente gerou o incremento de empregos e renda para região.

Observa em 2013 firmou com o Governo da Bahia 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 cujos documentos anexa aos autos, frisando ser absolutamente necessário para se compreender o caso aqui debatido, pois apresenta seus direitos e as obrigações e do Estado da Bahia.

Ressalta que o Estado da Bahia, realmente, concedeu os benefícios fiscais em relação ao ICMS, nas operações internas e interestaduais, vendeu a área para que iniciasse a terraplanagem e demonstrou interesse real no investimento.

Registra que uma obrigação absolutamente essencial constante do referido Termo de Compromisso não foi atendido pelo DESENBAHIA, que são as previsões contidas nas Cláusulas Terceira e Sétima.

Informa que esse financiamento nunca saiu do papel, apesar de todo seu esforço em demonstrar ao Governo da Bahia e ao próprio DESENBAHIA que o investimento, da forma que foi estruturado, não seria possível sem tais recursos, tratado no Termo de Compromisso, que foi, inclusive, objeto de aprovação pelo Fundese em 05/09/2014.

Esclarece que, apesar dos investimentos realizados no empreendimento (sem falar dos projetos dos carros) que ultrapassaram os R\$18.000.000,00 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. Acrescenta assinalando que a produção industrial e a venda de automóveis sofreram fortíssima retração. Ilustra a situação, carreando aos autos cópia a de reportagem da época do jornal O Estado de São Paulo sobre o tema.

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 para sua surpresa tomou conhecimento do 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 à fábrica que fora originalmente acordada, mesmo sem ter o Governo cumprido com a sua obrigação de

realizar o financiamento. Prossegue frisando que, 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, mas mesmo assim apresentou um projeto alternativo para a construção da fábrica.

Continua assinalando que em 20/09/2016, recebeu uma nova notificação da Secretaria de Desenvolvimento (nº 02/2016 GASEC), para apresentar as suas ponderações (defesa) sobre os esclarecimentos apresentados pelo Desenbahia, que objetivava a anulação do ato administrativo que formalizou os incentivos fiscais.

Registra que em 10/11/2016 apresentou sua manifestação onde se manifestou no sentido da 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 e; *iii*) o agendamento de audiência para tratar dos temas aqui expostos.

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. Continua explicando que 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. Registra que até o momento, não recebeu resposta alguma. Arremata mencionado que, mesmo assim, em 26/01/2017, por meio do ofício nº 08/2017 formalizou o cancelamento dos benefícios fiscais concedidos por meio do Termo de Compromisso nº 01/2013 e determinou o recolhimento do ICMS não recolhido no período de uso dos incentivos fiscais.

Em síntese, afirma terem sido esses os elementos fáticos que motivaram o lançamento de ofício. Registra que o presente Auto de Infração o ICMS com base nas importações dos automóveis e equipamentos importados pelo Estado da Bahia, por meio de empresa comercial exportadora, aplicou os juros e a multa de 60%, nos termos da legislação do ICMS.

Depois de discorrer acerca do desdobramento que resultou no cancelamento de seu benefício no Proauto afirma que o presente lançamento não poderia ter sido lavrado enquanto o recurso administrativo, que interpôs em 04/01/2017, não seja decidido pelo Sr. Secretário do Desenvolvimento do Estado da Bahia.

Esclarece que o ICMS exigido no presente lançamento de ofício é o devido quando da importação das mercadorias (automóveis) no período entre janeiro e agosto de 2014, por meio da empresa Cotia. Observa que o Autuante buscou fundamento de validade do lançamento na Lei nº 7014/96 e no Dec. 13.780/2012.

Diz restar evidente que, sob a perspectiva formal do lançamento, o que se exige é o recolhimento do ICMS que tem como fato gerador o desembaraço aduaneiro, em relação às importações realizadas entre janeiro e agosto de 2014, por meio da empresa Cotia. Observa que os Autuantes, igualmente, não reconheceram o recolhimento de qualquer crédito tributário no período autuado.

Assevera que para a correta análise do lançamento, deve-se basear na legislação do ICMS que envolve o Proauto e especialmente qual foi o benefício fiscal concedido pelo Estado da Bahia.

O documento que formalizou o direito da Impugnante em se utilizar dos benefícios do Proauto foi a Resolução nº 182/2012 do Fundese, que por sua vez faz menção ao contrato (o Termo de Compromisso nº 01/2013).

Observa que a Lei 7537/99, instituidora do 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 e seu art. 12.

Declara que o tratamento conferido pelo Proauto, como lei ordinária foi o de diferir o recolhimento do ICMS para as saídas interna e interestadual e não no momento da importação (desembaraço aduaneiro). Acrescenta que o papel de definir quais seriam os percentuais de

incentivos fiscais coube ao Dec. 7731/99. Explica que foi exatamente o crédito presumido de 98% do saldo devedor, previsto nessa norma, que consta do Termo de Compromisso nº 01/2013, firmado com o Estado da Bahia. Diz restar evidente que o conjunto normativo que versa sobre o 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.

Pondera ser regra de teoria geral de direito que a norma específica se aplica no lugar da norma geral. Registra também ser comum que mais de uma norma jurídica possa incidir sobre o mesmo conjunto fático, mas pela regra acima prescrita, havendo uma norma que trate o caso de maneira restrita, essa deve ser aplicada no lugar da norma geral. Afirma ser tal premissa amplamente aplicada pela jurisprudência pátria.

Registra que no caso concreto, existem duas normas em tese aplicáveis, (i) a Lei Estadual nº 7.014/96 (norma geral do ICMS) e a Lei nº 7537/99 (Lei que regulamenta o Proauto). Aduz que diante do fato, inequívoco, de que estava submetido às regras do Proauto, tinha a obrigação de recolher o ICMS deferido para a saída, inclusive, no caso das mercadorias importadas e não simplesmente o ICMS incidente nas importações.

Destaca que buscou recolher 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. Frisa que a documentação referente ao período objeto do lançamento encontra-se anexa.

Friza restar evidente que o lançamento de ofício, apesar de fazer menção ao plexo normativo que trata do Proauto, bem como as normas individuais a ele relacionadas (Resolução FUNDESE nº 181/2012 e o Termo de Compromisso nº 01/2013) acabou por realizar o lançamento de ofício com base na falta de recolhimento do ICMS na importação de mercadorias e não no recolhimento a menos do ICMS em relação ao saldo devedor em cada mês de apuração. Além do mais, acrescenta que a fiscalização acabou por ignorar os recolhimentos do ICMS realizados.

Assevera que os Autuantes não cometem mero equívoco sanável no julgamento, mas, em verdade, realizou o lançamento de ofício em desacordo com as normas que prescrevem a situação concreta. Sustenta que não se pode cobrar o ICMS incidente na importação de mercadorias, quando a hipótese é o recolhimento do saldo credor do ICMS em cada competência.

Acrescenta ainda que, mesmo se a autoridade administrativa tivesse se baseado corretamente na legislação do Proauto e nos compromissos firmados com o Estado da Bahia - o que não é absolutamente o caso - deixou de deduzir os valores recolhidos.

Diz que outro elemento que vai ao encontro do aqui defendido é o que consta da própria Resolução nº 217/2016, que lhe excluiu do Proauto e prescreveu claramente qual a obrigação tributária a recolher, qual seja, a contida na Cláusula Quinta do Termo de Compromisso. Assim, assinala que, juridicamente não há como afastar que o lançamento de ofício foi de encontro ao que determinou a Resolução nº 217/2016, que lhe excluiu do Proauto e determinou o recolhimento da diferença do ICMS deferido e não o ICMS incidente na importação de mercadoria.

Afirma que se está diante de um típico *erro de direito*, uma vez que a autoridade administrativa aplicou normas jurídicas equivocadas para o caso concreto, quais sejam, o art. 4º, inciso IX, da Lei nº 7014/96 e o art. 332, inciso IV, do Dec. 13.780/2012, ao utilizar a hipótese normativa equivocada, acabou por estabelecer como bases de cálculo valores igualmente equivocados, o que impede que o lançamento de ofício possa prosperar.

Explica que não se está aqui a se exigir um apego exagerado a forma ou uma precisão absoluta nos cálculos. Assevera que a autoridade administrativa autuou sem levar em conta os termos da legislação do Proauto, apesar de fazer menção expressa a tais normas na descrição dos fatos, e especialmente o que consta do Termo de Compromisso nº 1/2013 e a Resolução nº 217/20016, que

determinaram, com base em lei, o recolhimento do ICMS deferido, inclusive nos casos de importação.

Lembra que se a ninguém é dado desconhecer o Direito, com muito mais força este axioma vale para os integrantes do Estado. Diz não ser por outra razão que referida hipótese (*erro de direito*) não foi contemplada, pelo legislador complementar, em continuação à Constituição Federal de 1988, como causa de revisão de lançamento, no bojo do art. 149 do CTN, cujo teor, transcreve

Registra que inexistindo omissão de declaração, falsidade, erro de fato, inexatidão, dolo, fraude ou simulação, resta a Administração Fazendária tolhida em seu poder de proceder à revisão de lançamentos. Nesse sentido invoca os ensimentos de Andre Parmo Folloni e Mayara Hannemann. Alerta ainda que eventual erro de direito não autoriza a revisão de autolançamentos, como bem alerta José Souto Maior Borges.

Pondera que no mesmo sentido, a posição firme do Superior Tribunal de Justiça, como se infere, ilustrativamente, a partir das ementas que traz a colação.

Assinala 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 mesmo se admitido que o Estado da Bahia tenha acertado ao excluí-la do Proauto, o ICMS devido seria aquele relacionado ao saldo devedor (art. 1º do Dec. 7537/99) e não nas importações das mercadorias (art. 332, inciso IV, do Dec. 13.780/12). Assevera que a base de cálculo utilizada está equivocada, pois não representa o critério material que poderia ser utilizado no lançamento.

Diz não haver como deixar de apontar, portanto, a improcedência do lançamento ou, ao menos, apontar a sua nulidade, nos termos do art. 18, do RPAF-BA/99.

Assevera que de fato, não se está diante de mera incorreção ou omissão, mas da aplicação equivocada de normas em relação aos fatos geradores ocorridos, sem contar que se desconsiderou os recolhimentos efetuados. Destaca que a relevância do vício encontrado é tão evidente que não há outra decisão a ser tomada, a não ser anular o lançamento de ofício, como explica José Souto Maior Borges em trecho de ensinamentos do jurista pátrio.

Pugna pela decretação da nulidade do lançamento pelas razões acima expostas, caso se não entenda pela mera improcedência.

Requer a realização de Perícia, elencando os quesitos a serem respondido às fls. 362 e 363, e nomeia como seu assistente técnico o Sr. Ricardo Cesar Zolesi, CRC/SP nº 195889/O-2.

Afirma entender ter demonstrado que sempre agiu com absoluta boa-fé no intuito de montar a fábrica da JAC Motors em Camaçari. Todavia, ao não receber os recursos por parte do Desenbahia e por força da expressiva piora no mercado de automóveis entre os anos de 2014 a 2016 não conseguiu levar adiante o projeto original, tão pouco recebeu o apoio do Governo da Bahia para a mudança do projeto.

Prosegue aduzindo que o lançamento de ofício apresenta inconsistências que não podem ser mantidas por esse Conselho.

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

Diante do exposto, requer a improcedência ou ao menos a nulidade do Auto de Infração:

(i) 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 (Resolução nº 217/2016) e que ainda não foi objeto de manifestação do Sr. Secretário de Desenvolvimento do Estado da Bahia;

(ii) por *erro de direito*, uma vez que aplicou as normas previstas no art. 4º, inciso IX, da Lei 7.014/96, ao cobrar e calcular o ICMS incidente sobre a importação dos automóveis - desembaraçadas pela Cotia -, hipótese estranha ao caso concreto, pois o ICMS deveria ser

recolhido com base no saldo devedor mensal, nos termos do art. 12, §1º, da Lei 7537/99 (Proauto) c/c a Cláusula Quinta do Termo de Compromisso nº 01/2013 e a Resolução nº 217/2016, o que torna o lançamento inconsistente, devendo ser aplicado à previsão contida no art. 18, inciso IV, alínea “a”, do RPAF-BA/99, não sendo possível a aplicação do §1º, do mesmo artigo, por ser impossível calcular o crédito tributário.

A equipe de Autuantes presta informação fiscal fls. 489 a 495. Depois de sintetizar os argumentos da Defesa, apresenta suas ponderações a seguir resumidas.

Inicialmente destaca que Auto de Infração lavrado em 22/01/2018, exige ICMS no montante de R\$10.738.335,19, mais acréscimos moratórios e multa decorrentes da falta de recolhimento do ICMS Importação no desembarque aduaneiro de veículos automotores pela JAC Motors.

Observa que o Crédito Tributário decorre do cancelamento da Resolução Fundese nº 181/2012, que concedeu ao Autuado benefício fiscal na importação e 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 7.537/99.

Assinala que o Autuado faz breve referência às suas atividades como que se dedica à “importação, comercialização e industrialização de automóveis da marca chinesa JAC MOTORS no Brasil”, fls. 340.

Contextualiza que as importações realizadas entre janeiro e agosto de 2014 são as que compõem o lançamento e que tais operações foram desembaraçadas pela empresa, Cotia Vitória Serviços e Comércio S/A, sob amparo de Regime Especial.

Embora declare que “indiscutivelmente gerou o incremento de empregos e renda para a região”, fls. 342, carece de certeza e dados sua alegação, porquanto, suas instalações nunca passaram de um “escritório administrativo”.

Afirma que o entendimento do Autuado, ao tratar da arguição de nulidade do lançamento, é de que a cancelamento do benefício fiscal concedido através da Resolução Fundese nº 181/2012, previstos na Lei nº 7.537/99, refere-se ao Crédito Presumido de 98% e não ao ICMS Importação exigido no presente auto de infração. Assim, recorre ao disposto no art. 18, inciso VI, alínea “a”, do RPAF-BA/99, fls. 361 a 362.

Reproduz o teor dos §1º, §2º, §3º, §4º e §5º, do art. 12, da Lei nº 7.537/99.

Observa que o benefício previsto no inciso II, do §1º, do art. 12, da Lei nº 7.537/1999 trata exatamente da transgressão cometida pelo Autuado. Ou seja, beneficiou-se do deferimento do ICMS Importação previsto no citado dispositivo legal, que respaldou a Resolução Fundese nº 181/2012, cancelada 23/12/2016 através Resolução Fundese nº 217/2016, com efeitos *ex-tunc*. Arremata frisan que em momento algum se vê a ação fiscal capitulada em qualquer dispositivo previsto no art. 18, do RPAF-BA/99.

Afirma a questão de mérito abordada pelo Autuado se dá em quatro pontos, conforme segue: Primeiro, remete ao cancelamento do Termo de Compromisso nº 01/2013 e suas consequências o motivo da falta de recolhimento do ICMS Importação exigido na ação fiscal, fls. 347 a 351.

Afirma entender não ser da competência dessa Instância Administrativa a atribuição para análise de tal matéria. Observa que o fato concreto é que ocorreu a cassação do benefício e o Autuado foi regulamente notificado para que recolhesse o ICMS devido.

Segundo, alega que não foi reconhecido pelos Autuantes nenhum “recolhimento de qualquer crédito tributário no período autuado”. De fato, como bem destacou o Autuado às fls. 508 e 509 ao se referenciar ao art. 4º, inciso IX, da Lei nº 7.014/96 e art. 332, do RICMS-BA/12, especificamente, não foi considerado qualquer recolhimento referente às importações objeto do crédito tributário reclamado uma vez que esses não existiram e não existem até a presente data, conforme planilha que acosta à fl. 492.

O Autuado não recolheu qualquer valor a título de ICMS Importação no desembaraço aduaneiro das referidas mercadorias relacionadas no demonstrativo, fls. 13 a 24, conforme prescreve o citado art. 332 do Dec. nº 13.780/12, o RICMS.

O imposto apurado e porventura recolhido, conforme documentos anexados das fls. 432 a 486, não se referem às importações desembaraçadas e sim às suas operações normais, inclusive com utilização do Crédito Presumido Probahia nº 17/2013, fls. 321, de 98% (noventa e oito por cento).

Terceiro, o Autuado tenta desvincular o benefício do diferimento do ICMS Importação, concedido via Resolução Fundese/Proauto nº 181/2012, fls. 319, face ao Instituto do Proauto (Lei nº 7.537/99), da cassação dos benefícios obtidos através da Resolução Probahia Nº 17/2013 (479). Nada a ver. Basta a leitura do texto desta última, revogada através da Resolução Probahia Nº 13/2017, fls. 322, em função da cassação do Termo de Compromisso nº 01/2013.

Quarto, a proposição de fls. 354/355 não afigura no presente caso. Isto porque, uma vez cassados os incentivos fiscais do diferimento do ICMS nas Importações assim como o Credito Presumido nas saídas, foi adotada a apuração do imposto através do conta corrente fiscal (débito x crédito), e considerando-se o crédito fiscal ICMS Importação na apuração (como se recolhido fosse).

A bem da verdade, o Autuado teve cancelado tanto o benefício do diferimento previsto na Lei nº 7537 quanto ao Crédito Presumido de 98% previsto no Dec. 7731/1999. 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. 317.

No entanto, não foi exigido ICMS Normal em função do cancelamento do Crédito Presumido de 98%, dado ao fato de que, refeito conta corrente fiscal do Autuado, considerando como crédito fiscal o valor exigido no Auto de Infração, a título de ICMS Importação, restou apurado saldo credor.

No tocante aos questionamentos levantados pelo Autuado no seu pedido de perícia, assevera serem desnecessários, uma vez que todos os esclarecimentos e provas encontram-se nos autos:

(i) estava submetida ao recolhimento do ICMS nos termos da legislação do Proauto, no período autuado?

A Resolução Fundese nº 181/2012 concedeu ao Autuado, fls. 319, o diferimento do ICMS Importação - inciso II, do §1º, do art. 12, da Lei nº 7.537/1999, assim como o Crédito Presumido de 98% (inciso I, do art. 1º, do Dec. nº 7731/99, em seu art. 3º).

Porém, explica que a Resolução Fundese nº 181/2012 foi cancelada em 23/12/2016, através da Resolução Fundese nº 217/2016, fls. 323, 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”.

Afirma que às folhas 207 e 208, (Cláusula Décima Primeira) resta comprovado que o Autuado, uma vez regularmente notificado, como de fato ocorreu, fls. 222 a 226, não cumpriu o que firmou.

(ii) O ICMS deveria ser recolhido com base no saldo devedor mensal e não no momento do desembaraço aduaneiro das mercadorias importadas ?

As resposta ao quesito (i) também atendem ao quesito (ii). Tudo se reporta ao cancelamento da Resolução Fundese nº 181/2012, através da Resolução Fundese nº 217/2016, com efeitos *ex-tunc*, na forma da Cláusula Décima Primeira do Termo de Compromisso firmado em 24/07/2013.

(iii) É possível chegar o valor correto do ICMS supostamente devido, tendo por base os critérios utilizados pelo auditor fiscal?

Notório que sim. Tanto é que os valores apurados e demonstrados, fls. 07 a 09, assim como as Notas Fiscais relacionadas no demonstrativo de fls. 17 a 168, não foram objeto de questionamento.

Não há nos autos, apontados pelo Autuado, valores diferentes dos levantamentos na ação fiscal. Não temos confronto de valores. Inclusive, toda a base de cálculo foi declarada pelo Autuado através das Notas Fiscais de importação, fls. 17 a 168. Nada diferente ou que não seja do seu pleno conhecimento.

Assinala que não se discute nos autos a boa-fé do Autuado, mas, tão-somente, o ICMS Importação não recolhido após os procedimentos adotados pelo Estado da Bahia pelo descumprimento das cláusulas do Termo de Compromisso firmado entre as partes.

Destaca que o Autuado alega “inconsistências” no lançamento, entretanto, não apontou uma sequer ao longo da sua peça defensiva.

Sustenta que, pugnar pela ilegalidade da Notificação nº 08/2017, à vista do recurso administrativo à decisão que havia cancelado o benefício fiscal e que ainda não foi objeto de manifestação do Sr. Secretário da SDE é descabida uma vez que o Autuado teve seu cancelamento da habilitação ao Programa de Incentivo à Inovação Tecnológica e Adensamento da Cadeia Produtiva de Veículos Automotores - INOVAR - AUTO, através da Portaria nº 153, de 30/05/2016, do MDIC, publicada do DOU de 31/05/2016, fls. 327.

Quanto à natureza do Crédito Tributário exigido, reafirma, mais uma vez, o quanto preconizado no art. 3º, da Resolução Fundese nº 181/2013, na Resolução Fundese nº 217/2016 e na Cláusula Décima Primeira do Termo de Compromisso firmado pelo Autuado com o Estado da Bahia.

Conclui pugnando pela procedência da ação fiscal.

VOTO

De inicio cabe enfrentar as preliminares de nulidade suscitadas pelo sujeito passivo, primeiro, sob a alegação de que o Auto de Infração teria sido lavrado em desacordo com as normas que prescrevem a situação concreta, ocorrendo *erro de direito*, nos termos do art. 18, do RPAF-BA/99. Segundo, sob o argumento de ilegalidade da Notificação nº 08/2017.

Ao compulsar os autos, verifico, no que diz respeito aos aspectos formais do lançamento, que o presente Auto de Infração foi lavrado de acordo com o que dispõem o art. 39, do RPAF-BA/99 e o art. 142, do Código Tributário Nacional - CTN. Por isso, e inexistindo qualquer violação aos princípios constitucionais que regem o procedimento e processo administrativo fiscal, em especial, os da legalidade, da ampla defesa, e do contraditório, se configura plenamente apto a produzir seus efeitos jurídicos e legais.

Constato também que não ocorreria qualquer erro de direito, uma vez que restou clara a natureza tributária da exigência, os dispositivos dados como infringidos, e o Impugnante apresentou suas razões de defesa de sem qualquer óbice, demonstrando assim sua total apreensão e entendimento dos fatos objeto da acusação fiscal, bem como desenvolveu e articulou os argumentos que entendeu consentâneos.

Do mesmo modo, verifico restar patente nos autos a inexistência de motivação de 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 manifestação refutando a decisão, nela contida, de cancelamento do benefício fiscal a que tinha direito.

Assim, entendo não restar configurado nos autos, qualquer dos pressupostos de nulidades elencados no art. 18, do RPAF-BA/99.

No que diz respeito à solicitação de Perícia fiscal para esclarecer fatos ocorridos no Processo Administrativo Fiscal - PAF, com lastro no art. 147, inciso II, do RPAF-BA/99, fica indeferida, haja vista que os esclarecimentos pretendidos não dependem de conhecimento especial de técnicos.

Ademais, também se afigura desnecessária, ante a existência nos autos de outras provas, já coligidas nos autos no decorrer do contraditório instalado.

No mérito, o Auto de Infração exige ICMS em razão da falta de recolhimento devido pelas importações tributáveis realizadas pelo estabelecimento no período de janeiro a agosto de 2014, consoante demonstrativo de apuração acostado às fls. 07 a 09 com a discriminação das notas fiscais de entrada relativas às importações dos veículos, cópias dos DANFEs fls. 17 a 168 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 Autuantes, em sede de 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% (Dec.to nº 7.731/99). Explicaram 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.

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 habilitação do Autuado ao PROAUTO, através da Resolução nº 181/02 se deu 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*).

Como claramente emerge dos autos, o Sujeito Passivo importou veículos novos da marca JAC MOTORS com diferimento do ICMS importação, no período de janeiro a agosto de 2014, 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.

Convém salientar que as vantagens concedidas ao Impugnante 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.

Nestes termos, entendo que não deve prosperar o argumento da Defesa de que ocorrerá irregularidade no cancelamento do Termo de Compromisso 01/2013, por força de rescisão unilateral do Acordo com o Estado da Bahia.

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 ou, se o projeto apresentar irregularidades ou inconsistências com relação ao que lhe fora programado. Nesse caso, o Poder Público poderá rescindir o contrato unilateralmente, cancelando os incentivos anteriormente aprovados. Cabendo apenas que haja obediência ao devido processo legal, com direito de debate aberto para as partes.

No presente caso, 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. Ao final, o processo culminou com o Ofício 77/2016, da SDE, com a informação do cancelamento do aludido Termo de compromisso.

O cancelamento do Termo de compromisso 01/13 foi formalizado através do Ofício 08/2017, e determinado o recolhimento do ICMS não recolhido no período de uso dos incentivos fiscais. O Impugnante 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. 327. A mesma falta de cumprimento dos termos acordados motivou o cancelamento do Programa Federal.

O sujeito passivo, apesar de atribuir como motivo para a inviabilização da execução do projeto conforme pactuado o não adimplemento pelo Estado da Bahia do financiamento de R\$80.000.000 com recursos do FUNDESE não carreou aos autos esclarecimentos sobre as reais circunstâncias desse desfecho (cláusula sétima do TC 01/13).

Entretanto, o Parecer PGE GAB – LSR 143/2016, acostados às fls. 214 a 220, 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 o aludido parecer que, mesmo tendo tenha sido autorizado o financiamento do interessado, a contratação não foi autorizada por falta da apresentação das garantias acenadas em sua carta consulta inicial.

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

Assim, é indubioso 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.

No presente caso, 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.

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.

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.

Logo, ante o quanto exposto, entendo 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, pelo Dec. 7.798/00. Resta patente nos autos que o referido benefício fiscal foi utilizado de forma indevida pelo Autuado, sem o cumprimento dos termos acordados, ou seja, sem a implantação da montadora dos automóveis da marca JAC, no município de Camaçari, conforme pactuado 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).

Considerando ainda que os valores apurados afiguram-se devidamente discriminados nos demonstrativos constantes e entregues ao Autuado não foram objeto de qualquer ponderação pela Defesa, concluo pela manutenção do lançamento tributário.

Ante ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **279757.0006/18-8**, lavrado contra **JAC BRASIL AUTOMÓVEIS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$10.738.335,19**, acrescido da multa de 60%, de prevista no inciso II, alínea “f”, do art. 42, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de junho de 2018.

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - PRESIDENTE EM EXERCÍCIO - RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA

LUIS ROBERTO DE SOUSA GOUVEA - JULGADOR