

A. I. N° - 279757.0001/18-6
AUTUADO - SNS AUTOMÓVEIS LTDA.
AUTUANTES - RICARDO MARACAJÁ PEREIRA e AGILBERTO MARVILA FERREIRA
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET 19.07.2018

2^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0102-02/18

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. IMPORTAÇÕES TRIBUTÁVEIS. PROAUTO. BENEFÍCIO FISCAL. DIFERIMENTO DO PAGAMENTO DO IMPOSTO DEVIDO POR IMPORTAÇÃO. Autuado beneficiário de Programa Especial de Incentivo ao Setor Automotivo da Bahia – PROAUTO mediante a Resolução FUNDESE nº 181/12, que concedeu benefícios fiscais na importação e nas saídas dos veículos da montadora JAC Motors. Cancelamento da Resolução com efeitos *ex-tunc* em face do descumprimento dos objetivos dos projetos ou das regras condicionantes para gozo dos benefícios da legítima a exação fiscal. Rejeitada a preliminar de nulidade e indeferido o pedido de perícia. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 22/01/2018, formaliza a exigência de crédito fiscal no valor total histórico de R\$61.887.688,41, em decorrência do cometimento da seguinte infração: (12.02.01). Deixou de recolher o ICMS devido pelas importações tributáveis realizadas pelo estabelecimento. Período: janeiro de 2013 a dezembro de 2016. Enquadramento legal: Arts. 4º, IX, 17, VI e 34, III, da Lei 7.014/96 c/c art. 332, IV do RICMS-BA. Multa de 60%, prevista no art. 42, II, “F”, da citada lei.

Consta complementação: “*Referente ao recebimento do exterior de veículos acabados, destinados à revenda no mercado nacional, a testes de durabilidade ou ativo immobilizado, 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 – Publicado 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 previsto na LEI N° 7.014/96 para o recolhimento intempestivo do imposto estadual*”.

O autuado, por intermédio de advogado legalmente constituído, apresentou defesa (fls. 497 a 848). De início, destaca que o lançamento não teria como objeto qualquer desobediência direta às normas tributárias do Estado da Bahia, mas a autuação representa uma das consequências jurídicas do cancelamento indevido do programa de incentivos fiscais conhecido como PROAUTO, instituído pela Lei nº 7.537/99.

Descreve os fatos que ensejaram o lançamento de ofício e diz ser uma empresa que importa, comercializa e industrializa automóveis da marca JAC Motors no Brasil. Aduz que a autuada e a

empresa JAC BRASIL AUTOMÓVEIS LTDA., CNPJ sob nº 15.238.000/0001-00, fazem parte do mesmo *grupo econômico* e atuavam na realização do projeto da fábrica de automóveis da Bahia, cuja primeira formalização da intenção ocorreu em 16.11.2011, quando foi firmado Protocolo de intenções entre a Impugnante e o Governo do Bahia (Doc. 03, fls. 535-538).

Salienta que ao longo do ano de 2012 foram concluídas as tratativas para que iniciasse a importação dos automóveis pelo Estado da Bahia a partir do mês de agosto, por meio da Resolução nº 181/2012 da FUNDESE (Doc. 04, fl. 540).

Reproduz os arts. 1º, 2º e 3º da citada resolução e contextualiza que as importações realizadas entre janeiro de 2013 a dezembro de 2016 compõem o lançamento de ofício impugnado.

Ressalta que ao transferir suas importações para a Bahia gerou o incremento de empregos e renda para a região.

Registra que em 2013 o Governo da Bahia e a 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 (Doc.05, fls. 543-552). Reproduzindo as cláusulas terceira e sétima, afirma que tal documento é absolutamente necessário para se compreender o caso debatido, pois apresenta os direitos e as obrigações da Impugnante e do Estado da Bahia.

Reconhece que o Estado da Bahia concedeu os benefícios fiscais em relação ao ICMS, nas operações, internas e interestaduais, vendeu a área para que a Impugnante iniciasse a terraplanagem demonstrando real interesse no investimento. Todavia, uma obrigação absolutamente essencial constante do referido Termo de Compromisso não foi atendida pelo DESENBAHIA, que são as previsões contidas nas Cláusulas Terceira e Sétima.

Diz que o financiamento ali referido nunca saiu do papel, apesar de todo o esforço da Impugnante 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.

Assim, 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.

Acrescenta que a produção industrial e a venda de automóveis sofreram fortíssima retração e apresenta reportagem do jornal O Estado de São Paulo nesse sentido.

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.

Declara que 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.

Acrescenta que em 02.08.2016 apresentou 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.

Diz que em 20.09.2016, recebeu uma nova notificação da Secretaria de Desenvolvimento (Ofício nº 02/2016 GASEC, doc. 09, fl. 568), para apresentar seus esclarecimentos (defesa) sobre as razões apresentadas pelo DESENBAHIA, que objetivavam a anulação do ato administrativo que formalizou os incentivos fiscais e que em 10.11.2016 apresentou sua manifestação onde manifestou-se 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;

(iii) O agendamento de audiência para tratar dos temas aqui expostos”.

Contudo, 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, em 04.01.2017, com fundamento no art. 54, da Lei Estadual nº 12.209/2011, apresentou recurso administrativo ao Secretário do Desenvolvimento da Bahia (Doc. 11, fls. 578-581) e até o momento não houve resposta do recurso. Mesmo assim, em 26.01.2017, por meio do ofício nº 08/2017 o Estado 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 (Doc. 10, fl. 576 – Resolução FUNDESE Nº 217/2016) e afirma que o lançamento de ofício se funda no cancelamento do Termo de Compromisso nº 01/2013.

Reproduz os arts. 170 e 174 da CF/88 e argumenta acerca da atuação do estado na economia; transcreve doutrina nesse sentido; passa a tratar do Programa Especial de Incentivo ao Setor Automotivo da Bahia - PROAUTO e de sua adesão ao programa com o Termo de Compromisso nº 1/2013. Reproduz os arts. 1º e 3º da Lei nº 7537/99, criadora do citado programa.

Repete que o financiamento por parte do DESENBAHIA era fundamental para a realização do projeto da fábrica, nos moldes iniciais, mas isso não ocorrendo o Estado da Bahia não poderia atribuir, exclusivamente, ao Impugnante a responsabilidade pela não realização do empreendimento e que tal posição foge completamente do razoável, seja pela perspectiva jurídica, seja pela econômica.

Diz que ao firmar o protocolo de intenções com o Governo da Bahia em 16.11.2011, em sua Cláusula Quinta item V, resta clara que o financiamento era algo previsto como condição para realização do negócio. Destaca que naquele momento histórico, as condições de financiamento eram mais favoráveis do que as que se tem nos últimos dois anos (2015 a 2017).

Acrescenta que a análise realizada pelo DESENBAHIA leva a conclusão de que a empresa deveria ignorar totalmente o quadro econômico e possuir garantias que seriam inviáveis dentro do cenário econômico de deterioração, pois não era razoável entender a exigência de fiança bancária num cenário de alta de juros e inflação, além de uma fraca atividade econômica.

Fala que o termo de compromisso, firmado em 24.07.2013, descrevia que a produção de automóveis se iniciaria em até 36 meses, mas questiona como seria possível iniciar tal produção diante de uma mudança de cenário econômico tão drástica e sem os financiamentos que ficaram bem mais caros e com garantias de impossível realização?

Deste modo, diz o Impugnante, quando o DESENBAHIA afirma, em sua notificação datada de 20.09.2016 que “*o fato é que a JAC BRASIL perdeu o direito de exigir qualquer coisa da DESENBAHIA ou do Estado da Bahia a partir do momento em que se deixou de cumprir o cronograma a apresentar os números que levaram à assinatura do Protocolo de intenções e do termo de Compromisso*” (fls. 10), acaba por deixar de lado o cenário econômico do País e a ausência do financiamento por parte da agência de fomento do Estado da Bahia. Além do mais, aduz, a Impugnante nunca buscou o Estado da Bahia com a postura de exigir coisa alguma, mas com o desejo de encontrarem um Estado parceiro do empreendedor. (grifo no original)

Destaca que, ao menos, a DESENBAHIA concorda com a piora do quadro econômico. Tal fato, segundo ela própria “*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).

Assim, apesar de respeitar as razões apresentadas pelo DESEMBAHIA, lamenta a decisão de não se conceder o financiamento, objeto do Termo de Compromisso nº 1/2013 e, data vênia, discorda do entendimento segundo o qual se pretenderia receber os recursos sem apresentar quaisquer garantias ou de forma incondicionada. Além do mais, entende que o presente lançamento não poderia ter sido lavrado enquanto o seu *recurso administrativo*, apresentado em 04.01.2017, não for decidido pelo Sr. Secretário do Desenvolvimento do Estado da Bahia.

Alega erro na apuração do lançamento. Diz que o ICMS exigido no presente lançamento de ofício resta 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 de 2013 e dezembro de 2016 com fundamento nos arts. 4º, IX, 34, III, da Lei nº 7.014/96 e 332, IV do RICMS-BA.

O auditor não reconheceu o recolhimento de qualquer crédito tributário, pois deve-se basear na legislação do ICMS que envolve o PROAUTO e especialmente qual foi o benefício fiscal concedido pelo Estado da Bahia. Acrescenta que o documento que formalizou o direito em se utilizar dos benefícios do PROAUTO foi a “Resolução nº 182/2012 do FUNDESE” (sic), que por sua vez faz menção a contrato (o Termo de Compromisso nº 01/2013).

Reproduz o art. 12 da Lei nº 7537/99 que institui o PROAUTO para sustentar seu direito de diferir o recolhimento do ICMS das suas importações para as sucessivas operações de saídas internas.

Reproduz o art. 1º do Decreto nº 7.537/99 – define os percentuais de incentivos fiscais por crédito presumido do saldo devedor periódico do ICMS – para dizer que foi exatamente o crédito presumido de 98% do saldo devedor previsto na norma acima que consta do referido Decreto que consta do Termo de Compromisso nº 01/2013.

Portanto, 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.

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, a exemplo da competência 01/2015 que cola à Defesa.

Diz que toda a documentação referente ao período objeto do lançamento encontra-se anexada, ressaltando-se que ela engloba todas as operações, sendo que o lançamento de ofício, apesar de fazer menção ao plexo normativo que trata do PROAUTO, bem como as normas individuais relacionadas à Impugnante (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 menor do ICMS em relação ao saldo devedor em cada mês de apuração. Além do mais, a autoridade administrativa acabou por ignorar os recolhimentos do ICMS relacionados aos saldos devedores.

Afirma que a autoridade administrativa cometeu equívoco insanável no julgamento, realizando o lançamento de ofício em desacordo com as normas que prescrevem a situação concreta. Assim, 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.

Diz, ainda, que a autoridade administrativa mesmo que tivesse se baseado corretamente na legislação do PROAUTO e nos compromissos firmados entre a Impugnante e o Estado da Bahia – o que não foi absolutamente o caso – deixou de deduzir os valores recolhidos tempestivamente.

Reproduzindo parte do ofício nº 08/2017 (fl. 576-verso) e a Cláusula quinta do Termo de Compromisso nº 01/2013 (Doc. 05, fls. 543-551), entende que o lançamento de ofício contraria a determinação da Resolução nº 217/2016, que excluiu o sujeito passivo do PROAUTO, pois esta apenas determinaria o recolhimento da diferença do ICMS diferido e não o incidente na importação de mercadoria.

Entende 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 artigo 4º, inciso IX, da Lei nº 7014/96 e o art. 332, inciso IV, do Decreto nº 13.780/2012.

Ressalta que ao utilizar a hipótese normativa equivocada, acabou por estabelecer como bases de cálculo valores igualmente equivocados, que impedem que o lançamento de ofício possa prosperar.

Alega que a autoridade administrativa autuou sem levar em conta os termos da legislação do PROAUTO. Reproduz o art. 149 do CTN, excertos de doutrina, ementas de decisões judiciais e diz que apesar de fazer menção expressa a tais normas na descrição dos fatos, pois, na época dos fatos geradores estavam inserida no citado programa de incentivo e cumpriu todas as formalidades, inclusive realizou os pagamentos do ICMS relacionados às operações a que estava obrigada.

Assim, 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.

Reproduz o art. 18 do Decreto nº 7629/99 para dizer não se tratar de mera incorreção ou omissão, mas de aplicação equivocada de normas em relação aos fatos geradores ocorridos, sem contar que se desconsiderou os recolhimentos efetuados, repete.

Reproduzindo excerto de doutrina requer a decretação de nulidade do lançamento, caso não se entenda pela mera improcedência.

Declarando ciência de que a narração dos fatos pode trazer eventuais dúvidas, nomeando seu assistente técnico, requer a realização de perícia para:

- (i) *Esclarecer se estava submetida ao recolhimento do ICMS nos termos da legislação do PROAUTO, no período autuado?*
- (ii) *O ICMS deveria ser recolhido com base no saldo devedor mensal e não no momento do desembaraço aduaneiro das mercadorias importadas?*
- (iii) *É possível chegar o valor correto do ICMS supostamente devido, tendo por base os critérios utilizados pelo auditor fiscal?*

Concluindo, requer a nulidade ou a improcedência do Auto de Infração:

- (i) em função da ilegalidade da Notificação nº 08/2017, uma vez 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;
- (ii) por *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 e peças, 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 nº 7537/99 (PROAUTO), o que torna o lançamento absolutamente inconsistente, devendo ser aplicada à previsão contida no art. 18, inciso IV, alínea “a”, do Decreto nº 7629/99, não sendo possível a aplicação do § 1º do mesmo artigo, por ser impossível calcular o crédito tributário.

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

Na informação prestada (fls. 852/869), os autuantes frisam que o crédito tributário decorre do cancelamento da Resolução FUNDESE nº 181/2012, que concedeu à Autuada, 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 7.537/1999.

Abordam os fatos dizendo que desde o início das suas atividades o sujeito passivo somente

importou e comercializou veículos. Ao desembaraçá-los, os armazenava em operadoras de transportes e logísticas enquanto realizava suas operações de um escritório situado na sala de um ed. comercial e que isso contraria o argumento defensivo de geração de emprego e renda.

Quanto à arguição de nulidade, reproduzem os arts. 1º e 12 da Lei nº 7.537/99, para dizer que o inciso II do § 1º do art. 12 trata da transgressão cometida pela autuada e que o benefício fiscal foi legalmente cancelado pela Resolução FUNDESE nº 217/2016, com efeito *ex-tunc*. Portanto, se vê que a ação fiscal não se submete às hipóteses de nulidade previstas no art. 18 do RPAF.

Quanto ao mérito do lançamento, abordam quatro pontos:

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. 504 a 508), mas entendem que o CONSEF não tem competência para analisar a matéria, qual seja, o cancelamento da Resolução que beneficiava o sujeito passivo.

SEGUNDO – Apresentando histórico dos pagamentos tributários efetuados pelo autuado, afirmam que a alegação defensiva da falta de reconhecimento pelos Autuantes de nenhum “*recolhimento de qualquer crédito tributário no período autuado*” é pertinente, porque, de fato, o sujeito passivo não recolheu ICMS Importação no desembaraço aduaneiro das referidas mercadorias relacionadas no demonstrativo de fls. 13 a 24, conforme prescreve o citado artigo 332 do Decreto nº 13.780/12.

Asseveram que o imposto apurado e porventura recolhido, conforme documentos anexados pela Autuada as fls. 582-845, não se referem às importações desembaraçadas e sim às suas operações normais, inclusive com utilização do Crédito Presumido PROBAHIA Nº 17/2013 (fls. 479), de 98% (noventa e oito por cento).

Esclarecem que os recolhimentos nos valores de R\$16.150,84 (DI nº 1618878508), R\$ 7.130,52 (DI nº 1618654421), R\$ 10.040,60 (DI nº 1618561377) e R\$ 10.118,92 (DI nº 1618248555), constantes no mês de novembro de 2016, não se referem a nenhuma DI - Declaração de Importação relacionada no demonstrativo suporte dessa exação fiscal (fls. 13 a 24).

TERCEIRO – Afirmam que o Impugnante tenta desvincular o benefício do diferimento do ICMS Importação, concedido via Resolução FUNDESE/PROAUTO Nº 181/2012 (fls. 477), face ao Instituto do PROAUTO (Lei nº 7.537/99), da cassação dos benefícios obtidos através da Resolução PROBAHIA Nº 17/2013 (479), mas que isso nada tem a ver com o caso. Basta a leitura do texto desta última, revogada através da Resolução PROBAHIA Nº 13/2017 (fls. 480), em função da cassação do Termo de Compromisso nº 01/2013.

QUARTO – Falam que a proposição de fls. 518/519 (Do erro na apuração do lançamento) não cabe no presente caso, porque cassados os incentivos fiscais do diferimento do ICMS nas Importações, assim como o Credito Presumido nas saídas, adotou-se a apuração do imposto através do conta corrente fiscal - débito x crédito -, considerando-se o crédito fiscal ICMS Importação na apuração como se recolhido fosse.

Aduzem que a Autuada teve cancelado tanto o benefício do diferimento previsto na Lei nº 7537 quanto ao Crédito Presumido de 98% previsto no Decreto nº 7731/1999, pois a Resolução FUNDESE nº 217/2016 cancelou a Resolução FUNDESE nº 181/2012, com efeitos *ex-tunc* e ambos constam no art. 3º da Resolução FUNDESE nº 181/2012 que foi cancelada (fls. 477).

Acrescentam que o ICMS Normal não foi exigido em função do cancelamento do Crédito Presumido de 98% dado ao fato de que, refeito a conta corrente fiscal da Autuada, considerando como crédito fiscal o valor exigido no auto de infração, a título de ICMS Importação, restou apurado saldo credor.

Entendem que a perícia solicitada é desnecessária e passam a responder aos questionamentos do Impugnante.

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

Resposta:

“A Resolução FUNDESE nº 181/2012 concedeu à Autuada (fls. 477), o deferimento do ICMS Importação (Inciso II, do § 1º, do Artigo 12, da Lei nº 7.737/1999) assim como o Crédito Presumido de 98% (Inciso I, do Artigo 1º, do Decreto nº 7731/1999), no Artigo 3º.

Porém, a Resolução FUNDESE nº 181/2012 foi cancelada em 23/12/2016, através da Resolução FUNDESE nº 217/2016 (fl. 481), 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.

Às folhas 365 e 366 (Cláusula Décima Primeira) comprovamos que a Autuada, uma vez regularmente notificada, como de fato ocorreu (fls. 380 a 384), não cumpriu o que firmou”.

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

Resposta:

“As respostas 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?

Resposta:

“Notório que sim. Tanto é que os valores apurados e demonstrados (fls. 13 a 24), assim como as Notas Fiscais relacionadas no demonstrativo de folhas 25 a 326, não foram objeto de questionamento.

Não há nos autos, apontados pela Autuada, valores diferentes dos levantamentos na ação fiscal. Não temos confronto de valores. Inclusive, toda a base de cálculo foi declarada pela Autuada através das Notas Fiscais de importação (fls. 25 a 326). Nada diferente ou que não seja do seu pleno conhecimento”.

Na conclusão expressam que o Impugnante alega “inconsistências” no lançamento, mas não as aponta e 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 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. 485).

Quanto à natureza do Crédito Tributário exigido, uma vez mais reportam ao artigo 3º da Resolução FUNDESE nº 181/2012, à Resolução FUNDESE nº 217/2016 e à Cláusula Décima Primeira do Termo de Compromisso firmado entre a Autuada e o Estado da Bahia.

Requerem a procedência da ação fiscal.

VOTO

O lançamento de ofício processado exige o valor de R\$61.887.688,41, acusando falta de recolhimento de ICMS devido por importação de mercadorias tributáveis.

Examinando os autos constato estar o PAF consoante com o RICMS-BA e com o RPAF-BA/99, pois o lançamento resta pleno dos essenciais pressupostos formais e materiais e os fatos geradores do crédito tributário constam claramente demonstrados.

Assim, considerando que: a) conforme recibo de fls. 05, 11, 24 e 492, cópia do Auto de Infração e dos papéis de trabalho indispensáveis para o esclarecimento dos fatos narrados no corpo do auto foram entregues ao contribuinte; b) na lavratura do Auto de Infração foi devidamente cumprido o

disposto nos artigos 15, 19, 26, 28, 38, 39 (em especial quanto ao inciso III e § 1º), 41, 42, 44, 45 e 46, do RPAF; c) o processo se conforma nos artigos 12, 16, 22, 108, 109 e 110 do mesmo regulamento; d) a infração está claramente descrita, corretamente tipificada e tem suporte nos demonstrativos e documentos fiscais autuados, emitidos na forma e com os requisitos legais (fls. 06-11, 13-24 e CD de fl. 491); e) a infração está determinada com segurança, bem como identificado o infrator, constato não haver vício a macular o PAF em análise.

Como mais detalhadamente se verá na análise de mérito, a infração denuncia a falta de recolhimento de ICMS Importação, relativo a aquisição de mercadorias tributáveis, devidamente enquadradas no art. 4º, IX; art. 17, VI e art. 34, III da Lei 7.014 c/c o art. 332, IV, do RICMS-BA.

A exação fiscal decorre de obrigação tributária liquidada por Autoridades Fiscais competentes do Ente tributante, mediante regular procedimento administrativo, cujos elementos determinantes previstos no art. 142 do CTN (ocorrência do fato gerador; determinação da matéria tributável, cálculo do montante do tributo devido, identificação do sujeito passivo e multa proposta) constam claramente identificados nos autos.

Por consequência, não há falar em confusão descritiva, incongruência entre a acusação fiscal e o fato gerador do tributo a implicar em “erro de direito” como argumenta o Impugnante ou precariedade de um procedimento que se sustenta nos elementos autuados, razão pela qual rejeito o pedido de nulidade suscitado. Também indefiro a petição de perícia com fundamento no art. 147, II do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF-BA, pois, além de considerar suficientes para a formação de minha convicção os elementos contidos nos autos, a prova do fato não depende do conhecimento especial de técnicos.

Passando à análise de mérito do procedimento fiscal, de logo ressalto tratar-se de tributo originalmente sujeito a lançamento por homologação (CTN: art. 150) em que a legislação atribui ao sujeito passivo a prática de todos os atos de valoração da obrigação tributária, inclusive o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, cabendo a esta apenas homologar os atos de natureza fiscal do contribuinte no prazo decadencial. Nesse caso, ainda que sobre a obrigação tributária não influam quaisquer atos anteriores à homologação, praticados pelo sujeito passivo ou por terceiro, em sendo praticados, os atos são, porém, considerados na apuração do saldo porventura devido e, sendo o caso, na imposição de penalidade, ou sua graduação (§§ 2º e 3º do artigo 150 do CTN).

Pois bem, considerando que não há celeuma quanto aos dados ou valores da exação fiscal, a questão envolvida na infração é se o ICMS-Importação incidente no desembarço aduaneiro das mercadorias constantes das NFs relacionadas no DEMONSTRATIVO DE APURAÇÃO DO ICMS IMPROTAÇÃO – 2013 a 2016 (fls. 13-24), cujas cópias constam autuadas (fls. 25-326) e que tiveram o ICMS diferido por conta da habilitação do sujeito passivo no PROAUTO, pode ser agora exigido em face do cancelamento da sua habilitação ao citado programa com efeito *ex-tunc*.

O argumento defensivo é que ao tempo das importações o sujeito passivo procedeu correta e legalmente; que o descumprimento de suas obrigações pactuadas com o Estado da Bahia e que motivou o cancelamento da Resolução FUNDESE nº 181/2012, foi a não concessão de financiamento pelo DESEMBAHIA e que o procedimento fiscal, além de desconsiderar os recolhimentos de ICMS que efetuou oportunamente, deveria ser elaborado dentro da legislação do PROAUTO. Também alega que o lançamento de ofício contraria a determinação da Resolução nº 217/2016, que excluiu o sujeito passivo do PROAUTO, pois esta apenas determinaria o recolhimento da diferença do ICMS diferido e não o incidente na importação de mercadoria.

A *contrário sensu*, os autuantes sustentam que a exação fiscal decorre do cancelamento do Termo de Compromisso nº 01/2013 com efeito *ex-tunc*, cuja consequência mais direta é a exigibilidade dos benefícios tributários auferidos pelo sujeito passivo no período autuado.

De pronto cabe observar que embora o Impugnante trace extensa argumentação acerca do PROAUTO e as dificuldades econômicas individuais e conjunturais que lhe conduziram a não cumprir o Termo de Compromisso firmado com o Estado da Bahia, qual seja o de não construir a

fábrica que fora originalmente acordada, ele não só declara como expressamente ressalta ter usufruído os benefícios fiscais em relação ao ICMS nas suas operações (fl. 499-500).

Ocorre que, cumprindo as regras procedimentais para tanto, vê-se nos autos que, independentemente das razões de ordem econômica alegadas, em especial quanto às alterações na condição de financiamento – as quais não repercutem no caso em juízo administrativo -, o confessado descumprimento do Termo de Compromisso levou à perda da habilitação do sujeito passivo ao PROAUTO – e, por consequência, perda de todos os incentivos fiscais a que estava habilitado usufruir, inclusive o deferimento do ICMS Importação, objeto da autuação (item “d”, letra “a”, da Cláusula Quinta do Termo de Compromisso nº 01/2013) - dentro de uma instrução procedural na qual o sujeito passivo teve ampla participação de oitiva e contraditório, cuja comprovação documental se acham nos autos (fls. 327-489), que ele próprio confirma por ocasião da Defesa, aportando documentos que apenas reforçam a legalidade do procedimento administrativo que conduziu o cancelamento da Resolução que o habilitava a usufruir os benefícios ínsitos ao PROAUTO (fls. 535-581).

Para um deslinde objetivo da questão, também cabe observar as referências que o Impugnante faz ao DESEMBAHIA na peça defensiva. Provavelmente referindo-se ao desacordo ocorrido entre sua pretensão e as condições do financiamento que, por não ter sido efetivado, alega ter sido o fundamental motivo para não ter cumprido o compromisso estipulado no termo citado, ele lamenta a decisão de não se conceder o financiamento, objeto do Termo de Compromisso nº 1/2013, pois embora destaque que “ao menos, a DESEMBAHIA concorda com a piora do quadro econômico”, declara respeito as razões apresentadas pelo DESEMBAHIA.

Ainda que, repito, o fato não repercuta no processo em apreço, este aspecto é importante porque denota que a principal razão defensiva para justificar o descumprimento do Termo de Compromisso e que o Impugnante quer fundamentar sua isenção acerca da exação tributária que se lhe exige, deu-se como fruto de um lúmpido processo negocial movido dentro de uma relação de Direito Privado entre o sujeito passivo e uma instituição financeira, cujo resultado foi a não obtenção de uma carta de **fiança bancária** (fl. 507). Portanto, estranha à matéria tributária em revisão neste órgão administrativo judicante.

Ocorre que – aí sim, com direta repercussão sobre o presente caso – a perda da habilitação ao PROAUTO dentro do regular procedimento administrativo produz consequências anteriormente sabidas pelo contribuinte, em face das disposições expostas no Parágrafo Único do art. 3º da Resolução nº 181/2012, item 11.3 da Cláusula Décima Primeira do Termo de Compromisso nº 01/2013, cujas cópias, já constantes dos autos para corroborar a legitimidade do lançamento de ofício em apreço, o próprio Impugnante também anexou à Defesa (fls. 540 e 545).

Ora, o cancelamento da Resolução FUNDESE nº 181/2012 se deu dentro de um regular procedimento administrativo que culminou na Resolução FUNDESE nº 217/2016 que, em face dos efeitos *ex-tunc* que produz, dentre as suas consequências está a obrigação de o contribuinte antes habilitado, ressarcir ao Erário baiano os valores dos benefícios que expressamente ressalta usufruídos nas operações de importação (Termo de Compromisso nº 01/2013, firmado entre o sujeito passivo e o Estado da Bahia (fls. 361-368, cópia aportada pelos autuantes e 540-552, cópia aportada pelo Impugnante) e Lei 9.433/2005 (arts. 167 a 169). Observe-se que o próprio Impugnante juntou aos autos (fl. 576-verso) cópia do ofício nº 008/2017 em que se lhe notifica da oportunidade de devolver ao Erário os valores do ICMS dispensado nos termos da Resolução cancelada, sem a penalidade própria de um lançamento tributário em Auto de Infração e o não atendimento no prazo estabelecido o constituiu na mora motivadora do lançamento tributário de ofício desse caso.

É fato que a Resolução nº 181/2012 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). Contudo, tal habilitação ocorreu sob condição da efetivação do compromisso firmado, observando-se o disposto na Cláusula Décima Primeira do Temo de Compromisso nº 01/2013, assinado com a livre e espontânea vontade das partes.

Portanto, como se extrai dos autos, o contribuinte importou veículos com deferimento do ICMS importação, no período janeiro 2013 a janeiro 2016 – valores que não discute -, 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 apenas da montadora com compromisso para futura fabricação na Bahia, na forma prevista no Programa PROAUTO, instituído pela Lei nº 7.537/99. Logo, 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, pois, 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.

Essa questão e com esse mesmo contribuinte não é novel no âmbito deste órgão administrativo judicante. Assim, para evitar alongar-me mais que o necessário no fundamento do meu voto neste PAF, arrematando o meu entendimento, assumo parte do voto do distinguido Relator José Raimundo Conceição, que resultou no Acordão JJF Nº 0041-01/18:

“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".

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 279757.0001/18-6, lavrado contra **SNS AUTOMÓVEIS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$61.887.688,41**, 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, 05 de julho de 2018.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO/RELATOR

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA – JULGADOR

JOSÉ ADELSON MATOS RAMOS - JULGADOR