

A. I. N° - 299314.0001/18-0
AUTUADO - SANSUY S/A INDÚSTRIA DE PLÁSTICOS EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL
AUTUANTES - SÉRGIO BORGES SILVA e CRIZANTO JOSÉ BICALHO
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET 15/10/2018

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0141-03/18

EMENTA: ICMS. PROGRAMA DESENVOLVE. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. USO INDEVIDO DE INCENTIVO FISCAL. Restou comprovado que o sujeito passivo utilizou benefício fiscal de dilação do prazo para recolhimento do imposto decorrente de operações próprias, que foi concedido a estabelecimento incorporado e transferido ao incorporador, sem que tenha cumprido as contrapartidas previstas no Programa DESENVOLVE (investimento, implantação de nova tecnologia, criação de emprego, geração de receita). Retificado o percentual da multa. Infração não elidida. Não acolhidas as preliminares de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 27/03/2018, exige ICMS no valor histórico de R\$6.341.612,90, mais multa de 100%, em razão do cometimento da seguinte infração:

Infração 01 – 03.08.05: Recolhimento a menos de ICMS em razão de uso indevido de incentivo fiscal, dilação de prazo para pagamento de ICMS relativo às operações próprias, em desacordo com a legislação do DESENVOLVE, modificando as características essenciais da obrigação tributária principal, de modo a reduzir o montante do imposto devido, evitando, assim o seu pagamento, nos meses de janeiro a dezembro de 2016.

Enquadramento Legal: artigos 37 e 38 da Lei nº 7.014/96, C/C art. 1º do Decreto nº 8.205/02. Multa Aplicada: art. 42, IV, “j” da Lei nº 7.014/96.

Consta, na descrição dos fatos, que em 19/08/04, o Contribuinte Viniartefatos Comércio Importação e Exportação Ltda., ficou habilitado aos seguintes benefícios, conforme Resolução 35/2004 (Anexo 11) do Conselho Deliberativo do DESENVOLVE:

- 1) Diferimento do lançamento e pagamento do ICMS em determinadas hipóteses;
- 2) Dilação do prazo de 72 (setenta e dois meses) para pagamento do saldo devedor do ICMS.

Em 17/12/2004 a Sansuy Indústria de Plásticos, Insc. Estadual nº 002.082.206, CNPJ nº 14.807.945/0001-24, situada à Rua dos Plásticos, 761, área industrial leste, Polo Petroquímico de Camaçari – Camaçari, incorporou a Viniartefatos Comércio e Importação e Exportação Ltda;

Em 11/03/05, através da Resolução 02/2005 do Conselho Deliberativo do BAHIAPLAST, a Sansuy Indústria de Plásticos, Insc. Estadual nº 002.082.206, teve revogada sua habilitação aos benefícios do BAHIAPLAST, do qual até então era beneficiária. Contudo, nesta mesma data, o Conselho Deliberativo do DESENVOLVE, através da resolução 15/2005 (Anexo 11), transferiu os benefícios do DESENVOLVE concedidos a Viniartefatos Comércio e Importação e Exportação Ltda, do qual usufrui até a presente data.

Consta, ainda, como complemento da acusação, com o título de “*INADEQUAÇÕES ENCONTRADAS*”:

I - Na fl. 01 do Pedido do contribuinte Viniartefatos Comércio Importação e Exportação Ltda, é informado que a implantação da unidade fabril “representa um investimento de aproximadamente

R\$ 63 milhões, a criação de mais de setecentos empregos diretos e, pelo menos, mais de mil empregos indiretos. (Anexo 07).

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

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

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

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

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

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

O Autuado apresenta defesa, às fls. 368 a 397, inicialmente transcrevendo os termos da infração.

Em seguida suscita como preliminar de nulidade que o auto ora impugnado não corresponde à realidade dos fatos e aos registros fiscais da Impugnante, e não contém descrição minuciosa dos fatos e de sua subsunção às normas legais.

Entende que o auto é nulo de pleno direito, pois nele falta indicação dos livros e documentos examinados, impedindo assim a Impugnante de saber em quais documentos a Fiscalização se baseou para efetuar o lançamento e, principalmente, se os valores apurados foram aqueles constantes de sua contabilidade.

Assevera que a ausência dessas informações implica na nulidade do trabalho fiscal, porque impediu a Impugnante de exercer corretamente o seu direito de ampla defesa, contrariando, destarte, o disposto no art. 5º, inciso LV da Constituição Federal.

Alega que a Fiscalização houve por bem glosar o benefício fiscal do DESENVOLVE, cobrando o ICMS incidente em cada um dos meses em que foi utilizado tal benefício fiscal, e que cabia a ela fazer prova da ocorrência da materialidade do tributo, afirmando que não ocorreu. Aduz que da leitura do auto de infração verifica-se constar apenas planilhas de valores supostamente utilizados pela Impugnante, mas não que há nenhuma prova real da ocorrência material do tributo, que é a saída das mercadorias geradoras do ICMS devido em cada um dos meses de competência.

Argumenta que é dever do Estado produzir sua prova primária, que não bastam meros “relatos” feitos no corpo da autuação, e que deveriam ter sido apresentadas provas concretas e irrefutáveis de que houve descumprimento das regras do DESENVOLVE, sendo que empresa estava regularmente apta a gozar dos benefícios do referido programa.

Transcreve o artigo 28, § 4º, inciso II do Decreto 7629/99, dizendo que a ausência dessas provas concretas do relato do Auditor Fiscal inquia de nulidade o Auto de Infração, na medida em que é obrigatório no Estado da Bahia, assim como em toda a Federação, que o lançamento se faça acompanhar das provas das infrações porventura apuradas.

Colaciona Recurso do Conselho de Contribuintes, órgão público federal vinculado ao Ministério da Fazenda, o qual entende que cabe ao Fisco provar a ocorrência do fato gerador, através de provas irrefutáveis e garantindo ao contribuinte seu direito de defesa.

Frisa que ao não fazer prova da suposta infração cometida, a Fazenda Estadual acabou por violar o princípio da estrita legalidade, pois agiu em desacordo com os ditames legais ao quais está jungida a Administração Pública.

Salienta que não se pode aceitar a lavratura de lançamento tributário baseado apenas em planilhas eletrônicas, sem que o Fisco tenha efetiva e materialmente apurado a ocorrência da infração apontada.

Transcreve decisão de órgão federal, bem como ensinamentos do Prof. Paulo Celso B. Bonilha, com o intuito de demonstrar que o ônus da prova é do Fisco, e que era dever da fiscalização demonstrar através de documentos irrefutáveis que houve efetivamente a ocorrência da alegada falta de cumprimento dos deveres e obrigações assumidas no DESENVOLVE.

No mérito, enfatiza que é empresa com estabelecimento industrial sediado neste Estado da Bahia, e que em 1998, pediu sua migração para o programa BAHIAPLAST. Explica que o Grupo empresarial SANSUY não era composto apenas pela Impugnante. Uma outra empresa do Grupo, chamada VINIARTEFATOS – COMÉRCIO IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA., também pretendeu se instalar no Estado da Bahia, solicitando os benefícios do novo Programa DESENVOLVE, previsto na Lei nº 7.980/01.

Relata que a VINIARTEFATOS solicitou e obteve os benefícios fiscais concedidos no âmbito do DESENVOLVE através da publicação da Resolução nº 35/2004 do Conselho Deliberativo do Desenvolve.

Acrescenta que nos idos de 2005, no entanto, por questões de organização interna, a Impugnante SANSUY S/A procedeu a uma operação de incorporação societária da empresa VINIARTEFATOS – COMÉRCIO IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA.

Aduz que, segundo o Artigo 1.116 do Código Civil, a incorporação de uma sociedade por outra implica na absorção, pela Incorporadora, de todos os direitos e obrigações anteriormente detidos pela Incorporada. Neste sentido, tendo a Incorporada VINIARTEFATOS direito aos benefícios do DESENVOLVE, a sua incorporação pela SANSUY implicou na transferência destes direitos ao DESENVOLVE também ao patrimônio da SANSUY.

Diz que tal realidade jurídica foi objeto de ratificação formulada pela SANSUY à Secretaria Executiva do Programa DESENVOLVE, pelo qual se requereu expressamente o reconhecimento da transferência dos benefícios do DESENVOLVE anteriormente concedido à VINIARTEFATOS. Afirma que o pleito foi acolhido pelo Conselho Deliberativo do DESENVOLVE, através da Resolução nº 15/2005 que transferiu expressamente os benefícios concedidos à VINIARTEFATOS para a SANSUY S/A.

Explica que, além disso, diante da impossibilidade jurídica da mesma figurar em dois programas, foi publicada também a Resolução nº 02/2005, desta vez do Conselho Deliberativo do BAHIAPLAST, que excluiu a SANSUY S/A do Programa BAHIAPLAST.

Considera que o entendimento da autuação, é que a Sansuy não teria direito ao DESENVOLVE porque supostamente não teria cumprido as obrigações constantes do protocolo de intenções firmado pela VINIARTEFATOS.

Entende que a Resolução DESENVOLVE 15/2005 não condicionou o benefício a qualquer disposição constante do Protocolo de Intenções.

Alega que houve a expressa concessão dos benefícios do DESENVOLVE à SANSUY através da Resolução DESENVOLVE nº 15/2005, sem qualquer condicionante ou edição de condição suspensiva. Argumenta que o Conselho Deliberativo, ao conceder o DESENVOLVE à Sansuy, o fez sem qualquer condição ou requisito, reconhecendo, ainda que tacitamente, que os compromissos assumidos anteriormente, seja em protocolo de intenções, ou qualquer outro instrumento infralegal, foram regularmente cumpridos.

Considera que o protocolo de intenções, como seu próprio nome diz, é meramente um instrumento preliminar, que contém as intenções de lado a lado, e não presta per si a gerar obrigações contratuais exigíveis. Frisa que ele apenas dá início a negociação, mas a geração de efeitos, mesmo obrigacionais e tributários, somente podem ser oriundos dos instrumentos legais competentes, como a Resolução do Conselho Deliberativo.

Aduz que o próprio protocolo de intenções mencionado no lançamento, na sua cláusula quinta, letra “b” reconhece que não traduz e nem confere direitos e obrigações, fazendo expressa remissão a outros documentos legais, “definitivos”, para consolidar tais intenções.

Alega que o Conselho do DESENVOLVE, na época, entendeu que os investimentos feitos pela Impugnante para ingresso no BAHIAPLAST, eram válidos para considerar como investimentos feitos para fins de obtenção do DESENVOLVE, não sendo necessário exigir os investimentos previstos no Protocolo de Intenções da VINIARTEFATOS.

Acrescenta que o instrumento legal definitivo que efetivamente gerou direitos e obrigações foi a Resolução DESENVOLVE 15/2005, que, no entanto, foi editada sem qualquer tipo de piso, limite ou condição suspensiva ao pleno uso do incentivo concedido à Impugnante, qual seja:

- DIFERIMENTO DO PAGAMENTO DO ICMS NAS IMPORTAÇÕES E AQUISIÇÕES INTERNAS;
- DILAÇÃO DO PRAZO DE PAGAMENTO DO SALDO DEVEDOR, PELO PRAZO DE 72 MESES.

Reclama que mesmo assim, no ano de 2007, sofreu o primeiro, de uma série de autuações, pelo qual a Secretaria da Fazenda entendeu, unilateralmente, que a Impugnante não teria cumprido os requisitos do DESENVOLVE e, portanto, não faria jus aos respectivos benefícios fiscais.

Relata que o primeiro auto de infração, de 2007, foi seguido sistematicamente por vários outros, ano após ano, sendo o auto de infração ora objeto desta defesa administrativa, mais um lançamento decorrente do que considera um ato ilegal da SEFAZ/BA.

Argumenta que tendo recebido o Auto de Infração, tratou de formular consulta à autoridade competente para dirimir esta questão, qual seja, o Conselho Deliberativo do DESENVOLVE. Informa que a consulta expressa foi formulada em 23/09/2010, tendo originado a PUBLICAÇÃO DA RESOLUÇÃO Nº 138/2011 DO CONSELHO DELIBERATIVO DO DESENVOLVE, QUE EXPRESSAMENTE RECONHECEU O DIREITO DA IMPUGNANTE DE UTILIZAR OS BENEFÍCIOS DO PROGRAMA

DESENVOLVE, CONCEDIDOS ATRAVÉS DA RESOLUÇÃO Nº 35/2004 PARA A EMPRESA VINIARTEFATOS E TRANSFERIDOS PARA A SANSUY S/A ATRAVÉS DA RESOLUÇÃO Nº 15/2005, que transcreve na sua peça de defesa.

Diz que a RESOLUÇÃO 138/2011 É CLARÍSSIMA e que o ÓRGÃO MÁXIMO RESPONSÁVEL PELO PROGRAMA DESENVOLVE RECONHECEU EXPRESSAMENTE O DIREITO DA SANSUY A USUFRUIR OS BENEFÍCIOS DO DESENVOLVE.

Aduz que é até compreensível, que antes da edição desta resolução a SEFAZ/BA pudesse ter suas dúvidas com relação ao cumprimento dos requisitos do DESENVOLVE. Mas considera “inaceitável que, mesmo depois da publicação desta Resolução 138/2011, a SEFAZ/BA ainda venha sistematicamente lavrando autos de infração com fundamento num inexistente não atendimento ao protocolo de intenções de 2004”.

Entendendo que resta demonstrado que a SANSUY faz jus aos benefícios concedidos no âmbito do DESENVOLVE, argumenta que não caberia a meros Auditores da Secretaria da Fazenda, por conta própria, cancelar os benefícios do DESENVOLVE, dizendo não haver norma que conceda a auditores fiscais tal poder.

Cita o artigo da Lei 7.014/96, asseverando que o mesmo é claro ao determinar que os benefícios somente serão revogados CONFORME AS DISPOSIÇÕES DAS LEIS QUE TRATAM DAS RESPECTIVAS MATÉRIAS. Acrescenta que art. 41, dessa mesma lei, determina quais são as penalidades que podem ser aplicadas pela infração da legislação do ICMS, prevendo expressamente o cancelamento de benefícios fiscais.

Expõe que a Lei nº 7.014/96 determina em seu art. 48 que este cancelamento dos benefícios fiscais somente poderá ser feito mediante o atendimento das regras específicas para tal revogação do benefício.

Conclui que a lei maior do ICMS na BAHIA não confere poderes aos Auditores da Secretaria da Fazenda para cancelar unilateralmente qualquer tipo de benefício ou incentivo fiscal.

Destaca que é imperioso consultar a legislação de regência do DESENVOLVE, ou seja, a Lei Estadual 7.980/01 e seu respectivo regulamento, além do Decreto 8.205/2002, para verificar se houve regular cancelamento dos benefícios, de acordo com tais normas.

Relata que no silêncio da Lei Estadual, o Decreto 8.205/2002, elenca, em seu artigo 19, as específicas hipóteses de cancelamento do benefício fiscal do DESENVOLVE.

Explica que o parágrafo 1º do artigo 19 é claríssimo ao dizer que somente uma nova resolução do Conselho Deliberativo do DESENVOLVE pode cancelar o incentivo concedido, e ainda assim mediante prévio parecer da sua Secretaria Executiva.

Enfatiza que depois de concedido o benefício fiscal, somente o próprio Conselho Deliberativo do DESENVOLVE pode cancelá-lo, e ainda assim, mediante um procedimento específico, que é um prévio parecer da Secretaria Executiva e, depois, a edição de uma Resolução específica do Conselho determinando o cancelamento.

Afirma que não houve nenhuma Resolução do Conselho do DESENVOLVE cancelando os benefícios, mas sim a edição da Resolução 138/2011 reconhecendo expressamente que a SANSUY faz jus aos benefícios.

Ressalta, ainda, uma resposta dada pela Secretaria de Indústria, Comércio e Mineração, a quesitos formulados pela Autuada em específico processo administrativo, quando ainda havia dúvida sobre a eficácia dos benefícios.

Alega que o direito aos benefícios já foi acolhido e reconhecido pela própria Procuradoria do Estado da Bahia, nos autos do processo administrativo originado do primeiro auto de infração ocorrido sobre este tema. Transcreve o Parecer da Procuradora Dra. Angeli Maria Guimarães Feitosa, visando comprovar sua alegação.

Cita o art. 178 do CTN, como o intuito de ratificar que somente o Conselho Deliberativo do DESENVOLVE tem competência para cancelar ou suspender os incentivos fiscais conferidos pelo DESENVOLVE. Reclama que os Auditores, ao usurparem esta competência, agiram sem qualquer lastro normativo.

Lembra que vige no País o princípio da reserva legal, pelo qual apenas lei ordinária pode impor obrigações e penalidades aos cidadãos brasileiros, e que desse modo, o cancelamento do benefício somente poderia se dar de acordo com o que reza a lei ordinária.

Sobre a impossibilidade de normas jurídicas secundárias, tais como mero ato administrativo de lançamento tributário, instituírem penalidades por descumprimento de obrigações tributárias, colaciona algumas jurisprudências a respeito do assunto.

Ressalta que também por inexistência de previsão legal no âmbito do diploma normativo que rege o BAHIPLAST, é totalmente ilegítima a glosa dos créditos presumidos já apropriados por inadimplência momentânea da Impugnante, pelo que deve ser julgado improcedente o auto de infração ora vergastado.

Por fim, diz que há que se levantar que a aplicação da referida glosa aos benefícios fiscais já apropriados pela empresa Impugnante, em última análise, implicou em evidente afronta ao art. 1º, 2º, incisos I e II e 3º da Lei Estadual Lei nº 7.980, de 12 de dezembro de 2001, e também em violação aos objetivos estabelecidos pelo Programa DESENVOLVE.

Reclama que o cancelamento unilateral dos benefícios fiscais feito no lançamento guerreado viola tais objetivos, na medida em que acaba por dificultar ainda mais as indústrias aderentes do Programa, impondo-lhes obrigações adicionais, gravosas e retroativas, o que uma interpretação sistemática das normas em comento não permite.

Acrescenta que não há na espécie dolo ou má-fé da Impugnante no cumprimento de suas obrigações tributárias para com o Estado da Bahia, e que ao contrário, espontaneamente sempre cumpriu suas obrigações, pagando o ICMS que lhe cabe pagar.

Complementando sua impugnação, o autuado faz ainda uma breve exposição a respeito da multa aplicada, considerando-a abusiva, contestando o entendimento dos autuantes de que teria havido ação ou omissão fraudulenta.

Diz que a tipificação legal dessa penalidade confirma a alegação de que não há previsão legal para a multa aplicada, e que deve ser observado o disposto no art. 112 do Código Tributário Nacional.

Reafirma que no caso concreto é evidente que não houve intenção dolosa, pois agiu na plena certeza de que faz jus aos benefícios fiscais, e para sustentar as argumentações relativas à multa aplicada, transcreve artigos do RPAF/BA, ensinamentos de Sacha Calmon Navarro Coelho, bem como parte do RE 595553, do STF.

Ao final, requer seja declarado nulo de pleno direito o auto de infração, mediante o acolhimento das preliminares de nulidades e inconsistências apontadas na defesa, ou então, no mérito, que seja julgado totalmente improcedente a autuação, mediante o reconhecimento do direito da Impugnante aos benefícios fiscais concedidos no âmbito do Desenvolve, na incompetência da SEFAZ/BA para cassar e/ou liminar os atos de concessão do referido programa de benefícios e nos demais argumentos levantados na defesa, ou então, que ao menos seja reduzido o valor da multa a patamares aceitáveis (não superiores a 20%), diante da sua evidente abusividade e ilegitimidade.

Os autuantes prestam a informação fiscal, fls. 503 a 534, nos seguintes termos:

Preliminarmente, ressaltam que o Contribuinte já foi anteriormente autuado em diversas oportunidades por cometer esta mesma Infração 01 – 03.08.05: Auto de Infração nº 299314.0002/07-1 (procedente, relativo ao período de março de 2005 a outubro de 2007), Auto de Infração nº 299314.0100/11-1 (procedente, referente ao período de novembro a dezembro de 2007), Auto de

Infração nº 299314.0701/12-3 (procedente, relativo ao exercício de 2008), Auto de Infração nº 299314.0901/12-2 (procedente, relativo ao exercício de 2009), Auto de Infração nº 299314.1101/13-8 (procedente, relativo ao exercício de 2010), Auto de Infração nº 299314.1201/13-2 (procedente, relativo ao exercício de 2011), Auto de Infração nº 299314.0801/15-2 (procedente, relativo ao exercício de 2012), Auto de Infração nº 299314.0901/15-7 (procedente, relativo ao exercício de 2013), Auto de Infração nº 299314.0001/17-2 (relativo ao exercício de 2014) e Auto de Infração nº 299314.0002/17-9 (relativo ao exercício de 2015).

Entendem que foi bastante facilitado o reconhecimento por parte do Contribuinte da continuada prática dos mesmos procedimentos que caracterizam a infração em tela.

Em seguida rebatem as preliminares de nulidade suscitadas dizendo que ao contrário do que manifesta o Contribuinte, às fls. 02, se pode verificar a descrição da infração enriquecida com histórico detalhado e ricamente documentado sobre a evolução dos incentivos fiscais concedidos às empresas Sansuy S/A Indústria de Plásticos e Viniartefatos Comércio Importação e Exportação, com destaque para a incorporação da segunda empresa pela primeira e a transferência dos incentivos através da Resolução nº 15/2005 do Conselho Deliberativo do Desenvolve, e em "Inadequações Encontradas" se tem um resumido histórico das práticas realizadas pelo Contribuinte, conforme consta do Auto de Infração e anexos às fls. 05 a 365 do PAF, cujo teor são de pleno conhecimento do Contribuinte.

Acrescentam que o Contribuinte recebeu cópia do auto e todos os demonstrativos, levantamentos e documentos integrantes do Auto de Infração, tornando insustentável qualquer alegação de cerceamento de defesa. Explicam que o Contribuinte preferiu não aproveitar a oportunidade para explicar os fatos descritos no texto do que chamam de "Inadequações Encontradas", fatos estes descritos e comprovados com cópias de documentos anexados ao PAF, que demonstram o porquê ficaram prejudicados os objetivos originais manifestados pelo Contribuinte SANSUY S/A INDÚSTRIA DE PLÁSTICOS em relação ao Programa DESENVOLVE.

Aduzem que a prova da ocorrência material do tributo encontra-se anexado ao processo (fls. 05 a 365), contendo repleta documentação comprobatória, composta de cópias de livros contábeis, fiscais, dentre outros documentos que comprovam que o Contribuinte cometeu a infração autuada.

No mérito, salientam que a citada Resolução nº 35/2004 foi antecedida pelo necessário Protocolo de Intenções firmado entre a VINIARTEFATOS e o ESTADO da BAHIA com data de 06 de agosto de 2004, conforme descrito no detalhamento da Infração nos autos, e cuja cópia se encontra no PAF (fls. 182 a 186). Acrescentam que às fls. 141 a 190 encontra-se cópia completa do pedido da VINIARTEFATOS para habilitação ao DESENVOLVE, bem como cópia do Protocolo de Intenções, cópia de inteiro teor da Resolução nº 35/2004 e a Resolução nº 15/2005 que transferiu os benefícios do DESENVOLVE concedidos à VINIARTEFATOS para a SANSUY, por força decorrente da incorporação da VINIARTEFATOS pela SANSUY.

Enfatizam que quando o Contribuinte recebe em transferência os benefícios concedidos à VINIARTEFATOS, recebe não somente direitos, mas, também, obrigações, mas que estranhamente, o Contribuinte passa a defender a fruição do benefício do Programa DESENVOLVE sem contrapartida para com o Estado da Bahia.

Ressaltam que o Autuado defende que a citada resolução (Resolução nº 15/2005) o autoriza a aproveitar o benefício fiscal sem qualquer condição, ou seja, na prática o Contribuinte entende ter assegurado o direito de uso de benefício fiscal e o Estado da Bahia a obrigação de suportar a renúncia fiscal sem nada reclamar, o que, de fato não é o que se extrai da Lei nº 7.980 - Programa DESENVOLVE, regulamentada pelo Decreto nº 8.205.

Enfatizam que Viniartefatos firmou em 06/08/2004 com o Estado da Bahia um Protocolo de Intenções no qual se compromete a realizar instalação de indústria no Estado da Bahia, no município de Camaçari, com investimentos no valor de aproximadamente R\$63.000.000,00 (sessenta e três milhões de Reais), gerar 700 (setecentos) empregos diretos e 1.000 (mil) indiretos,

desenvolver e empregar moderna tecnologia no processo industrial e produto, absorver a título de primeiro emprego, pelo menos 2 (dois) trabalhadores, como forma de inserção do jovem no mercado de trabalho e manter o mínimo de 2 (dois) portadores de deficiência recrutados através das Voluntárias Sociais da Bahia, mas que tais compromissos não foram respeitados pela Viniartefatos e nem pela Sansuy.

Explicam que o Contribuinte se insurge injustamente contra suas obrigações para com o Estado da Bahia para não cumprir as mesmas, contudo, entende regular seu direito ao benefício fiscal referente ao Programa DESENVOLVE sem cumprir as contrapartidas acordadas, dentro de um conjunto de direitos e obrigações mutuamente ajustados.

Destacam que o Contribuinte não anexa qualquer documento que comprove investimento em conformidade com suas obrigações assumidas com o Estado da Bahia para fruição do benefício do Programa DESENVOLVE. Afirram que o autuado não apresenta documentos que comprovam os citados investimentos, pois, os investimentos nunca existiram. Consideram que se o autuado apresentasse qualquer documento referentes ao Auto de Infração, apenas produziria novamente provas contra si, visto que, os documentos fiscais se prestariam unicamente a comprovar que o que chama de investimentos apenas se tratam de equipamentos reformados e uma grande quantidade de itens tais como rolamentos, cantoneiras, tinta, chapa de acrílico, parafuso, anéis, mancal, cilindro, eixos, tubo, niple, bucha, engrenagem, retentores, roletes, juntas e outros, que constituem peças de reposições utilizadas nas máquinas e equipamentos do estabelecimento autuado.

Transcrevem parte do voto do Auto de Infração 299314.0002/07-1, já julgado pelo CONSEF, visando confirmar as informações acima expostas.

Ratificam que nenhum investimento foi feito pelo Contribuinte para que pudesse usufruir o benefício fiscal do Programa DESENVOLVE. Alegam que é possível verificar na cópia do Livro de Controle de Crédito de ICMS do Ativo Permanente – CIAP, relativo ao exercício de 2016 (fls. 335 a 347), que o mesmo faz prova contra o autuado, pois, como se pode facilmente verificar, nenhum valor se encontra nele registrado que possa ser relacionado ao cumprimento da obrigação que o impugnante assumiu com o Estado da Bahia para usufruir os benefícios do Programa Desenvolve.

Destacam que além da comprovada ausência de qualquer investimento, constataram que há declínio do número de empregados do Contribuinte ao longo dos anos. Aduzem que o Contribuinte declarou mensalmente o número de empregados no último dia do mês através de suas DMAs (DMA – Declaração e Apuração Mensal do ICMS), e que na ação foram analisadas as informações obtidas das referidas DMAs referentes ao período de jan/2005 a dez/2016, sendo elaborado o “QUADRO RESUMO – RELAÇÃO DO NÚMERO DE EMPREGADOS NO ÚLTIMO DIA DO MÊS” (fls. 349 a 361), no qual se constata o mencionado declínio do número de empregados do Contribuinte no último dia do mês referente ao período de jan/2005 a dez/2016.

Percebem que o Contribuinte, após autuações sucessivas, resolve construir uma outra linha de defesa, alegando que a consulta formulada ao Conselho Deliberativo do DESENVOLVE, respondida pela Resolução 138/2011, reconhece o direito ao benefício do Programa DESENVOLVE, concedidos originalmente através da Resolução nº 35/2004 para a VINIARTEFATOS e transferido posteriormente para SANSUY através da Resolução nº 15/2005.

Todavia, informam que o próprio CONSEF já tinha manifestado seu entendimento pela pertinência da autuação de Contribuinte beneficiado pelo Programa DESENVOLVE em débito com a fazenda pública estadual sem que isto implique ou represente cancelamento do referido Programa. Citam o voto extraído do Acórdão CJF Nº 0219-12/10, que diz: “... *Não se tem dúvida que o cancelamento de um contribuinte do Programa do DESENVOLVE é da competência exclusiva do Conselho Deliberativo desse Programa e, coerentemente, com esse posicionamento, não houve no Auto de Infração em epígrafe o alegado cancelamento de incentivo fiscal. O que houve foi a cobrança do imposto indevidamente dilatado, em razão de*

não ter o recorrente, à época dos fatos, implementado as condições necessárias para usufruir do incentivo fiscal que lhe fora concedido. Assim que sejam atendidas as condições necessárias para o gozo do incentivo fiscal, o recorrente poderá se beneficiar da dilação de prazo prevista na Resolução 35/2004....”.

Explicam que de fato, o direito da SANSUY aos benefícios do Programa DESENVOLVE sempre esteve preservado, contudo, tal direito, por reciprocidade, implica no cumprimento de obrigações assumidas para com o Estado da Bahia. Acrescentam que se a SANSUY resolve não cumprir as obrigações, também, resolve não aproveitar os direitos.

Relatam que o Contribuinte tenta fazer entender que foi atingido por um cancelamento do benefício fiscal do Programa DESENVOLVE na ação fiscal que resultou a autuação em tela, porém ressaltam que em momento algum houve o cancelamento dos benefícios, não havendo motivos para se falar em cancelamento.

Explanam que, no exercício de sua competência privativa, procederam ao exame dos créditos e débitos fiscais do ICMS apropriados mensalmente pelo contribuinte Sansuy S/A Indústria de Plásticos e a consequente repercussão no recolhimento do ICMS devido. Afirmam que foram considerados os vários roteiros de auditoria e que no caso em tela, após os citados exames, verificou-se que o Contribuinte incorreu na infração nº 03.08.05, comprovada ricamente pelos documentos anexados ao PAF, não dependendo de qualquer cancelamento.

Acrescentam que o Contribuinte transcreve parte do Parecer de doutora Ângeli Maria Guimarães Feitosa, tentando se aproveitar do mesmo, mas que o Parecer da doutora Sylvia Maria Amoêdo Cavalcante, procuradora do Estado, discorda do primeiro Parecer mencionado, ratificando a fundamentação quanto ao afastamento das arguições de nulidade do lançamento. Dizem que para comprovar esta afirmação anexaram ao presente PAF o Acórdão CJF Nº 0219-12/10 (fls. 297 a 311), que demonstra que o CONSEF tem conhecimento da existência e dos teores dos citados Pareceres, e que o Parecer de doutora Ângeli Maria Guimarães Feitosa não se presta ao fim pretendido pelo Autuado, ou seja, elidir a infração ora guerreada.

Informam que do Acórdão CJF Nº 0219-12/10 (fls. 297) foram extraídos que a ilustre procuradora (doutora Sylvia Maria Amoêdo Cavalcante) ressalta que foi lícita a incorporação da Viniartefatos e que os autuantes não cancelaram o benefício do DESENVOLVE concedido à Sansuy. Afirma que a Decisão recorrida está correta, pois o recorrente não cumpriu as condições pactuadas no Protocolo de Intenções firmado com o Estado da Bahia, deixando, assim, de fazer os investimentos e de criar os empregos previstos. Diz que, desse modo, não houve para o Estado da Bahia benefício que compensasse a renúncia fiscal advinda do parcelamento do ICMS em 72 meses. Opina, ao final, pelo não provimento do Recurso Voluntário, para que seja o Auto de Infração julgado procedente, com o retorno da multa aplicada ao percentual de 100%.

Acrescentam que o parecer do Procurador Assistente da PGE/PROFIS (doutor José Augusto Martins Junior), às fls. 303/304, sustenta que os papéis de trabalho comprovam que o recorrente nunca cumpriu os requisitos firmados na habilitação do benefício pela Viniartefatos Comércio Importação e Exportação Ltda. Destaca que a Viniartefatos nunca existiu de fato, tanto que não há qualquer comprovação dos pagamentos das máquinas e equipamentos. Frisa que a Viniartefatos, nunca ofertou nenhum emprego e jamais praticou qualquer operação comercial de aquisição de insumos para produção de bens. Afirma que a Viniartefatos Comércio Importação e Exportação Ltda. não tinha direito à fruição dos benefícios do DESENVOLVE, por descumprimento do Protocolo de Intenções firmado para habilitação no programa. Diz que o benefício do DESENVOLVE jamais poderia ser transferido ao recorrente, pois não é possível se transferir direitos que não possui. Aduz que o recorrente também descumpriu as condições impostas na referida habilitação, pois não houve criação, expansão ou modernização de parque industrial, já que sempre utilizou o seu parque industrial em todos os momentos do benefício.

Destacam também que o entendimento reportado pelo Autuado foi revisto no Acórdão CJF Nº 0219-12/10, que transcrevem integralmente.

Enfatizam que o Contribuinte mantém sua prática de evitar os fatos fundamentados no presente PAF na tentativa de promover sua defesa sem contestá-los objetivamente. Alegam que o Defendente acrescenta extratos de julgados que nenhuma relação tem com a sua causa, portanto sem qualquer proveito para sua defesa.

Assevera que o Autuado transcreve os artigos 1º e 3º, da Lei nº 7.980/01 que apontam na direção das obrigações do Contribuinte para com o Estado da Bahia, mas que não demonstra ter interesse em atender aos objetivos do Programa DESENVOLVE para cumprir suas obrigações quanto à finalidade dos incentivos fiscais, ou seja, o Contribuinte defende a fruição do benefício do Programa DESENVOLVE sem contrapartida para com o Estado da Bahia.

Dessa forma, afirmam que o Autuado nada apresenta em contrapartida à renúncia fiscal que o Estado da Bahia se dispõe a suportar para ver viabilizado o objetivo do programa DESENVOLVE.

Voltam a ratificar que a Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, em momento algum promoveu, sob qualquer aspecto, o cancelamento do benefício fiscal concedido ao contribuinte Sansuy S/A Indústria de Plásticos relativamente ao Programa DESENVOLVE.

Explicam que uma vez concedidos benefícios fiscais mediante resoluções, para empresas integrantes dos programas instituídos, cabe à fiscalização verificar os procedimentos adotados pelos contribuintes em cumprimento das normas contidas na legislação tributária e caso a fiscalização constate práticas adotadas pelos contribuintes que conflitem com as normas, é de competência dos auditores fiscais fazer o lançamento de ofício. Aduzem que neste sentido procederam ao exame dos créditos e débitos fiscais do ICMS apropriados mensalmente pelo contribuinte Sansuy S/A Indústria de Plásticos e a consequente repercussão no recolhimento do ICMS devido.

No que diz respeito à reclamação quanto à multa aplicada e seu pedido de redução, aduzem que não compete aos Auditores Fiscais o julgamento e sua graduação.

Colacionam ainda parte do voto do Acórdão CJF Nº 0219-12/10, salientando que o próprio CONSEF tem manifestado seu entendimento pela pertinência da autuação de Contribuinte beneficiado pelo Programa DESENVOLVE em débito com a fazenda pública estadual sem que isto implique ou represente cancelamento do referido benefício – Programa DESENVOLVE.

Ao final, refutam toda e qualquer expectativa do Contribuinte de ver a presente autuação ser julgada nula, no mérito ratificam que a mesma é procedente, e apresentam o resumo abaixo:

- o contribuinte Viniartefatos tinha se comprometido a implantar na Bahia uma unidade industrial que, dentre outras características representava um investimento de aproximadamente R\$ 63 milhões, a criação de mais de setecentos empregos diretos e, pelo menos, mais mil empregos indiretos;
- contudo, a Viniartefatos não chegou a implantar a unidade industrial projetada, bem como não realizou os investimentos previstos e nem criou os empregos prometidos, pois, foi incorporada pela Sansuy S.A. Indústria de Plásticos em 17/12/2004;
- foram transferidos os benefícios do DESENVOLVE concedidos a Viniartefatos para a Sansuy, cabendo, portanto, a Sansuy S.A. Indústria de Plásticos, cumprir os compromissos firmados para fruição do citado benefício;
- a empresa incorporadora, a Sansuy S.A. Indústria de Plásticos, também não implantou a unidade fabril prometida e nem cumpriu os demais requisitos necessários ao gozo dos benefícios fiscais, limitando-se a dar continuidade à operação de seu parque industrial, o qual já estava montado e em pleno funcionamento;
- restou comprovado, como verificamos no presente PAF referente o Auto de Infração 299314.0001/18-0, que a Sansuy continuou procedendo no período de janeiro a dezembro de 2016 da maneira idêntica ao período de março de 2005 a dezembro de 2015, já que não houve a implantação da unidade fabril projetada, a aplicação dos investimentos programados, a criação

dos empregos prometidos, a implantação de nova tecnologia, a geração de receitas e nem a fabricação dos produtos previstos.

VOTO

Inicialmente, constato que o Auto de Infração foi lavrado com a estrita observância aos ditames contidos no art. 39 do RPAF/99, a descrição dos fatos considerados como infração das obrigações foram apresentados de forma clara, precisa e sucinta, encontrando-se apto a surtir seus efeitos jurídicos e legais.

Estão determinados o contribuinte autuado, o montante do débito tributário e a natureza da infração apurada. Os competentes demonstrativos, produzidos pelos autuantes, estão em consonância com a infração tipificada e foram devidamente entregues ao sujeito passivo, que compareceu em sede de defesa, abordando com clareza e precisão todos os aspectos do lançamento realizado, demonstrando ter plena ciência dos motivos da autuação, não se podendo falar da presença de cerceamento de defesa.

Assim, não havendo vícios na lavratura do Auto de Infração, tampouco no decorrer da instrução processual, que possam inquinar de nulidade o lançamento, passo à análise do mérito, como segue.

O Auto de Infração exige ICMS em decorrência do recolhimento a menos do imposto, em razão de uso indevido de incentivo fiscal previsto no Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – DESENVOLVE, a título de dilatação de prazo previsto no Decreto nº 8.205/03.

A acusação versa que o defendante incorporou a empresa VINIARTEFATOS, e consequentemente, incorporou também os benefícios fiscais concedidos à incorporada, sem que houvesse cumprido as etapas previstas no protocolo de intenções, assinado com o Estado da Bahia.

Dentre estes compromissos, destacam-se: aplicar investimento de 63 milhões, criação de setecentos empregos diretos e mais de mil empregos indiretos, empregar tecnologia moderna. Entretanto, os autuantes constataram que, nem a empresa incorporada, a VINIARTEFATOS, nem a incorporadora, a empresa autuada SANSUY, cumpriram qualquer etapa prevista no acordo de intenções que a habilitavam ao gozo dos benefícios de incentivos fiscais do Programa.

Em conformidade com o livro de Registro de Empregados, o autuado não gerou nenhum emprego, não realizou qualquer investimento, ao contrário, adquiriu máquinas com mais de um ano de uso, conforme notas fiscais de aquisição de ativos registradas em sua contabilidade, não adquiriu insumos, não produziu, não constituiu estoques, não imprimiu documentos fiscais. Outrossim, o terreno cedido pela Sansuy para implantação da Viniartefatos não foi edificado, visto que foi incorporada em seguida (2004) pela primeira, e os sócios são os mesmos em ambas as empresas. Enfim, os objetivos originais que resultaram na concessão de benefícios e incentivos do Programa DESENVOLVE, foram prejudicados, tendo em vista que nem a Viniartefatos, nem a Sansuy que a incorporou, cumpriram o que foi pactuado com o Estado da Bahia.

A VINIARTEFATOS foi contemplada com os benefícios previstos no DESENVOLVE (Res. 35 de 19/08/04), para “produzir artigos de malhas têxteis (laminados e confeccionados)”, com diferimento no lançamento e pagamento do ICMS, (a) na importação, aquisições internas e em outros Estados de bens de ativo (b) aquisição internas de insumos e embalagens destinadas a fabricantes de artigos de malharia e (c) dilação de prazo de 72 (setenta e dois) meses para pagamento do saldo devedor do ICMS, relativo às operações próprias, gerado em razão dos investimentos previstos no projeto incentivado.

Tendo a VINIARTEFATOS sido incorporada pela SANSUY S/A, que renunciou aos benefícios do BAHIAPLAST, para poder usufruir dos benefícios acima elencados, inclusive da dilação de prazo de 72 meses para pagamento do saldo devedor do ICMS, certamente o autuado, como incorporador, deveria também cumprir o protocolo de intenções assumido pela cindida. Entretanto, não foi trazido ao processo qualquer prova de que gerou os empregos, implantou

novas tecnologias, criou um faturamento adicional que correspondesse ao já existente na SANSUY, somado ao projetado e pactuado com o Estado, pela VINIARTEFATOS, em contrapartida aos benefícios que lhe foram concedidos pelo Programa DESENVOLVE.

Ocorre que a concessão de benefícios fiscais implica renúncia de receitas tributárias em detrimento de outros benefícios. Na situação presente, ao conceder dilação do pagamento do saldo devedor do ICMS incidente sobre as operações próprias (bem como diferimento do pagamento do ICMS na aquisição de bens do ativo e insumos utilizados na produção), o Estado deixou de arrecadar o imposto relativo a diversas operações, e o valor do imposto que deveria ser arrecadado de imediato, ao ser postergado, significou, de fato, redução do seu valor.

Conforme previsto na legislação, o imposto devido a ser pago no futuro pode ser pago em valor presente com deságio. A contrapartida desta renúncia fiscal é o que a empresa se comprometeu a fazer, investimento no Estado, implementação de nova tecnologia, geração de empregos e renda, o que de fato não provou ter realizado.

Cabe ainda destacar, que ao contrário do que reclama o autuado, em sua peça defensiva, não houve no Auto de Infração em epígrafe o alegado cancelamento de incentivo fiscal. O que houve foi a cobrança do imposto indevidamente dilatado, em razão de não ter o recorrente, à época dos fatos, implementado as condições necessárias para usufruir do incentivo fiscal que lhe fora concedido.

Importante registrar que o entendimento acima exposto, já faz parte de reiteradas decisões deste Conselho de Fazenda, em autuações anteriores contra este mesmo autuado.

Na oportunidade, citamos como exemplo a decisão exarada para o Auto de Infração de nº 299314.0002/07-1, que também possui fatos e fundamentos jurídicos idênticos ao caso em análise, com exceção apenas do período de ocorrência dos fatos geradores da obrigação, sendo que, o primeiro é relativo ao período de março de 2005 a outubro de 2007, e este, se refere aos meses de janeiro a dezembro de 2016.

Naquele processo, todos os argumentos trazidos pela defesa no Auto de Infração nº 299314.0002/07-1, foram objeto de análise por este CONSEF, e os fatos ali apontados guardam similaridade com os deste Auto de Infração, tendo sido julgado procedente pela 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, como transcreto abaixo:

"Trata o presente processo de recolhimento a menos de ICMS, no valor de R\$ 19.307.799,23, em decorrência da utilização de incentivo fiscal – dilação do prazo para o pagamento do imposto relativo a operações próprias – em desacordo com a legislação do Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – DESENVOLVE, modificando, assim, as características essenciais da obrigação tributária principal.

Preliminarmente, o recorrente suscita a nulidade do Auto de Infração por considerar que faltava aos autuantes competência para fiscalizar o atendimento de compromissos assumidos em projetos do Programa DESENVOLVE.

O Programa DESENVOLVE, instituído pela Lei nº 7.980/01, trata da concessão de incentivos fiscais com o objetivo de diversificar a matriz industrial do Estado. Por versar sobre incentivos fiscais condicionados, a inobservância das condições previstas acarreta a cobrança do imposto que deixou de ser recolhido e da multa cabível, ao teor do disposto no artigo 38 c/c artigo 42, ambos da Lei nº 7.014/96. No caso em tela, os autuantes consideraram que havia inadequações no cumprimento das condições necessárias para o gozo do incentivo fiscal da dilação de prazo concedido à Viniartefatos – Comércio Importação e Exportação LTDA. e, em consequência, lavraram o Auto de Infração em epígrafe para cobrar o ICMS que deixou de ser recolhido e para impor a correspondente multa.

Ao assim agir, os auditores fiscais autuantes cumpriram o dever funcional de constituir o crédito tributário mediante o lançamento de ofício, amparados no artigo 107 da Lei nº 3956/81 (COTEB), que prevê que compete à Secretaria da Fazenda a fiscalização dos tributos estaduais, cabendo aos auditores fiscais a competência para a lavratura de Auto de Infração para a cobrança de tributos, multas e acréscimos legais. Ademais, há que se ressaltar que o crédito tributário está submetido ao prazo quinquenal de decadência, nos termos dos artigos 150, § 4º, e 173, ambos do CTN. Não se pode, portanto, dizer que os autuantes tenham extrapolado as suas funções e praticado ato para o qual não tinham a necessária competência. Afasto, assim, essa primeira preliminar de nulidade.

Suscita o recorrente a nulidade do lançamento tributário por falta de indicação do dispositivo legal infringido e por ausência de descrição clara e precisa da autuação.

Examinado as peças processuais, consta-se que, além da descrição da infração conforme o padrão do sistema de automatizado de emissão de Auto de Infração (fl. 01), os autuantes tiveram o cuidado de explicar, detalhadamente, a irregularidade apurada (fl. 02), bem como elaboraram onze anexos referentes à determinação da infração e do imposto lançado (fls. 19 a 312). Assim, ao contrário do afirmado pelo recorrente, considero que a descrição da infração foi satisfatória e permitiu o pleno exercício do direito de defesa. Observo que, no Auto de Infração, foi consignado como dispositivo infringido o artigo 1º do Decreto nº 8.205/02 (Regulamento do DESENVOLVE). Essa indicação de dispositivo regulamentar, nos termos do artigo 19 do RPAF/99, equivale à menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente, sendo que a sua indicação não é razão para a nulidade do lançamento, uma vez que a descrição dos fatos é clara e permite o exercício do direito de defesa em sua plenitude.

Ainda em preliminar, o recorrente argui a nulidade do Auto de Infração, pois considera que houve um cancelamento indevido do incentivo fiscal em questão.

Essa preliminar de nulidade aborda uma questão que melhor se enquadraria em uma análise do mérito da lide. Como o recorrente arguiu essa questão do cancelamento como uma preliminar de nulidade, assim a apreciarei. Quando entrar no mérito da lide, voltarei ao exame da questão.

Não se tem dúvida que o cancelamento de um contribuinte do Programa do DESENVOLVE é da competência exclusiva do Conselho Deliberativo desse Programa e, coerentemente, com esse posicionamento, não houve no Auto de Infração em epígrafe o alegado cancelamento de incentivo fiscal. O que houve foi a cobrança do imposto indevidamente dilatado, em razão de não ter o recorrente, à época dos fatos, implementado as condições necessárias para usufruir do incentivo fiscal que lhe fora concedido. Assim que sejam atendidas as condições necessárias para o gozo do incentivo fiscal, o recorrente poderá se beneficiar da dilação de prazo prevista na Resolução 35/2004. No entanto, caso o presente Auto de Infração venha a ser julgado procedente em caráter definitivo na esfera administrativa, a autoridade competente deverá representar ao Secretário da Fazenda, para que ele solicite ao CD do DESENVOLVE o cancelamento da habilitação do recorrente no referido Programa.

O recorrente argui a nulidade do lançamento em razão da existência de quatro Pareceres da PGE/PROFIS no presente processo, pois interpreta esse fato como uma insegurança na determinação da infração. Não acato essa preliminar, haja vista que esses Pareceres são apenas opinativos e não vinculam a Decisão da lide.

Suscita o recorrente a nulidade do Parecer da PGE/PROFIS de fls. 1538 a 1549, por considerar que esse Parecer carece de amparo legal e foi emitido após o prazo regulamentar. Afasto essa preliminar de nulidade, pois os Pareceres de fls. 1152/1156 e 1538/1549 foram emitidos com respaldo no art. 42, inc. II, da Lei Complementar nº 34/09, que prevê que o procurador assistente da PGE/PROFIS deverá manifestar-se em caráter conclusivo sobre Pareceres emitidos pelos procuradores lotados no Núcleo de Procuradoria, quando se tratar de questões das quais possam resultar prejuízos ao Erário estadual. Por seu turno, a data da emissão do Parecer de fls. 1538/1549 não é motivo para invalidá-lo, constituindo uma questão administrativa interna à PGE/PROFIS.

Em fase recursal, o recorrente solicitou a realização de diligência, todavia não vislumbro razão para o atendimento desse pleito, pois considero que os elementos já existentes nos autos são suficientes para a formação do convencimento dos julgadores. Dessa forma, com fulcro no art. 147, I, "a", do RPAF/99, indefiro a solicitação de diligência.

No que tange à diligência sugerida pelo procurador assistente da PGE/PROFIS no seu Parecer de fls. 1538/1549, observo que o recorrente trouxe ao processo novo instrumento de mandado, suprindo, assim, qualquer falha que eventualmente houve quanto à outorga de poderes de representação. Em relação ao alegado equívoco na numeração do processo, não apurei a falha indicada pelo procurador e, em consequência, não acolho a sugestão do ilustre procurador. Quanto à procuração outorgando poderes de representação ao doutor Edgar Silva Neto, caberá à Coordenação Administrativa do CONSEF providenciar o seu desentranhamento e devolução do documento, conforme solicitado na petição de fls. 1534 e 1535.

Adentrando no mérito, verifico que a razão do presente lançamento tributário foi, em síntese, o não cumprimento de requisitos discriminados no Protocolo de Intenções firmado pela Viniartefatos Comércio, Importação e Exportação Ltda. com o Estado da Bahia, o que lhe impedia de usufruir o incentivo fiscal da dilação de prazo previsto no Programa DESENVOLVE concedido por meio da Resolução nº 35/2004 (fls. 1125 e 1126). Segundo os autuantes, os requisitos não cumpridos, que eles denominaram de "Inadequações Encontradas", foram os seguintes: I - não foi efetuado o investimento de R\$ 63.000.000,00; II - não houve a edificação da fábrica projetada; III - não foram criados os 1.700 novos empregos diretos e indiretos prometidos. Dessa forma, os autuantes refizeram a apuração do imposto devido pelo recorrente, no período de março de 2005 a outubro de 2007, excluindo o incentivo fiscal da dilação do prazo para o pagamento do ICMS, conforme demonstrativo à fl. 19.

Para um melhor entendimento das questões envolvidas no presente processo, transcrevo a seguir o disposto no artigo 3º da Lei nº 7980/01, que instituiu o DESENVOLVE:

Art. 3º Os incentivos a que se refere o artigo anterior têm por finalidade estimular a instalação de novas indústrias e a expansão, a reativação ou a modernização de empreendimentos industriais já instalados, com geração de novos produtos ou processos, aperfeiçoamento das características tecnológicas e redução de custos de produtos ou processos já existentes.

§ 1º Para os efeitos deste Programa, considera-se:

I - nova indústria, a que não resulte de transferência de ativos de outro estabelecimento da mesma empresa ou de terceiros, oriundos da Região Nordeste;

II - expansão industrial, o aumento resultante de investimentos permanentes de, no mínimo, 35% (trinta e cinco por cento) na produção física em relação à produção obtida nos 12 meses anteriores ao pedido;

III - reativação, a retomada de produção de estabelecimento industrial cujas atividades estejam paralisadas há mais de 12 meses;

IV - modernização, a incorporação de novos métodos e processos de produção ou inovação tecnológica dos quais resultem aumento significativo da competitividade do produto final e melhoria da relação insumo/produto ou menor impacto ambiental.

§ 2º Considera-se, também, expansão o aumento da transformação industrial que objetive ganhos de escala ou de competitividade, ou a conquista de novos mercados ou que implique em aumento real no valor da produção total do empreendimento.

Examinado a Resolução nº 35/2004 (fls. 186 e 187), constata-se, no seu artigo 1º, que o Conselho Deliberativo do Desenvolve considerou habilitado ao Programa do DESENVOLVE, o projeto de implantação da VINIARTEFATOS - COMÉRCIO, IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA., pelo que foram concedidos a essa empresa os incentivos fiscais da dilação do prazo para pagamento do ICMS e do diferimento. Posteriormente, esses incentivos foram transferidos para a Sansuy S/A Indústria de Plásticos, por meio da Resolução nº 15/2005 (fl. 196), em decorrência da incorporação da Viniartefatos pela Sansuy.

A Resolução nº 35/2004, do CD do DESENVOLVE, habilitava a Viniartefatos aos referidos incentivos fiscais em contrapartida à implantação da indústria descrita no projeto apresentado pelo recorrente e que se encontra acostado às fls. 148/176. Nesse projeto, está claro que a Viniartefatos se comprometia a implantar na Bahia uma unidade industrial que, dentre outras características representava um investimento de aproximadamente R\$ 63 milhões, a criação de mais de setecentos empregos direitos e, pelo menos, mais mil empregos indiretos.

Uma vez que a Viniartefatos foi incorporada pela Sansuy em 17/12/04, a empresa incorporada não chegou a implantar a unidade industrial projetada, bem como não realizou os investimentos previstos e nem criou os empregos prometidos. Por seu turno, a empresa incorporadora, a Sansuy S.A. Indústria de Plásticos, também não implantou a unidade fabril prometida e nem cumpriu os demais requisitos necessários ao gozo dos benefícios fiscais, limitando-se a dar continuidade à operação de seu parque industrial, o qual já estava montado e em pleno funcionamento.

Os anexos elaborados pelos autuantes comprovam sobejamente que não houve a implantação da unidade fabril projetada, a aplicação dos investimentos programados, a criação dos empregos prometidos, a implantação de nova tecnologia, a geração de receitas e nem a fabricação dos produtos previstos. É relevante salientar que esses requisitos necessários ao gozo do incentivo fiscal em questão estavam previstos no Projeto apresentado pelo recorrente e no Protocolo de Intenções firmado entre o recorrente e o Estado da Bahia. Não houve, portanto, benefício algum que compensasse a renúncia fiscal advinda da dilação do prazo para pagamento do imposto apurado pelo recorrente.

Quanto à validade dos Protocolos de Intenções para embasar a autuação, saliento que essa questão deve ser examinada dentro do contexto do processo de concessão de incentivos fiscais condicionados – que são verdadeiros benefícios fiscais condicionados. No caso em tela, o incentivo fiscal condicionado da dilação de prazo foi utilizado sem que as condições previstas no Protocolo de Intenções de fls. 188 a 192 tivessem sido observadas pelo recorrente, incidindo, assim, no disposto no artigo 38, da Lei 7.014/96, que prevê que “Quando o reconhecimento do benefício do imposto depender de condição, não sendo esta satisfeita, o imposto será considerado devido no momento em que ocorreu a operação ou prestação”. Desse modo, não acolho o argumento recursal de que os Protocolos de Intenções não fazem parte da legislação tributária e, portanto, não poderiam ser utilizados como motivo para a autuação.

No que tange às respostas dadas pela SICM aos pedidos de esclarecimentos de fls. 1121/1123 e 1362/1363, comungando com posicionamento defendido pelo procurador assistente da PGE/PROFIS, considero que essas respostas não são conclusivas, não refletem obrigatoriamente o entendimento do Conselho Deliberativo do Programa DESENVOLVE e, em consequência, não são capazes de modificar a Decisão recorrida.

Quanto aos investimentos feitos pela Sansuy antes da incorporação da Viniartefatos, saliento que esses investimentos não se confundem com os descritos no Projeto de Implantação citado na Resolução nº 35/2004 (fls. 186/187) e que tinha sido apresentado pelo Viniartefatos (fls. 148/176). Assim, afasto a tese recursal de que a Sansuy fazia jus ao incentivo em questão, mesmo que a Viniartefatos não tivesse efetuado os investimentos previstos. Nas Resoluções 35/2004 e 15/2005 não há qualquer evidência de que o Conselho Deliberativo tenha concedido os incentivos fiscais do DESENVOLVE para toda a atividade da empresa, bem como não há qualquer afirmação de que os investimentos feitos pela Sansuy para ingresso no BAHIAPLAST eram válidos para ingresso no DESENVOLVE, especialmente quando se observa que a Viniartefatos tinha sido habilitada em um projeto de implantação.

A Decisão exarada no Acórdão CJF Nº 0351-12/08, cujo voto vencedor foi da minha lavra, não serve como paradigma para o presente caso, senão vejamos. Apesar de versar sobre o Programa DESENVOLVE, o Auto de Infração a que se referia esse Acórdão tratava de uma situação fática em que o autuante cancelou o incentivo fiscal que tinha sido concedido mediante uma Resolução do CD do Programa DESENVOLVE. Já no Auto de Infração em epígrafe, conforme já me pronunciei neste voto, não houve qualquer cancelamento de incentivo fiscal. Dessa forma, não vislumbro como se aplicar ao caso em tela o mesmo entendimento contido no Acórdão CJF Nº 0351-12/08, conforme pleiteia o recorrente.

Pelo acima exposto e, em conformidade com o Parecer exarado pelo ilustre procurador assistente da PGE/PROFIS às fls. 1538/1549, considero que os argumentos e provas trazidos pelo recorrente não são capazes de modificar a Decisão recorrida.

Voto, portanto, pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para manter inalterada a Decisão recorrida, a qual não carece de qualquer retificação”.

Portanto, resta comprovado que a empresa autuada adota a prática reiterada do cometimento da infração apontada neste Auto de Infração, e prontamente rechaçada por este CONSEF, por estar em desacordo com o pactuado no Programa DESENVOLVE, com o Estado da Bahia.

Com relação à multa aplicada, tipificada no art. 42, IV, “j” da Lei nº 7.014/96, diz o autuado que pela descrição dos fatos, não resta caracterizada uma ação ou omissão fraudulenta, não especificada na lei. De fato, a fraude não se presume e verifico que o enquadramento da autuação reporta-se a recolhimento a menos do ICMS.

Ademais, na ação fiscal os autuantes tiveram acesso aos livros fiscais nos quais as operações mercantis estavam devidamente escrituradas. Dessa forma, corrijo a multa para 60% (sessenta por cento) do valor do imposto não recolhido tempestivamente, em decorrência de infração diversa das previstas nesta Lei, que importe descumprimento de obrigação tributária principal, em que não haja dolo, prevista no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96.

De tudo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, com a retificação da multa aplicada, na forma acima exposta.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **299314.0001/18-0**, lavrado contra **SANSUY S/A INDÚSTRIA DE PLÁSTICOS EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$6.341.612,90**, 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, 13 de agosto de 2018.

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVEA – RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – JULGADORA