

A. I. Nº - 299314.0002/18-7

AUTUADO - SANSUY S/A INDÚSTRIA DE PLÁSTICOS

AUTUANTES - SÉRGIO BORGES SILVA e CRIZANTO JOSÉ BICALHO

ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA

PUBLICAÇÃO - INTERNET - 14.11.2018

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0150-05/18

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 presente Auto de Infração, lavrado em 27/03/2018, exige o valor de R\$1.566.980,79, mais multa de 100%, em razão de “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”. Período abrangido pela autuação: janeiro, fevereiro e março de 2017.

Na descrição dos fatos, consta que em 23/07/04, foi inscrita na condição de contribuinte normal, a Viniartefatos Comércio Importação e Exportação Ltda, Inscrição Estadual 064.187.765, CNPJ 01.558.722/0002-00, situado à Rua dos Plásticos, 761, bloco 02, Camaçari; em 19/08/04, a Viniartefatos Comércio Imp. e Exp. Ltda, foi habilitada aos seguintes benefícios fiscais concedidos através da Resolução 35/2004 do Conselho Deliberativo do DESENVOLVE: I - diferimento do lançamento e pagamento do ICMS em determinadas hipóteses; II - dilação do prazo de 72 (setenta e dois meses) para pagamento do saldo devedor do ICMS.

A Viniartefatos Comércio Imp. e Exp. Ltda. foi incorporada em 17/12/04 pela Sansuy S/A Indústria de Plásticos Inscrição Estadual 02.082.206; em 11/03/05 a Resolução 02/2005 revogou a habilitação do BAHIAPLAST, da qual era beneficiária e na mesma data expediu a Resolução 15/05, do Conselho Deliberativo do DESENVOLVE, transferindo os benefícios fiscais concedidos a VINIARTEFATOS para a SANSUY S/A.

Constam, ainda, “inadequações encontradas” pelos auditores fiscais:

“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 Viniartefatos 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, fls. 324 a 353, na qual relata os termos do Auto de Infração, e assevera que a autuação esta eivada de erros, nulidades, ilegalidades e inconstitucionalidades que lhe removem a validade, pelo que deve ser anulado.

Em preliminares aduz que falta a indicação dos livros e documentos examinados, o que impede a impugnante de saber em quais documentos a fiscalização se baseou para efetuar o lançamento e, principalmente, se os valores apurados foram constantes de sua contabilidade.

Além disso, a fiscalização houve por bem glosar o benefício do DESENVOLVE, cobrando ICMS incidente em cada um dos meses em que foi utilizado tal benefício fiscal.

Da leitura do auto de infração verifica-se constar apenas planilhas de valores supostamente utilizados pelo impugnante, mas não 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.

Assim, haveria de ser apresentadas provas concretas e irrefutáveis de que houve descumprimento das regras do DESENVOLVE, o que absolutamente não há no caso concreto, e que não existem, já que a impugnante nos anos de 2016 e 2017 estava regularmente apta a gozar dos benefícios do DESENVOLVE.

Aduz que o § 4º, II, do art. 28 do RPAF/99, reza que o lançamento se faça acompanhar das provas das infrações porventura apuradas. Menciona o posicionamento do Conselho de Contribuintes, 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. No presente caso sustenta que há violação ao princípio da estrita legalidade, pois o fisco agiu em desacordo com os ditames legais aos quais está jungida a Administração Pública.

Salienta ser dever da fiscalização demonstrar através de documentos e diligências irrefutáveis a ocorrência da infração, dever, contudo, que nem de longe foi cumprido pela fiscalização.

Portanto não se pode aceitar a lavratura de AI baseado apenas em planilhas eletrônicas, sem que o fisco tenha efetiva e materialmente apurado a ocorrência da infração apontada.

Cita a jurisprudência, no sentido de que era dever da fiscalização demonstrar através de documentos irrefutáveis que houve efetivamente a ocorrência da alegada falta de cumprimento dos deveres e obrigações assumidos no DESENVOLVE, vez que o princípio da verdade material se sobrepõe ao jargão da “presunção de legalidade do ato administrativo”.

No mérito, discorre sobre a regular adesão ao Programa DESENVOLVE e do pleno direito da impugnante à fruição de seus benefícios. Relata que a impugnante chegou a gozar dos incentivos estipulados pelo extinto programa PROBAHIA, e que em 1998, no entanto pediu sua migração para o programa chamado BAHIAPLAST, o que ocorreu mediante a publicação em 30/10/2002, da Resolução nº 16/2002, publicada no D.O em 30 de outubro de 2002.

Aduz que o Grupo Empresarial SANSUY, no entanto, 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 e solicitou os benefícios do novo Programa DESENVOLVE, previsto na Lei nº 7.980/01.

Esta empresa VINIARTEFATOS solicitou e obteve os benefícios concedidos no âmbito do DESENVOLVE, através da publicação da Resolução nº 35/2004 do Conselho Deliberativo do Desenvolve.

No ano de 2005, a Sansuy por questões de organização interna, procedeu a uma operação de incorporação societária da empresa VINIARTEFATOS, segundo os ditames do art. 1.116 do Código Civil. Pela incorporação de uma sociedade por outra, a incorporadora absorve todos os direitos e obrigações anteriormente detidos pela incorporada. Portanto, a sua incorporação pela SANSUY implicou na transferência destes direitos ao DESENVOLVE.

Salienta que o pleito foi acolhido pelo conselho Deliberativo do DESENVOLVE, e em 12/03/2005 foi publicada a Resolução nº 15/2005, transferindo expressamente os benefícios concedidos à VINIARTEFATOS para a SANSUY S/A, a qual transcreve.

Assim, para o Estado da Bahia e para a impugnante, parecia evidente o seu direito líquido e certo ao uso e gozo dos benefícios concedidos no âmbito do DESENVOLVE.

No entender da autuação, no entanto, a Sansuy não teria direito ao DESENVOLVE porque supostamente não teria cumprido as obrigações constantes do Protocolo de Intenções firmado pela VINIARTEFATOS, mas esta alegação é inverídica e juridicamente nula. Isto porque a Resolução Desenvolve 15/2005 não condicionou o benefício a qualquer disposição constante no Protocolo de Intenções.

Assim, 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. Vale dizer, 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.

Sustenta que nem poderia ser diferente. 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. Ele apenas dá início a negociação, mas a geração de efeitos mesmo, obrigacionais e tributários, somente podem ser oriundas dos instrumentos legais competentes, como a Resolução do Conselho Deliberativo.

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, *verbis*:

“b) O presente Protocolo de Intenções constitui as premissas das vontades das partes, expressas em compromissos e condições gerais, do acordo integral e será consolidado em suas diversas etapas através de contratos e/ou outros instrumentos jurídicos específicos e definitivos, na medida em que forem implementadas as ações necessárias e suficientes à plena execução do objeto deste instrumento.”

Ademais, 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.

Assim, 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.

Logo, a despeito do conteúdo do Protocolo de Intenções, a verdade é que o DESENVOLVE foi concedido à SANSUY, sem qualquer tipo de restrição ou condição, gerando o direito pleno e imediato dos benefícios pelo prazo de 12 anos.

No entanto, a partir do ano de 2007, a impugnante sofreu uma série de Autos de Infração, pelos quais a SEFAZ entendeu, unilateralmente, que a impugnante não teria cumprido os requisitos do DESENVOLVE e, portanto, não faria jus aos respectivos benefícios fiscais.

Recebido o Auto de Infração, a impugnante tratou de formular consulta à autoridade competente para dirimir a questão, qual seja, o Conselho Deliberativo do DESENVOLVE, em 23/09/2010.

Esta Consulta resultou na publicação da Resolução 138/2011, 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 por meio da RESOLUÇÃO Nº 15/2005.

Portanto, em razão do reconhecimento acima citado, a Sansuy faz jus aos benefícios concedidos no âmbito do DESENVOLVE, de maneira que todos os créditos e diferimentos lançados no período fiscalizado são válidos e eficazes, merecendo ser afastada por completo a autuação.

Sustenta a incompetência da Sefaz Bahia para suspender o benefício do DESENVOLVE, e da inexistência de previsão legal para tal suspensão.

Assim, não caberia aos auditores fiscais cancelar os benefícios do DESENVOLVE, por não haver normas que lhes conceda tal poder.

Ressalta que o art. 37 da Lei 7.014/96, é claro ao determinar que os benefícios somente serão revogados conforme as disposições das leis que tratam das respectivas matérias. Outrossim, o art. 41 da Lei 7.014/96 determina quais são as penalidades que podem ser aplicadas pela infração do ICMS, prevendo expressamente o cancelamento de benefícios fiscais.

Assim, estes artigos são categóricos ao afirmar que o cancelamento de benefícios fiscais deve ocorrer de acordo com os procedimentos previstos em suas leis específicas.

Nesse compasso tece considerações sobre o Programa do DESENVOLVE e frisa que, como teve o seu projeto aprovado por meio da Resolução nº 15/2005 (anexo IV), só uma nova resolução do Conselho Deliberativo do DESENVOLVE poderia cancelar o incentivo, através de sua Secretaria Executiva, conforme a regra contida no art. 19, § 1º, do Decreto 8.205 de 2002, cujo teor transcreveu.

Assegura que a fiscalização glosou os benefícios fiscais a que faz jus sem observar a previsão contida na legislação de regência. Transcreve em favor de suas alegações o entendimento da Procuradoria Geral do Estado, nos autos do processo administrativo originado do primeiro auto de infração ocorrido sobre este tema, evidenciando que o auditor fiscal não poderia lavrar o presente Auto de Infração, razão porque é nulo de pleno.

Dessa forma, conclui que o princípio da legalidade, impõe que os direitos dos administrados somente poderão ser restringidos ou suprimidos através de lei ordinária, sendo que a revogação ou cancelamento do Programa DESENVOLVE é matéria de competência exclusiva do Conselho Deliberativo.

Ademais, vige no país o princípio da reserva legal, pelo qual apenas lei ordinária pode impor obrigações e penalidades aos cidadãos brasileiros, o que não foi obedecido na presente autuação.

Cita a jurisprudência, e conclui que por inexistência de previsão legal no âmbito do diploma normativo que rege o BAHIAPLAST, é totalmente ilegítima a glosa de créditos presumidos já apropriados, por inadimplência momentânea da impugnante, pelo que deve ser julgado improcedente o auto de infração ora vergastados.

Aduz que pela descrição da multa aplicada (art. 42, IV, “j”, da Lei nº 7.014/96), houve no entendimento dos autuantes “*ação ou omissão fraudulenta*” por parte da impugnante e, além disso, a suposta fraude cometida pela empresa não estaria especificada expressamente na Lei. Explica que em nenhum trecho da descrição da infração foram utilizadas as expressões “*fraude*” ou “*fraudulenta*”, ou seja, não há uma relação clara e precisa entre o enquadramento da multa e a descrição da infração cometida.

Outrossim, cita a disposição contida no art. 112 do CTN, pois no caso concreto é evidente que não houve intenção dolosa, sendo que a impugnante agiu de plena certeza de que fazia (como de fato faz) jus aos benefícios fiscais, ainda mais amparada pela Resolução 138/2011, que confirmou expressamente tal direito.

Lembra que podem ser aplicados os artigos 158 e 159 do Decreto 7.629/99, que chegam inclusive a determinar a relevação da multa, quando verificar que o contribuinte foi induzido a erro, o que ocorre na espécie. Ademais, a multa excessiva se caracteriza como pena confiscatória, vedada na Constituição Federal.

Requer a nulidade do Auto de Infração e, na hipótese de ser a preliminar ultrapassada, pede que no mérito o lançamento de ofício seja julgado improcedente. Requer a redução da multa de 100% imposta no Auto de Infração, a um patamar aceitável, ou seja, não superior a 20%, pois não ficou provado o cometimento de ato fraudulento. Protesta pela juntada de eventuais novos documentos e declarações não colacionadas nessa oportunidade.

Na informação fiscal, fls. 467 a 498, os autuantes contestam as alegações defensivas conforme relatado a seguir.

Preliminarmente, ressaltam que o defendente já foi autuado por cometer essa mesma irregularidade nos 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 (relativo ao exercício de 2010) e Auto de Infração nº 299314.1201/13-2 (procedente, relativo ao exercício de 2011), e por último o AI nº 299314.0001/18-0, (relativo ao exercício de 2016). Cópias às fls. 269 a 307, os quais comprovam a prática continuada da mesma infração.

Salientam que na fl. 02 deste PAF 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, Viniartefatos, com destaque para a incorporação da segunda empresa pela primeira e a transferência dos incentivos por meio da Resolução nº 15/2005, do Conselho Deliberativo do Desenvolve, e em "Inadequações Encontradas" correspondem a um resumido histórico das práticas realizadas pelo autuado, conforme consta nos anexos de fls. 05 a 321 deste processo.

Às fls. 01 a 321 resta comprovado que o contribuinte recebeu cópia do auto e de todos os demonstrativos, levantamentos e documentos em 28 de março de 2018, logo não houve cerceamento do direito de defesa.

Destacam que o Autuado inicia fragilmente a sua defesa quanto à autuação em tela, usando a mesma argumentação utilizada em suas peças de defesa referentes aos autos de infração lavrados anteriormente sobre esta mesma matéria, os quais não foram aproveitados pelo Contribuinte para uma mudança da prática no sentido de bem aproveitar o benefício fiscal do Programa DESENVOLVE. Assim, das fls. 328 a 332 deste PAF, o Contribuinte desconsidera todos os anexos do PAF (fls. 05 a 321) em questão, contendo repleta documentação comprobatória, composta de cópias de livros contábeis, fiscais, dentre outros documentos que comprovam que o Contribuinte cometeu a infração autuada.

Ao final, o Autuado, após afirmar de várias formas que "... era dever da fiscalização demonstrar através de documentos irrefutáveis que houve efetivamente a ocorrência da alegada falta de cumprimento dos deveres e obrigações assumidos no DESENVOLVE ...", anexa extratos de decisões de outros órgão da administração pública sem qualquer proveito para se defender quanto à infração cometida e declara que "... o ônus da prova de demonstrar a existência da suposta infração era do Fisco, sendo que na espécie não restou demonstrada a efetiva ocorrência das faltas inquinadas à Impugnante ...", contudo, contrariando frontalmente a reportada declaração do Contribuinte, verifica-se que o texto da Infração 01 - 03.08.05 de fls.: 02 e 03, constitui-se descrição clara e precisa dos fatos comprovados pelos documentos anexados ao presente PAF, que corroboram o quanto consta no enunciado da infração cometida pelo Contribuinte, fatos estes comprovados que até este presente tópico de sua peça de defesa não foram contestados. Pelo contrário, os fatos que fundamentam a autuação, de fls. 01, 02, 03 e 04, foram completamente evitados pelo Contribuinte na tentativa de não confrontar-se com as contundentes provas documentais trazidas ao PAF pelos Autuantes, anexos de fls.: 05 a 321 do reportado PAF, os quais não foram contestados.

Em seus argumentos, sem detalhar os termos do pedido da VINIARTEFATOS, o contribuinte apresenta simplesmente a imagem da Resolução nº 35/2004 assinada em 19 de agosto de 2004. Contudo, 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 01 - 03.08.05 (fls. 02 do Auto de Infração), item III da INADEQUAÇÕES ENCONTRADAS e cuja cópia se encontra no PAF, Anexo 07 integrante do Auto de Infração lavrado (fls. 182 a 186). Reiteram que vale salientar que às fls. 141 a 190 deste PAF os Autuantes anexaram 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.

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

Contudo, sem qualquer fundamentação legal, o Contribuinte confessa seu particular e infundado entendimento no qual "... 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. ..." e, desta forma, o Contribuinte passa a defender a fruição do benefício do Programa DESENVOLVE sem a devida contrapartida para com o Estado da Bahia. Vejamos 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. O Contribuinte, assim, em nada beneficia sua peça de defesa.

De igual modo, o Contribuinte afirma 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 ...", contudo, o Autuado não apresenta qualquer fundamentação para sustentar seu particular e unilateral entendimento, no qual, "Sansuy" não tem qualquer compromisso de reciprocidade pactuado com o Estado da Bahia.

Assim, o Autuado defende que a citada resolução (Resolução nº 15/2005) autoriza a aproveitar o benefício fiscal sem qualquer condição, ou seja, na prática o Contribuinte entende que o Estado da Bahia deve garantir ao Contribuinte a fruição graciosamente do benefício fiscal em comento sem as pactuadas reciprocidades, ou seja, na prática o Contribuinte entende ter assegurado o direito de fruição do 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.

Contudo, como foi verificada na ação fiscal, a Vineartefatos firmou em 06/08/2004 com o Estado da Bahia um Protocolo de Intenções (Anexo 07) 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, porém, tais compromissos não foram respeitados pela Vineartefatos e nem pela Sansuy.

Dizem que, estranhamente, o contribuinte passa a defender a fruição do benefício do Programa DESENVOLVE sem contrapartida para com o Estado da Bahia.

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.

Continuando sua absurda defesa, sem qualquer amparo legal, o Autuado declara que o "... próprio protocolo de intenções ... na sua cláusula quinta, letra "b" reconhece que não traduz e nem confere direitos e obrigações, ...", contudo, após uma leitura serena do citado Protocolo, se extrai da citada cláusula quinta, letra "b", que o Protocolo de Intenções tem sentido para que sejam "... implementadas as ações necessárias e suficientes à plena execução do objeto deste instrumento ...", sendo que o objeto deste Protocolo de Intenções (vide Anexo 07), assinado pelo Governador do Estado da Bahia e pelos Diretores de VINIARTEFATOS é o seguinte:

"CLÁUSULA PRIMEIRA - DO OBJETO

Constitui objeto do presente Protocolo a formalização da intenção dos seus signatários, no sentido de viabilizar a instalação de indústria no Estado da Bahia, mediante ações reciprocamente condicionadas." (grifo nosso).

Portanto, como vemos, não há qualquer fundamentação para o Contribuinte esperar ser beneficiado pelo Programa Desenvolve sem as respectivas e recíprocas obrigações acordadas. Como vemos, a manifestação do Contribuinte em nada o beneficia.

Além disso, o Autuado declara 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 ...", contudo, esta

ilação do Contribuinte, só poderia servir para tentar macular a respeitabilidade do citado Conselho do DESENVOLVE, pois, tratam-se de programas distintos. A manifestação do Contribuinte em nada o beneficia.

É relevante destacar 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. Não apresenta documentos que comprovam os citados investimentos, pois, os investimentos nunca existiram e, portanto, não há como apresentar qualquer documento. Se apresentasse neste PAF qualquer documento tal como fez nas suas peças de defesa referentes aos Autos de Infração citados acima, 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.

Apenas para ilustrar, transcrevem extrato da informação fiscal do Auto de Infração 299314.0002/07-1, julgado pelo CONSEF:

Aduzem que o contribuinte não tem como explicar a distância que há entre o que diz e o que está demonstrado por meio dos anexos que fundamentam a autuação. O contribuinte não apresenta prova alguma de sua reciprocidade com o Estado da Bahia relacionada ao Programa Desenvolve.

Há nos autos a comprovação documental de que nenhum investimento foi feito pelo contribuinte para que pudesse usufruir o benefício fiscal do Programa DESENVOLVE, o que pode ser constatado no Livro CIAP, que faz prova contra o sujeito passivo. Além da comprovada ausência de investimentos, constataram que há declínio do número de empregados ao longo dos anos.

Afirmam não existir razão para declaração de nulidade do Auto de Infração; que a retórica defensiva não desclassifica a farta documentação confirmando que o autuado 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.

Rebatem as considerações do autuado sobre o Programa DESENVOLVE e acerca da manutenção dos benefícios fiscais, na Resolução 138/2011. Conclui que a publicação da Resolução apenas confirma que não implica cancelamento de benefício fiscal do DESENVOLVE a exigência de ICMS resultante de ações fiscais e que o contribuinte constrói sua defesa sem qualquer nexo com a infração caracterizada no PAF. Trazem o extrato do voto extraído do Acordão CJF Nº 0219-12/10 da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, de 19 de julho de 2010, que diz que "...Não se tem dúvida que o cancelamento de um contribuinte do Programa do DESENVOLVE é de 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."

Afirmam que o contribuinte não cumpriu com 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. Não assumiu a reciprocidade para com o Estado da Bahia.

Reafirmam que em momento algum se promoveu, sob qualquer aspecto, o cancelamento do benefício fiscal concedido ao contribuinte Sansuy S/A, relativamente ao Programa DESENVOLVE.

Ocorreu que os auditores fiscais da Secretaria da Fazenda, no exercício de sua competência privativa, procederam ao exame dos créditos e débitos fiscais do ICMS apropriados mensalmente, pelo contribuinte Sansuy S.A, e consequente repercussão no recolhimento do ICMS devido. Verificou-se que o contribuinte incorreu na infração de fls. 01, 02, 03 e 04, comprovadas ricamente pelos anexos de fls. 05 a 321 do PAF. Destacam extrato do voto extraído do Acórdão CJF Nº 0219-12/10 da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, de 19 de julho de 2010.

O contribuinte transcreve parte do Parecer de doutora Angeli Maria Guimarães Feitosa, e tenta aproveitá-lo, mas este foi discordado pela Dra. Sylvia Maria Amoedo Cavalcante, mantendo contudo o afastamento das argüições de nulidade do lançamento. Destacam o Parecer do Procurador Assistente da PGE/PROFIS, doutor Jose Augusto Martins Junior, que afirmou que “o recorrente descumpriu totalmente os requisitos previstos na legislação tributária do Estado da Bahia, ficando o sucessor da beneficiária, a Viniartefatos, adstrito aos termos obrigatoriais do benefício anteriormente estabelecidos. 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.” Transcrevem o Acordão CJF Nº 0219-12/10, em seu inteiro teor, o qual manteve a procedência da autuação, julgado pela primeira instância deste CONSEF.

Prosseguindo, os autuantes afirmam que o autuado contribuinte mantém a prática de evitar os fatos fundamentados no presente PAF, sem contestá-los objetivamente.

Frisam que é instigante a capacidade do autuado em tentar demonstrar ter unilateralmente direitos legais em aproveitar o benefício fiscal do Programa DESENVOLVE sem qualquer responsabilidade quanto ao seu dever de cumprir as condições de reciprocidade pactuadas com o Estado da Bahia. Também o fato de querer reforçar a combatida idéia do cancelamento do benefício fiscal pelos autuantes, sendo que, em momento algum a SEFAZ promoveu, sob qualquer aspecto, o cancelamento do benefício fiscal concedido ao contribuinte Sansuy, relativamente ao Programa DESENVOLVE.

Salientam que o autuado não esclarece qual foi o descumprimento cometido quando afirma que o “... *O procedimento fiscal ora discutido também está em desacordo com o art. 142, do CTN e seu parágrafo único ...*”. Frisam que o Estado da Bahia ao exigir dos contribuintes qualquer cumprimento de obrigação para conceder benefício fiscal, o faz no exercício de sua soberania, segundo os interesses do próprio Estado da Bahia.

Rebatem os questionamentos defensivos atinentes à sanção aplicada, à nulidade dos autos e à inobservância do princípio da legalidade. Ademais, destacam que não compete aos auditores fiscais o julgamento e graduação da multa aplicável.

Afirmam que a argumentação apresentada pelo deficiente não resiste ao suporte legal identificado às fls. 1, 2, 3 e 4 dos autos, o qual autoriza a lavratura do Auto de Infração, uma vez que restou comprovado o descumprimento por parte do autuado do Protocolo de Intenções firmado com o Estado da Bahia para a sua habilitação ao Programa DESENVOLVE.

Após concluírem a análise de toda a peça de defesa apresentada pelo Contribuinte, aproveitam para lembrar que, RESUMIDAMENTE, temos que:

- 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, à 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 299314.0002/18-7, que a Sansuy continuou procedendo no período de janeiro a março de 2017 da maneira idêntica ao período de março de 2005 a dezembro de 2016, 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;

Ressaltam que, como se pode observar, às fls.: 02 e 03 do presente PAF referente o Auto de Infração 299314.0002/18-7, as datas de ocorrência da Infração 01 – 03.08.05 autuada são de janeiro a março de 2017.

Consideram improcedente a defesa formulada pelo contribuinte, de fls. 324 a 465, e pedem que o Auto de Infração seja julgado procedente.

VOTO

Trata-se de Auto de Infração no qual o sujeito passivo foi acusado de ter recolhido a menos ICMS, no valor de R\$1.566.980,79, em razão de utilização indevida de incentivo fiscal - dilação do prazo para o pagamento do imposto relativo às operações próprias – em desacordo com a legislação do Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia - DESENVOLVE, modificando as características essenciais da obrigação tributária principal, de modo a reduzir o montante do imposto devido, evitando, assim, o seu pagamento.

Preliminarmente, foi suscitada a nulidade do Auto de Infração, por considerar o autuado que os auditores fiscais do Estado da Bahia não possuem competência para fiscalizar o atendimento de compromissos assumidos em projetos do Programa DESENVOLVE.

O Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia - DESENVOLVE - foi instituído pela Lei nº 7.980, de 12 de Dezembro de 2001, e tem como objetivo fomentar e diversificar a matriz industrial e agro industrial, com formação de adensamentos industriais nas regiões econômicas, e integração das cadeias produtivas essenciais ao desenvolvimento econômico e social e à geração de emprego e renda no Estado da Bahia. Os incentivos fiscais, previstos no Programa DESENVOLVE, visam estimular a instalação de novas indústrias e a expansão, a reativação ou a modernização de empreendimentos industriais já instalados, com geração de novos produtos, aperfeiçoamento tecnológico e redução de custos.

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, consoante disposto no artigo 38, c/c artigo 42, ambos da Lei nº 7.014/96. No caso em tela, os auditores fiscais consideraram que não foram atendidas as condições necessárias para o gozo do incentivo fiscal da dilação de prazo, concedido inicialmente à VINIARTEFATOS COMÉRCIO IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA, sucedida pela SANSUY S/A, e, em consequência, lavraram o Auto de Infração para cobrar o ICMS que deixou de ser recolhido.

Verifico que não pode ser acolhida a alegação de que os auditores fiscais teriam excluído o sujeito passivo dos benefícios do Programa DESENVOLVE, cuja competência é exclusiva do Conselho Deliberativo do DESENVOLVE, haja vista a habilitação prévia por meio da Resolução Nº 35/2004, da sucedida Viniartefatos Comércio Importação e Exportação Ltda., cuja cópia encontra-se nas fls. 225/226 do PAF, cujos benefícios foram transferidos para a SANSUY INDÚSTRIA DE PLÁSTICOS, Resolução nº 15/2005, fl. 232.

É que ao lavrar o presente Auto de Infração, os autuantes, auditores fiscais do Estado da Bahia, cumpriram o dever funcional de constituir o crédito tributário mediante o lançamento de ofício, amparados no artigo 107 da Lei nº 3.956/81 (Código Tributário do Estado da Bahia - 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, em estabelecimentos com a natureza fiscal do contribuinte autuado. Além disso, há que se ressaltar que o crédito tributário está submetido ao prazo decadencial, nos termos dos artigos 150, § 4º, e 173, ambos do CTN. Dessa forma, além da obrigação de constituir o crédito tributário, a Secretaria da Fazenda Estadual tem um prazo para fazê-lo, e tal prazo, de natureza decadencial, não se suspende ou interrompe pelo fato de o contribuinte encontrar-se no gozo de benefício fiscal.

Foi também suscitada a nulidade da autuação, por cerceamento de defesa, pela falta de um processo administrativo específico para cancelar incentivos dados pelo Conselho Deliberativo do DESENVOLVE. Foi argumentado que, sem considerar os princípios do contraditório e da ampla defesa, os autuantes entenderam que a empresa não cumpriu as normas inerentes ao referido Programa, declarando prejudicados os objetivos originais do DESENVOLVE, e lavraram o Auto de Infração, exigindo da empresa o pagamento da diferença do ICMS.

Ressalto que não houve no Auto de Infração em lide, o alegado cancelamento dos incentivos fiscais ofertados ao contribuinte pelo Conselho Deliberativo do DESENVOLVE, haja vista que ao autuado foi deferida a Resolução nº 15/2005, publicada no DOE do dia 12 e 13 de março de 2005 (fl. 233).

Outrossim, constato que o Auto de Infração em lide, preenche todas as formalidades legais previstas no Regulamento de Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia - RPAF BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, não enseja qualquer ilegalidade, violação ao devido processo legal ou à ampla defesa do contribuinte. A descrição dos fatos e a sua capitulação legal são condizentes com a irregularidade apurada e com o direito aplicável. A descrição pormenorizada e sequencial dos fatos inerentes à situação tributária tida como irregular e o exaustivo relatório das *"inadequações encontradas"*, comprovam que houve obediência ao devido processo legal, o que permitiu ao autuado o pleno exercício à ampla defesa e ao contraditório.

Às fls. 01 a 321, resta comprovado que o contribuinte recebeu cópia do Auto e de todos os demonstrativos, levantamentos e documentos em 28 de março de 2018, logo, não houve cerceamento do direito de defesa.

O autuado argui a nulidade do lançamento, sob a tese de que a diversidade de pareceres emitidos pela Procuradoria Geral do Estado sobre a mesma matéria, cria insegurança jurídica e cerceamento da defesa.

Observo que o Parecer da Procuradora do Estado que serviu de alicerce à tese defensiva, fora manifestado nos autos de outro PAF, o de nº 299314.0002/07-1, além do fato de ter sido superado pelo Parecer do representante da PGE/PROFIS (doutor José Augusto Martins Junior), na condição de procurador assistente da PGE/PROFIS, naquele mesmo PAF, a quem compete manifestar-se em caráter conclusivo sobre Pareceres emitidos pelos procuradores lotados no Núcleo da Procuradoria, quando se tratar de questões das quais possam resultar prejuízos ao Erário estadual (art. 41, II, LC nº 34/09). Essa preliminar também não merece acolhimento, pois tais pareceres são apenas opinativos e não vinculam a decisão da lide.

Quanto à questão de mérito, efetivamente o cancelamento de um contribuinte do Programa do DESENVOLVE é da competência exclusiva do Conselho Deliberativo desse Programa, e coerente com tal 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 autuado, à época dos fatos, implementado as condições necessárias para usufruir do incentivo fiscal que lhe fora concedido. Não é razoável admitir que a efetivação do lançamento tributário de ofício por auditor fiscal do Estado da Bahia, fique na dependência de edição de

Resolução do Conselho Deliberativo. Ademais, a própria Lei do ICMS do Estado da Bahia (art. 38, Lei nº 7.014/96), 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.

Reitero que não houve o cancelamento de benefícios, mas que compete à Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, enquanto não revogado o benefício pelo Conselho Deliberativo do DESENVOLVE, realizar auditoria fiscal, independentemente de manifestação do Conselho do DESENVOLVE, como condição prévia para a autuação fiscal.

Em síntese, o presente lançamento tributário gira em torno do não cumprimento de requisitos discriminados no Protocolo de Intenções, firmado pela VINIARTEFATOS 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 nº35/2004 (fls. 225/226), transferidos para a SANSUY S/A INDÚSTRIA DE PLÁSTICO, mediante a Resolução nº15/2005 (fls. 227/228), além da Resolução nº 138/2011 (D.O, fl. 457).

Catalogaram os auditores fiscais, os requisitos não cumpridos, denominados de “Inadequações Encontradas”, criteriosamente, na inicial dos autos, podendo ser sintetizados da seguinte forma: 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.

Em consequência, os autuantes refizeram a apuração do imposto devido pelo impugnante, no período de janeiro a março de 2017, excluindo o incentivo fiscal da dilação do prazo para o pagamento do ICMS, conforme demonstrativo de fl. 12, haja vista que os incentivos oferecidos 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, na forma do artigo 3º da Lei nº7980/01, que instituiu o DESENVOLVE.

Segundo a Resolução nº 35/2004 do DESENVOLVE, a VINIARTEFATOS foi habilitada aos seguintes incentivos fiscais: I - diferimento do lançamento e pagamento do ICMS nas importações e aquisições de bens para o ativo imobilizado, em relação ao diferencial de alíquotas e nas aquisições internas de embalagens; II - dilação de prazo de 72 meses para pagamento do saldo devedor do ICMS, relativo às operações próprias, geradas em razão dos investimentos previstos no projeto incentivado. Posteriormente, esses incentivos foram transferidos para a SANSUY S/A INDÚSTRIA DE PLÁSTICOS, por meio da Resolução nº 15/2005, em decorrência da incorporação da VINIARTEFATOS pela SANSUY S/A.

Para fazer jus aos incentivos citados acima, a VINIARTEFATOS apresentou projeto, cópia acostada aos autos, fls. 142/189, comprometendo-se a implantar na Bahia uma unidade industrial com investimento de aproximadamente R\$63 milhões; a criação de mais de setecentos empregos diretos e, pelo menos, mais mil empregos indiretos, além de faturamento que atingiria R\$ 240 milhões/ano, quando a fábrica alcançasse o pleno emprego, estimado em 2010. Também ficou acertada a utilização da mais avançada tecnologia na utilização de resina de policloreto de vinila - PVC, significando uma nova família de termoplástico sem similar neste Estado.

A VINIARTEFATOS foi incorporada pela Sansuy em 17/12/04, sem que tivesse implantada a unidade industrial projetada, bem como sem ter realizado os investimentos previstos e nem criado 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 funcionamento.

Os anexos elaborados pelos autuantes comprovam a ausência dos investimentos, requisitos necessários ao gozo dos incentivos fiscais em questão, previstos no Projeto retro referido e no Protocolo de Intenções (fls. 182/186), firmado entre o autuado 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 autuado.

Ressalto os termos do artigo 111, CTN, ao estabelecer que a interpretação da outorga de benefícios deve ser feita de forma literal, homenageando a segurança jurídica e corroborando o postulado da legalidade tributária.

Na presente lide, o incentivo fiscal condicionado da dilação de prazo, foi utilizado sem que as condições previstas no Protocolo de Intenções tivessem sido observadas pelo contribuinte autuado, atraindo a incidência do disposto no artigo 38 da Lei nº 7.014/96, que prevê, cabível a repetição, “*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*”.

Não seria razoável, por outro lado, admitir que a Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia tenha que aguardar a iniciativa de outra entidade da esfera estadual, sem competência para tratar de matéria tributária, para efetuar atividade que lhe é própria - aferir os recolhimentos de ICMS efetuados pelos contribuintes deste tributo estadual. Qualquer norma que limite ou restrinja as atribuições exclusivas da Fiscalização, não há de ser recepcionada, em face ao disposto no art. 37, XVIII da Constituição Federal, que confere “*a administração fazendária e seus servidores fiscais terão, dentro de suas áreas de competência e jurisdição, precedência sobre os demais setores administrativos, na forma da lei*”.

A análise dos documentos juntados nos autos, evidencia que o autuado não comprova ter efetuado os investimentos a que se comprometera. A VINIARTEFATOS adquiriu máquinas, móveis e periféricos usados da SANSUY S/A em 26/11/04, que retornaram ao mesmo estabelecimento, quando da incorporação daquele estabelecimento. O deficiente, conforme cópias do livro de Registro de Empregados anexadas aos autos, não gerou os empregos previstos. O autuado não realizou qualquer investimento, ao contrário, adquiriu maquinários usados, conforme notas fiscais de aquisição de ativos registradas em sua contabilidade; não adquiriu insumos, não produziu, não constituiu estoques, não imprimiu documentos fiscais, o terreno cedido pela Sansuy para implantação da VINIARTEFATOS não foi edificado, visto que foi incorporada em seguida (2004) pela primeira, sem considerar que os sócios de ambas as empresas são comuns. Em suma, os objetivos originais que resultaram na concessão de benefícios e incentivos do Programa DESENVOLVE, foram prejudicados, pois nem a VINIARTEFATOS e nem a SANSUY, que a incorporou, cumpriram o que foi pactuado com o Estado da Bahia.

Em sua defesa, o autuado não comprova que gerou os empregos comprometidos, que implantou novas tecnologias e que criou um faturamento adicional, conforme seu projeto e pactuado com o Estado, em contrapartida aos benefícios concedidos pelo Programa DESENVOLVE, o que levou a não aplicação dos benefícios fiscais no período abrangido pela autuação, sem se aplicar qualquer cancelamento ou suspensão dos referidos benefícios.

No que tange à alegação defensiva de que a multa indicada na autuação, tipificada no art. 42, IV, “j” da Lei nº 7.014/96, teria o caráter de confisco, ressalto que a referida penalidade encontra-se prevista na Lei do ICMS do Estado da Bahia, não competindo a este órgão julgador administrativo, a apreciação de desconformidade da norma com a Constituição Federal, nos termos do art. 125, II do COTEB.

Contudo, verifico que o levantamento fiscal foi efetuado com base nos livros fiscais, devidamente escriturados, que culminou com a utilização indevida do benefício fiscal de dilação do imposto a ser pago. Todavia, o comportamento do autuado não caracteriza que tenha ocorrido fraude ou omissão dolosa tendente a impedir a ocorrência do fato gerador ou modificar suas características essenciais (art. 72 da Lei 5.402/64).

Desse modo, a multa deve ser corrigida 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.

Em conclusão, o sujeito passivo não elidiu a acusação fiscal, pelo que julgo procedente o Auto de Infração, com a correção da multa aplicada para 60%, nos termos do art. 42, II, “f” da Lei 7.014/96.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, tendo em vista que apesar de a acusação imputada ao sujeito passivo restar caracterizada, a multa indicada na autuação foi retificada, o que reduziu o valor do crédito tributário originalmente lançado.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **299314.0002/18-7**, lavrado contra **SANSUY S/A INDÚSTRIA DE PLÁSTICOS**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.566.980,79**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do artigo 169, inciso I, alínea “a” do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, de 14 de agosto de 2018.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – RELATORA

ANTONIO EXPEDITO SANTOS DE MIRANDA - JULGADOR