

PROCESSO - A. I. Nº 279757.0006/18-8
RECORRENTE - JAC BRASIL AUTOMÓVEIS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0091-03/18
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 22/03/2019

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0020-12/19

EMENTA: ICMS. DIFERIMENTO. IMPORTAÇÃO DE INSUMO PARA ESTABELECIMENTO FABRICANTE DE VEÍCULOS AUTOMOTORES. UTILIZAÇÃO INDEVIDA COM O BENEFÍCIO PREVISTO NO PROGRAMA PROAUTO. O autuado é estabelecimento beneficiário do Programa Especial de Incentivo ao Setor Automotivo da Bahia - PROAUTO, instituído pela Lei nº 7.537/99. Habilitado através da Resolução FUNDESE nº 181/12, que concedeu benefícios fiscais na importação e nas saídas dos veículos da montadora. Importou veículos novos da marca JAC MOTORS com diferimento do ICMS importação. O descumprimento dos objetivos dos projetos ou das regras condicionantes sujeita o beneficiário ao cancelamento dos incentivos aprovados, exsurgindo, no caso de desvio de recursos, a pretensão estatal à restituição da exigência dos recursos incentivados. Restou demonstrado na ação fiscal que os veículos objeto da autuação, não se destinavam à linha de produção incentivada da JAC e foram indevidamente importados com diferimento previsto no programa de incentivo (PROAUTO). Infração subsistente. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão da 3ª Junta de Julgamento Fiscal, que julgou pela Procedência do Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 22/01/2018, para exigir crédito tributário no valor de R\$10.738.335,19, acrescido da multa de 60% prevista no Art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96, em decorrência da falta de recolhimento do ICMS devido pelas importações tributáveis realizadas pelo estabelecimento, nos meses de janeiro a agosto de 2014 - Infração 12.02.01. Demonstrativos às fls. 07 a 09.

Consta ainda que se refere “às importações desembaraçadas por Cotia Vitória Serviços e Comércio S/A. CNPJ nº 01.826.229/0011-14 e I. Estadual nº 113.889028, estabelecida na Rua Miguel Calmon, 15 sala 301, Ed Sintral, Comércio, Salvador-BA, sob o amparo do Regime Especial Parecer GETRI/DITRI nº 32221/2013 e nº 32050/2014, de veículos acabados, destinados a revenda no mercado nacional, a testes de durabilidade ou ativo imobilizado, conforme Demonstrativo de Apuração do ICMS Importação, exigido em função da cassação da habilitação no PROAUTO -Programa Especial de Incentivo ao Setor Automotivo - Resolução FUNDESE nº 181/2012, por descumprimento das Cláusulas assumidas no Protocolo de Intenções e no Termo de Compromisso nº 001/2013, firmados em 16/11/2011 e 24/07/2013.

A 3ª JJF decidiu pela Procedência do Auto de Infração, por unanimidade, com base no voto do Relator de primeiro grau, a seguir transcreto:

VOTO

De inicio cabe enfrentar as preliminares de nulidade suscitadas pelo sujeito passivo, primeiro, sob a alegação

de que o Auto de Infração teria sido lavrado em desacordo com as normas que prescrevem a situação concreta, ocorrendo erro de direito, nos termos do art. 18, do RPAF-BA/99. Segundo, sob o argumento de ilegalidade da Notificação nº 08/2017.

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

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

Do mesmo modo, verifico restar patente nos autos a inexistência de motivação de nulidade do Auto de Infração, em função de suposta ilegalidade da Notificação nº 08/2017, uma vez que o contribuinte dela tomou conhecimento normalmente, apresentando manifestação refutando a decisão, nela contida, de cancelamento do benefício fiscal a que tinha direito.

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

No que diz respeito à solicitação de Perícia fiscal para esclarecer fatos ocorridos no Processo Administrativo Fiscal - PAF, com lastro no art. 147, inciso II, do RPAF-BA/99, fica indeferida, haja vista que os esclarecimentos pretendidos não dependem de conhecimento especial de técnicos. Ademais, também se afigura desnecessária, ante a existência nos autos de outras provas, já coligidas nos autos no decorrer do contraditório instalado.

No mérito, o Auto de Infração exige ICMS em razão da falta de recolhimento devido pelas importações tributáveis realizadas pelo estabelecimento no período de janeiro a agosto de 2014, consonte demonstrativo de apuração acostado às fls. 07 a 09 com a discriminação das notas fiscais de entrada relativas às importações dos veículos, cópias dos DANFEs fls. 17 a 168 e demais documentos alusivos à autuação.

Constam dos autos que, no período fiscalizado, o Autuado importou com o deferimento do ICMS veículos acabados de origem chinesa da marca JAC, destinados à revenda no mercado nacional, a testes de durabilidade ou ativo imobilizado, conforme Demonstrativo de Apuração do ICMS Importação, exigido em função da cassação da habilitação no PROAUTO - Programa Especial de Incentivo ao Setor Automotivo - Resolução FUNDESE nº 181/2012, por descumprimento das Cláusulas assumidas no Protocolo de Intenções e no Termo de Compromisso nº 001/2013, firmado em 24/07/2013.

Regularmente notificado da rescisão, o autuado apresentou justificativas que culminou no Parecer-GAB-LSR/2016, opinando pelo cancelamento da habilitação e consequente anulação dos incentivos fiscais pertinentes, referendado pela Resolução FUNDESE nº 217/2016, de 14/12/2016, publicada no DOE de 23/12/2016, que efetivou o cancelamento da habilitação, implicando as exigências previstas na Cláusula 11.3, alínea "a", do Termo de Compromisso, do ICMS dispensado, mais os acréscimos tributários previstos na Lei nº 7.014/96 para o recolhimento intempestivo do imposto estadual. A aludida resolução (Resolução FUNDESE nº 217/2016) cancelou a habilitação, além do contribuinte autuado, da outra empresa do mesmo grupo, JAC MOTORS DO BRASIL.

O sujeito passivo fundamentou sua defesa para afastar a exigência do tributo, argumentando que, apesar do atendimento de parte do acordo, o Estado da Bahia, através do DESENBAHIA descumpriu obrigação essencial constante do Termo de Compromisso (Cláusulas Terceira e Sétima), contrato de financiamento para a construção do seu complexo industrial com recurso do FUNDESE, em valor não superior a oitenta milhões de reais, o que inviabilizou seu projeto inicial de construir a fábrica acordada e da queda vertiginosa do mercado de automóveis.

Questiona o lançamento de ofício com base na falta de recolhimento do ICMS na importação de mercadorias, quando deveria verificar o recolhimento do ICMS em relação ao saldo devedor em cada mês de apuração.

Os Autuantes, em sede de informação fiscal, mantiveram a autuação, esclarecendo o equívoco do Autuado de que o ICMS exigido teria incidido sobre saldo devedor nas operações de saídas de veículos, considerando o crédito presumido de 98% (Dec.to nº 7.731/99). Explicaram que a exigência recaiu sobre a importação no desembarço de veículos automotores promovida pelo sujeito passivo, com imposto deferido para o momento da saída, nos termos da Lei nº 7.537/99.

O estabelecimento do Autuado é beneficiário do Programa Especial de Incentivo Fiscal ao Setor Automobilístico da Bahia – PROAUTO, instituído pela Lei Estadual nº 7.537/99, e regulado pelo Dec. nº 7.798/00, que estabelece como principal finalidade o estímulo à implantação e ao desenvolvimento de

empreendimentos industriais do setor automotivo de relevante interesse para a economia do Estado, conforme disposto nos artigos 1º e 2º da norma legal, com o seguinte teor:

“Art. 1º - Fica criado o Programa Especial de Incentivo ao Setor Automotivo da Bahia PROAUTO, vinculado ao Fundo de Desenvolvimento Social e Econômico FUNDESE, regulado pela Lei nº 6.445, de 7 de dezembro de 1992, alterada pela Lei nº 7.503, de 13 de agosto de 1999, com a finalidade de estimular a implantação e o desenvolvimento de empreendimentos industriais desse setor, de relevante interesse para a economia do Estado.

Art. 2º - Poderão habilitar-se aos incentivos da presente Lei as empresas fabricantes de veículos automotores, denominadas empresas beneficiárias principais, que se comprometam, isoladamente ou em conjunto com seus fornecedores, a realizar investimentos totais superiores a R\$ 800.000.000,00 (oitocentos milhões de reais) e a utilizar métodos, sistemas e tecnologias avançados, compartilhados, no que couber, com órgãos, agências e universidades locais.

§1º A concessão dos benefícios e incentivos previstos nesta Lei, excluído o financiamento de capital de giro, estende-se aos fornecedores das empresas fabricantes de veículos automotores, cuja atividade econômica seja correlata ou complementar, listados no Projeto do empreendimento e aprovados pelo Conselho Deliberativo do FUNDESE.

§ 2º O Chefe do Poder Executivo poderá estabelecer condições especiais de enquadramento no Programa, mediante proposta do Conselho Deliberativo do FUNDESE, desde que o empreendimento seja relevante para:

- I - o desenvolvimento tecnológico da matriz industrial do Estado;
- II - a geração de emprego e formação de mão de obra qualificada;
- III - a consolidação do parque automotivo baiano”.

A habilitação do Autuado ao PROAUTO, através da Resolução nº 181/02 se deu com aprovação por ato do Conselho Deliberativo do FUNDESE (Fundo de Desenvolvimento Social e Econômico do Estado da Bahia, regulado pela Lei nº 6.445/92, alterada pela Lei nº 7.503/99), aprovando o projeto de implantação do complexo industrial automotivo e a concessão de incentivos previstos na Lei nº 7.537/99 (deferimento do recolhimento do ICMS das operações de importação para o momento das saídas dos veículos), nos Decretos nº 7.731/99 (crédito presumido no valor correspondente ao percentual de 98% - primeiro ano de operação – do saldo devedor do ICMS apurado em cada período de apuração mensal) e nº 7.989/01 (apropriar crédito fiscal acumulados dos fornecedores de peças).

Como claramente emerge dos autos, o Sujeito Passivo importou veículos novos da marca JAC MOTORS com deferimento do ICMS importação, no período de janeiro a agosto de 2014, e a constituição do crédito tributário sobre tais operações ocorreu após o cancelamento da Resolução FUNDESE nº 181/12, que concedeu benefício fiscal na importação e nas saídas dos veículos da montadora, na forma prevista no Programa PROAUTO, instituído pela Lei nº 7.537/99.

Convém salientar que as vantagens concedidas ao Impugnante pelo Estado da Bahia, decorrentes do PROAUTO, visavam, em contrapartida, uma finalidade certa e específica: a implantação e desenvolvimento de um complexo industrial automotivo da JAC MOTORS, jamais concretizado.

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

O contrato de natureza administrativa celebrado entre os Fundos de Desenvolvimento e as empresas beneficiárias, tem início com a aprovação do projeto pelos órgãos gestores, e sua extinção pode ocorrer quando o empreendimento incentivado for regularmente concluído, nos termos pactuados ou, se o projeto apresentar irregularidades ou inconsistências com relação ao que lhe fora programado. Nesse caso, o Poder Público poderá rescindir o contrato unilateralmente, cancelando os incentivos anteriormente aprovados. Cabendo apenas que haja obediência ao devido processo legal, com direito de debate aberto para as partes.

No presente caso, o cancelamento dos benefícios foi precedido de intimação para que o beneficiário se manifestasse acerca da possibilidade de extinção do Termo de Compromisso (Mandado de Intimação 01/2016, da Secretaria de Desenvolvimento Econômico - SDE), em face do descumprimento na sua obrigação de construir o pátio de fábrica, originalmente acordado.

O Autuado apresentou considerações acerca da não realização dos investimentos planejados; foi notificado para se pronunciar sobre os esclarecimentos apresentados pelo DESENBAHIA (Mandado de Intimação 02/2016, da Secretaria de Desenvolvimento Econômico); apresentou manifestação sobre Termo de Compromisso 01/13 e manutenção do PROAUTO. Ao final, o processo culminou com o Ofício 77/2016, da SDE, com a informação do cancelamento do aludido Termo de compromisso.

O cancelamento do Termo de compromisso 01/13 foi formalizado através do Ofício 08/2017, e determinado o

recolhimento do ICMS não recolhido no período de uso dos incentivos fiscais. O Impugnante teve, antes, sua habilitação cancelada do Programa de Incentivo à Inovação Tecnológica e Adensamento da Cadeia Produtiva de Veículos Automotores - INOVAR (Lei 12.715/2012), regime automotivo do Governo Brasileiro, através da Portaria Nº 153, de 30/05/2016, do MDIC, publicada do DOU de 31/05/2016, cópia acostada aos autos, fl. 327. A mesma falta de cumprimento dos termos acordados motivou o cancelamento do Programa Federal.

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

Entretanto, o Parecer PGE GAB – LSR 143/2016, acostados às fls. 214 a 220, esclarece que o Estado da Bahia não assumiu compromissos nesse sentido, e que o DESENBAHIA, que também participou do Termo de Compromisso, a obrigação assumida foi apenas a de “elaborar um contrato de financiamento para viabilizar a construção do COMPLEXO INDUSTRIAL JAC MOTORS utilizando recurso do FUNDESE em valor não superior a R\$80.000.000,00 (oitenta milhões de reais)”, mas não, evidentemente, a de garantir a concessão do financiamento sem as salvaguardas necessárias. Conclui o aludido parecer que, mesmo tendo tenha sido autorizado o financiamento do interessado, a contratação não foi autorizada por falta da apresentação das garantias acenadas em sua carta consulta inicial.

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

Assim, é indubioso que o cancelamento dos incentivos direcionados às empresas beneficiárias configura uma modalidade específica de rescisão unilateral dos contratos administrativos, cuja aplicação se dá nas hipóteses de utilização indevida dos recursos repassados às empresas.

No presente caso, o descumprimento dos objetivos dos projetos ou das regras condicionantes sujeita o beneficiário ao cancelamento dos incentivos aprovados, exsurgindo, no caso de desvio de recursos, a pretensão estatal à restituição dos recursos mal utilizados.

A exigência dos valores não recolhidos, em face às importações realizadas pelo autuado, somente surgiu após a conclusão do processo administrativo apuratório que, comprovando a responsabilidade da empresa na prática do descumprimento de obrigação acordada, conduziu a autoridade competente à prática do cancelamento dos incentivos concedidos e à exigência dos recursos incentivados.

Os desvios de recursos perpetrados pelas empresas beneficiárias, ou o descumprimento das ações reciprocamente condicionadas, além de causarem prejuízos ao erário, frustram os objetivos do programa de incentivo, causando sérios danos à Administração Pública e à coletividade em geral.

Em ocorrendo a aplicação dos incentivos de maneira irregular pelas empresas beneficiária, descumprindo os objetivos previstos nas normas e nas diretrizes estabelecidas nas resoluções aprovadoras dos incentivos, compete aos órgãos gestores dos Fundos proceder a rescisão unilateral dos contratos, através do cancelamento dos incentivos, além da adoção das medidas necessárias para a recuperação dos créditos tributários utilizados em desacordo com as diretrizes traçadas na Resolução e Termos de Compromissos.

Logo, ante o quanto exposto, entendo que as operações com os veículos novos importados não poderiam ser realizadas ao amparo do diferimento previsto na Lei nº 7.537/99 e disciplinado, pelo Dec. 7.798/00. Resta patente nos autos que o referido benefício fiscal foi utilizado de forma indevida pelo Autuado, sem o cumprimento dos termos acordados, ou seja, sem a implantação da montadora dos automóveis da marca JAC, no município de Camaçari, conforme pactuado no projeto do Programa Especial de Incentivo ao Setor Automotivo da Bahia - PROAUTO, e aprovadas por ato do Conselho Deliberativo do FUNDESE (Fundo de Desenvolvimento Social e Econômico do Estado da Bahia, regulado pela Lei nº 6.445/92, alterada pela Lei nº 7.503/99).

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

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

Inconformada com a Decisão da 3ª Junta de Julgamento Fiscal, a Autuada apresentou Recurso Voluntário (fls. 520 a 552), nos termos do Art. 169, I, “b”, do RPAF/99, no qual informou que é uma empresa que se dedica à importação, comercialização e industrialização de automóveis da marca chinesa JAC MOTORS, fazendo parte do mesmo grupo econômico da empresa SNS AUTOMÓVEIS LTDA, com quem atuava na realização do projeto da fábrica de automóveis da Bahia.

Explicou que a primeira formalização dessa intenção com o Estado da Bahia ocorreu em 16/11/2011 e, ao longo do ano de 2012, foram concluídas as tratativas para que iniciasse a importação dos automóveis da China pelo Estado da Bahia, a partir do mês de agosto, por meio da Resolução nº 181/2012 da FUNDESE, sendo objeto deste lançamento de ofício as importações realizadas no período de janeiro a agosto de 2014.

Destacou que a indústria automobilística e comércio de automóveis vivia o seu melhor momento naquele período, vendo o Estado da Bahia como o lugar ideal para realizar a instalação da fábrica, sendo que, ao transferir as suas importações para o Estado da Bahia, indiscutivelmente, gerou incremento de empregos e renda para a região.

Ressaltou que firmou o Termo de Compromisso nº 01/2013, em 24/07/2013, estabelecendo direitos e obrigações com o intuito da realização da fábrica de automóveis em Camaçari, com o Governo da Bahia, o qual concedeu benefícios fiscais em relação ao ICMS, nas operações internas e interestaduais, e vendeu a área para que se iniciasse a terraplanagem, demonstrando interesse real no investimento.

Alegou que o DESENBAHIA, no entanto, descumpriu uma obrigação absolutamente essencial constante do referido Termo de Compromisso (Cláusulas Terceira e Sétima), relativo ao financiamento que nunca saiu do papel, apesar do esforço em demonstrar que o investimento não seria possível sem tais recursos, tratado no Termo de Compromisso aprovado pelo FUNDESE em 05/09/2014.

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

Disse que ficou surpreso com o Mandado de Intimação nº 01/2016 – GASEC, da Secretaria do Desenvolvimento Econômico, para se manifestar acerca da possibilidade de extinção do Termo de Compromisso por descumprir a sua obrigação de construir a fábrica que fora originalmente acordada, tendo apresentado considerações, em 02/08/2016, no sentido de que a não realização do investimento da forma planejada se deu por força da ausência da concretização do financiamento constante do Termo de Compromisso e apresentou um projeto alternativo para a construção da fábrica.

Acrescentou que recebeu uma nova notificação da Secretaria de Desenvolvimento Econômico (de nº 02/2016 -GASEC), em 20/09/2016, para apresentar defesa sobre os esclarecimentos apresentados pelo DESENBAHIA, que objetivava a anulação do ato administrativo que formalizou os incentivos fiscais, tendo apresentado manifestação, em 10/11/2016, requerendo o agendamento de audiência, a manutenção do enquadramento das empresas no PROAUTO e a adequação do Termo de Compromisso nº 01/2013 à nova realidade econômica brasileira, iniciando as tratativas em relação ao projeto de forma faseada, apresentado em 02/08/2016.

Asseverou que recebeu o Ofício nº 78/2016 do Secretário do Desenvolvimento Econômico informando acerca do cancelamento do Termo de Compromisso nº 01/2013, em 23/12/2016, por força da rescisão unilateral do Governo da Bahia, e que, diante desse fato, apresentou recurso administrativo ao Secretário do Desenvolvimento da Bahia, em 04/01/2017, com fundamento no Art. 54, da Lei nº 12.209/11, mas que não houve resposta a este recurso.

Alegou que o Estado da Bahia formalizou o cancelamento dos benefícios fiscais concedidos no Termo de Compromisso nº 01/2013 e determinou o pagamento do ICMS não recolhido no período de uso dos incentivos fiscais, em 26/01/2017, por meio do Ofício nº 08/2017, tendo o presente lançamento de ofício sido efetuado com base nas importações dos automóveis e equipamentos importados pelo Estado da Bahia, aplicando juros e multa de 60% nos termos da legislação do ICMS.

Argumentou que havia demonstrado o equívoco na interpretação por parte dos Autuantes, o que

poderia ser confirmado por perícia, e que a decisão recorrida não representa a melhor análise do caso concreto, pois não conferiu a devida importância ao fato do Estado da Bahia não ter cumprido com o financiamento previsto no aludido Termo de Compromisso, inviabilizando a concretização do projeto da forma inicialmente planejada, bem como exigiu o imposto sobre as importações realizadas, não em relação ao saldo devedor, sem levar em consideração os recolhimentos efetuados.

Contextualizou que a atuação do Estado na ordem econômica encontra fundamento de validade em diversas passagens da Constituição, em especial nos seus Arts. 170 e 174, os quais transcreveu, e sobre o Programa PROAUTO, criado pela Lei nº 7.537/99, o que o atraiu a firmar o Termo de Compromisso nº 01/2013.

Afirmou que o financiamento era algo previsto como condição para realização do negócio e que, ao firmar o protocolo de intenções com o Governo do Estado da Bahia, em 16/11/2011, as condições de financiamento eram muitíssimas mais favoráveis e não havia no horizonte o cenário econômico que o Brasil conviveu nos anos de 2015 a 2017, sendo que o agente público de fomento econômico deveria ter contribuído com o desenvolvimento realizando o financiamento constante da Cláusula Quinta, item V, do Termo de Compromisso.

Questionou como poderia ser possível iniciar a produção em 36 meses, conforme previsto no Termo de Compromisso firmado em 24/07/2013, diante de uma mudança de cenário econômico tão drástico e sem os financiamentos que ficaram bem mais caros e com garantias de impossível realização.

Lamentou a decisão de não se conceder o financiamento, objeto do Termo de Compromisso nº 01/2013, bem como a lavratura do lançamento de ofício, enquanto o seu recurso administrativo, apresentado em 04/01/2017, não tiver sido decidido pelo Sr. Secretário do Desenvolvimento Econômico do Estado da Bahia, tema que deveria ter sido abordado na decisão recorrida, mas não o foi.

Quanto ao ICMS exigido, ensinou que o fato gerador é o desembarço aduaneiro, em relação às importações realizadas entre janeiro e agosto de 2014, mas que os Autuantes não reconheceram o recolhimento de qualquer crédito tributário, sendo que a correta análise do lançamento deve se basear na legislação do ICMS que envolve o PROAUTO, calcada em incentivos financeiros e tributários, e especialmente o benefício fiscal concedido pelo Estado da Bahia, através da Resolução nº 182/2012 do FUNDESE, que por sua vez faz menção ao Termo de Compromisso nº 01/2013.

Lecionou que o tratamento conferido pelo PROAUTO foi o de diferir o recolhimento do ICMS nas operações para saídas internas nas operações de importação, sendo que o Decreto nº 7.537/99 definiu o percentual do crédito presumido de 98% do saldo devedor do ICMS apurado em cada mês de operação (do 1º ao 6º ano de operação), constante também do Termo de Compromisso nº 01/2013, firmado com o Estado da Bahia, prescrevendo a sua obrigação em recolher 2% do saldo devedor do ICMS em relação a cada mês de operação, o que fez, e não o ICMS devido na importação de mercadorias, que é objeto de diferimento. Acostou seu Livro Registro de Apuração do ICMS – RAICMS, DAE e comprovantes de recolhimento relativos ao período objeto do lançamento.

Transcreveu doutrina, o Art. 149 do CTN e ementas de julgados do STJ para sustentar a sua tese de que ocorreu erro de direito, por terem sido aplicadas normas equivocadas e estabelecido base de cálculo com valores igualmente equivocados, o que impede que o lançamento de ofício possa prosperar.

Requeru a improcedência da autuação ou a sua nulidade, com base no Art. 18, IV, “a” e §1º do RPAF/99, citando doutrina de José Souto Maior Borges.

Protestou pela produção e posterior juntada de toda e qualquer prova em direito admitida e reiterou o pedido de perícia, nomeando assistente técnico e apresentando as seguintes questões:

- 1) esclarecer se estava submetida ao recolhimento do ICMS nos termos da legislação do PROAUTO, no período autuado?
- 2) o ICMS deveria ser recolhido com base no saldo devedor mensal e não no momento do desembaraço aduaneiro das mercadorias importadas?
- 3) é possível chegar ao valor correto do ICMS supostamente devido, tendo por base os critérios utilizados pelo Auditor Fiscal?

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

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

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

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

- (i) em função da ilegalidade da Notificação nº 08/2017, uma vez foi apresentado, em 04/01/2017, recurso administrativo em relação à decisão que havia cancelado o benefício fiscal (Resolução nº 217/2016) e que ainda não foi objeto de manifestação do Sr. Secretário de Desenvolvimento do Estado da Bahia;
- (ii) por *erro de direito*, uma vez que aplicou as normas previstas no art. 4º, inciso IX, da Lei nº 7.014/96, ao cobrar e calcular o ICMS incidente sobre a importação dos automóveis - desembaraçadas pela Cotia -, hipótese estranha ao caso concreto, pois o ICMS deveria ser recolhido com base no saldo devedor mensal, nos termos do art. 12, §1º, da Lei nº 7537/99 (PROAUTO) c/c a Cláusula Quinta do Termo de Compromisso nº 01/2013 e a Resolução nº 217/2016, o que torna o lançamento inconsistente, devendo ser aplicado à previsão contida no art. 18, inciso IV, alínea “a”, do RPAF-BA/99, não sendo possível a aplicação do §1º, do mesmo artigo, por ser impossível calcular o crédito tributário.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão que julgou pela procedência do presente Auto de Infração, relativo à falta de recolhimento do ICMS devido pelas importações tributadas realizadas pelo estabelecimento.

Preliminarmente, o Autuado suscitou a nulidade do lançamento por entender que o mesmo não contém elementos suficientes para se determinar a infração e por cerceamento de defesa pelo não deferimento da perícia solicitada.

Constatou que os enquadramentos da infração e da penalidade estão fundamentados nos dispositivos corretos da Lei nº 7.014/96, que o Auto de Infração foi lavrado por autoridade competente e que todos os elementos que o compõe foram disponibilizados. Portanto, não há preterição do direito de defesa, já que contém elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator, tanto que o Autuado efetuou plena defesa das suas teses, demonstrando estar plenamente consciente da acusação que lhe foi imputada e questionando apenas que o ICMS foi cobrado pela importação, quando, em seu entendimento, deveria ter sido cobrado pelo saldo devedor das suas operações, bem como não deveria ter sido cancelado o seu benefício previsto no Termo de Compromisso nº 01/2013.

Também não cabe a alegação de cerceamento de defesa em função da decisão de 1ª Instância que indeferiu a solicitação de realização de perícia, em razão da prova do fato não depender do conhecimento especial de técnicos, sendo desnecessária em vista de outras provas produzidas

nos autos. O colegiado é soberano para avaliar se a perícia é necessária para o deslinde do feito, sem que resulte em cerceamento de defesa, não tendo o Autuado trazido elementos que a justificassem. Inclusive os quesitos formulados partem de um pressuposto que foi afastado no referido julgamento.

Assim, não merece reparo a decisão recorrida em relação ao afastamento das nulidades suscitadas. E, pelo mesmo motivo ali apresentado, com base no Art. 147, II, “a” e “b”, indefiro o pedido de perícia reiterado, pois as provas constantes dos autos são suficientes para que o julgamento seja realizado.

Quanto ao argumento de ter ocorrido erro de direito, por ter sido exigido o imposto sobre a importação, em vez do saldo devedor mensal, nos termos do Art. 12, §1º, da Lei nº 7.537/99 (PROAUTO), trata-se de análise de mérito que passo a efetuar, após afastadas as nulidades suscitadas.

Constam dos autos que, no período fiscalizado, o Autuado importou com o diferimento do ICMS relativo à importação de veículos acabados, destinados à revenda no mercado nacional, conforme Demonstrativo de Apuração do ICMS Importação, exigido em função da cassação da habilitação no Programa Especial de Incentivo ao Setor Automotivo - PROAUTO, Resolução FUNDESE nº 181/2012, por descumprimento das Cláusulas assumidas no Protocolo de Intenções e no Termo de Compromisso nº 001/2013, firmado em 24/07/2013.

Regularmente notificado da rescisão, o Autuado apresentou justificativas que culminou no Parecer-GAB-LSR nº 143/2016, opinando pelo cancelamento da habilitação e consequente anulação dos incentivos fiscais pertinentes, referendado pela Resolução FUNDESE nº 217/2016, de 14/12/2016, publicada no DOE de 23/12/2016, que efetivou o cancelamento da habilitação, implicando as exigências previstas na Cláusula 11.3, alínea “a”, do Termo de Compromisso, do ICMS dispensado, mais os acréscimos tributários previstos na Lei nº 7.014/96 para o recolhimento intempestivo do imposto estadual. A aludida Resolução FUNDESE nº 217/2016 cancelou a habilitação da Autuada.

A Autuada fundamentou sua defesa para afastar a exigência do tributo, argumentando que, apesar do atendimento de parte do acordo, o Estado da Bahia, através da DESENBAHIA descumpriu obrigação essencial constante do Termo de Compromisso (Cláusulas Terceira e Sétima), contrato de financiamento para a construção do seu complexo industrial com recursos do FUNDESE, em valor não superior a oitenta milhões de reais, o que inviabilizou seu projeto inicial de construir a fábrica acordada e da queda vertiginosa do mercado de automóveis.

Questionou o lançamento de ofício com base na falta de recolhimento do ICMS na importação de mercadorias, quando deveria verificar o recolhimento do ICMS em relação ao saldo devedor em cada mês de apuração.

Convém salientar que o estabelecimento da Autuada é beneficiário do Programa Especial de Incentivo Fiscal ao Setor Automobilístico da Bahia – PROAUTO, instituído pela Lei Estadual nº 7.537/99, e regulado pelo Decreto nº 7.798/00, que estabelece como principal finalidade o estímulo à implantação e ao desenvolvimento de empreendimentos industriais do setor automotivo de relevante interesse para a economia do Estado, conforme disposto nos Arts. 1º e 2º da norma legal, com o seguinte teor:

“Art. 1º - Fica criado o Programa Especial de Incentivo ao Setor Automotivo da Bahia PROAUTO, vinculado ao Fundo de Desenvolvimento Social e Econômico FUNDESE, regulado pela Lei nº 6.445, de 7 de dezembro de 1992, alterada pela Lei nº 7.503, de 13 de agosto de 1999, com a finalidade de estimular a implantação e o desenvolvimento de empreendimentos industriais desse setor, de relevante interesse para a economia do Estado.

Art. 2º - Poderão habilitar-se aos incentivos da presente Lei as empresas fabricantes de veículos automotores, denominadas empresas beneficiárias principais, que se comprometam, isoladamente ou em conjunto com seus fornecedores, a realizar investimentos totais superiores a R\$ 800.000.000,00 (oitocentos milhões de reais) e a utilizar métodos, sistemas e tecnologias avançados, compartilhados, no que couber, com órgãos, agências e universidades locais.

§1º A concessão dos benefícios e incentivos previstos nesta Lei, excluído o financiamento de capital de giro,

estende-se aos fornecedores das empresas fabricantes de veículos automotores, cuja atividade econômica seja correlata ou complementar, listados no Projeto do empreendimento e aprovados pelo Conselho Deliberativo do FUNDESE.

§2º O Chefe do Poder Executivo poderá estabelecer condições especiais de enquadramento no Programa, mediante proposta do Conselho Deliberativo do FUNDESE, desde que o empreendimento seja relevante para:

- I - o desenvolvimento tecnológico da matriz industrial do Estado;*
- II - a geração de emprego e formação de mão de obra qualificada;*
- III - a consolidação do parque automotivo baiano.”*

A Resolução nº 181/2012 habilitou a Autuada ao PROAUTO, com aprovação por ato do Conselho Deliberativo do FUNDESE (Fundo de Desenvolvimento Social e Econômico do Estado da Bahia, regulado pela Lei nº 6.445/92, alterada pela Lei nº 7.503/99), aprovando o projeto de implantação do complexo industrial automotivo e a concessão de incentivos previstos na Lei nº 7.537/99 (deferimento do recolhimento do ICMS das operações de importação para o momento das saídas dos veículos), nos Decretos nº 7.731/99 (crédito presumido no valor correspondente ao percentual de 98% - primeiro ano de operação – do saldo devedor do ICMS apurado em cada período de apuração mensal) e nº 7.989/01 (apropriar crédito fiscal acumulados dos fornecedores de peças).

Portanto, como se extrai dos autos, o contribuinte importou veículos novos com deferimento do ICMS Importação, no período de janeiro a agosto de 2014, e a constituição do crédito tributário sobre tais operações ocorreu após o cancelamento da Resolução FUNDESE nº 181/2012, que concedeu benefício fiscal na importação e nas saídas dos veículos da montadora, na forma prevista no Programa PROAUTO. As vantagens concedidas ao contribuinte pelo Estado da Bahia, decorrentes do PROAUTO, visavam, em contrapartida, uma finalidade certa e específica: a implantação e desenvolvimento de um complexo industrial automotivo da JAC MOTORS, jamais concretizado.

Inaceitável o argumento defensivo de que houve irregularidade no cancelamento do Termo de Compromisso nº 01/2013, por força de rescisão unilateral do Acordo com o Estado da Bahia.

Com efeito, o contrato de natureza administrativa celebrado entre os fundos de desenvolvimento e as empresas beneficiárias tem início com a aprovação do projeto pelos órgãos gestores, e sua extinção pode ocorrer quando o empreendimento incentivado for regularmente concluído, nos termos pactuados (o que não é o caso), ou se o projeto apresentar irregularidades ou inconsistências com relação ao que lhe fora programado. Nesse caso, o Poder Público poderá rescindir o contrato, cancelando os incentivos anteriormente aprovados. Exige-se apenas que haja obediência ao devido processo legal, com direito de debate aberto para as partes.

Observo que o cancelamento dos benefícios foi precedido de intimação para que o Autuado se manifestasse acerca da possibilidade de extinção do Termo de Compromisso (Mandado de Intimação nº 01/2016, da Secretaria de Desenvolvimento Econômico - SDE), em face do descumprimento na sua obrigação de construir o pátio de fábrica originalmente acordado.

A Autuada apresentou considerações acerca da não realização dos investimentos planejados, foi notificado para se pronunciar sobre os esclarecimentos apresentados pelo DESENBAHIA (Mandado de Intimação nº 02/2016, da Secretaria de Desenvolvimento Econômico) e apresentou manifestação sobre Termo de Compromisso nº 01/13 e manutenção do PROAUTO. No final, o processo culminou com o Ofício nº 77/2016, da SDE, com a informação do cancelamento do aludido Termo de compromisso.

Por meio do Ofício nº 08/2017, de 26/01/2017, o cancelamento do Termo de compromisso nº 01/2013 foi formalizado e determinado o recolhimento do ICMS não recolhido no período de uso dos incentivos fiscais, o que já respondeu ao recurso impetrado em 04/01/2017. O Autuado teve, antes, sua habilitação cancelada do Programa de Incentivo à Inovação Tecnológica e Adensamento da Cadeia Produtiva de Veículos Automotores – INOVAR (Lei nº 12.715/12), regime automotivo do Governo Brasileiro, através da Portaria nº 153, de 30/05/2016, do MDIC, publicada do DOU de 31/05/2016. A mesma falta de cumprimento dos termos acordados motivou o cancelamento do

Programa Federal.

O Autuado não esclareceu devidamente as circunstâncias que inviabilizaram o financiamento de R\$80.000.000,00 com recursos do FUNDESE (cláusula sétima do TC nº 01/2013). O Parecer PGE GAB – LSR - 143/2016, contudo, esclarece que o Estado da Bahia não assumiu compromissos nesse sentido, e que obrigação assumida pela DESENBAHIA, que também participou do Termo de Compromisso, foi apenas de “elaborar um contrato de financiamento para viabilizar a construção do COMPLEXO INDUSTRIAL JAC MOTORS utilizando recursos do FUNDESE em valor não superior a R\$80.000.000,00 (oitenta milhões de reais)”, mas não, evidentemente, a de garantir a concessão do financiamento sem as salvaguardas necessárias.

Ressalto que também é este o entendimento da PGE/PROFIS, conforme exposto em seu parecer exarado no julgamento do Auto de Infração nº 279757.0013/17-6, julgado procedente por unanimidade.

Concluo que, conquanto tenha sido autorizado o financiamento ao Autuado, a contratação não foi autorizada por falta da apresentação das garantias acenadas em sua carta consulta inicial.

A propósito, impende ressaltar que a rescisão unilateral dos contratos administrativos tem previsão nos Arts. 58, II, e 79, I da Lei Federal nº 8.666/93, que regulamenta o Art. 37, II, da CF/88 e institui normas sobre licitação e contratos com a administração pública.

Nesse sentido, revela-se inequívoco que o cancelamento dos incentivos direcionados às empresas beneficiárias configura uma modalidade específica de rescisão unilateral dos contratos administrativos, cuja aplicação se dá nas hipóteses de utilização indevida dos recursos repassados às empresas.

Observo que, no caso em concreto, o descumprimento dos objetivos dos projetos ou das regras condicionantes sujeita o Autuado ao cancelamento dos incentivos aprovados, exsurgindo, no caso de desvio de recursos, a pretensão estatal à restituição dos recursos mal utilizados. Ressalto que a exigência dos valores não recolhidos, face às importações realizadas pelo Autuado, somente surgiu após a conclusão do processo administrativo apuratório que, comprovando a sua responsabilidade na prática do descumprimento de obrigação acordada, conduziu a autoridade competente à prática do cancelamento dos incentivos concedidos e à exigência dos recursos incentivados.

Como visto, os programas de incentivos exercem um importante papel para o desenvolvimento das regiões que criam os benefícios, pois funcionam como instrumentos indutores da economia local, auxiliando na geração de riquezas, de novos postos de trabalho e renda aos habitantes destas regiões.

Os desvios de recursos perpetrados pelas empresas beneficiárias, ou o descumprimento das ações reciprocamente condicionadas, além de causarem prejuízos ao erário, frustram os objetivos do programa de incentivo, causando sérios danos à Administração Pública e à coletividade em geral.

Ocorrendo a aplicação dos incentivos de maneira irregular pelas empresas beneficiárias, descumprindo os objetivos previstos nas normas e nas diretrizes estabelecidas nas resoluções aprovadoras dos incentivos, compete aos órgãos gestores dos Fundos procederem à rescisão unilateral dos contratos, através do cancelamento dos incentivos, além da adoção das medidas necessárias para a recuperação dos créditos tributários utilizados em desacordo com as diretrizes traçadas na Resolução e Termos de Compromissos.

Frente aos fatos documentados acima, concluo que as operações com os veículos novos importados não poderiam ser realizadas ao amparo do diferimento previsto na Lei nº 7.537/99 e disciplinado, no âmbito do Poder Executivo pelo Decreto Estadual nº 7.798/00. O referido benefício fiscal foi utilizado de forma indevida pelo Autuado, sem o cumprimento dos termos acordados, sem a implementação da montadora dos automóveis da marca JAC, no município de Camaçari, listado no projeto do PROAUTO, e aprovadas por ato do Conselho Deliberativo do FUNDESE.

Tendo os benefícios do diferimento e do crédito presumido sido cancelados, o ICMS relativo à importação que foi deferido deve ser exigido, não havendo porque falar em saldo devedor mensal, o que seria outra infração, caso não tenha sido devidamente recolhido.

Posto isso, correto está o lançamento tributário, conforme as planilhas que discriminou cada operação realizada pelo Autuado.

Face ao exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** Auto de Infração nº **279757.0006/18-8**, lavrado contra **JAC BRASIL AUTOMÓVEIS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$10.738.335,19**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” a da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de janeiro de 2019.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

CARLOS ANTONIO BORGES COHIM SILVA – RELATOR

LEÔNCIO OGANDO DACAL - REPR. DA PGE/PROFIS