

PROCESSO	- A. I. Nº 299314.0002/18-7
RECORRENTES	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e SANSUY S/A. - INDÚSTRIA DE PLÁSTICOS
RECORRIDOS	- SANSUY S/A. - INDÚSTRIA DE PLÁSTICOS e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS	- RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0150-05/18
ORIGEM	- IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO	- INTERNET: 02/08/2019

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0243-12/19

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. Mantida a Decisão recorrida. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime. Recurso Voluntário **NÃO PROVIDO**. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de Recurso Voluntário e de Recurso de Ofício interpostos pela autuada e pela 5ª JJF, respectivamente em razão do Acórdão JJF Nº 0150-05/18, que julgou Procedente o Auto de Infração, lavrado em 27/03/2018, para exigir ICMS no valor histórico de R\$1.566.980,79, relativos a uma única infração, descrita a seguir.

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

A 5ª Junta de Julgamento Fiscal (JJF) apreciou a lide no dia de 14/08/2018 (fls. 503 a 516) e decidiu pela Procedência em Parte, em decisão unânime, nos termos a seguir reproduzidos.

"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.

As 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 nº 35/2004 (fls. 225/226), transferidos para a SANSUY S/A INDÚSTRIA DE PLÁSTICO, mediante a Resolução nº 15/2005 (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 nº 7980/01, 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 defensor, 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."

A 5ª JJF interpôs Recurso de Ofício de sua decisão.

Inconformado, com fundamento no art. 169, I, "b" do Decreto nº 7.629/1999 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia), o contribuinte interpôs Recurso Voluntário às fls. 522 a 555, mediante o qual aduz as seguintes alegações.

Inicialmente, informa que é empresa que se dedica à produção e comercialização de artefatos plásticos, sendo, portanto, contribuinte do ICMS. Afirma que a decisão ora guerreada entendeu por bem manter o Auto de Infração combatido, reconhecendo apenas o equívoco na tipificação da multa imposta, de tal sorte que restou reduzida ao percentual de 60% do tributo exigido (anteriormente o era na ordem de 100%) diante do reconhecimento de inexistência de dolo, fraude ou simulação por parte da ora Recorrente. Alega, contudo, que se impõe a sua reforma uma vez que a autuação encontra-se eivada de nulidade, diante da absoluta inexistência de provas do quanto alega, bem como pela falta de indicação dos livros utilizados pela d. Fiscalização para compor o valor autuado. Ademais, em relação ao mérito em si, melhor razão não resta à Autuação Fiscal, pelo que também se impõe o provimento do presente Recurso Voluntário, uma vez que a Recorrente tem adesão regular ao DESENVOLVE, sem perder de vista, ainda, que a SEFAZ/BA é absolutamente incompetente para determinar a suspensão do mencionado benefício, o que se justifica diante da inexistência de previsão legal para tanto. Por fim, em que pese o entendimento pela redução da multa, se demonstrará que mesmo na eventualidade de se entender pela manutenção da autuação, a multa imposta deveria ser relevada, à luz do disposto no artigo 159 do RPAF/BA, e não simplesmente reduzida. Senão vejamos.

Preliminarmente, suscita a nulidade do auto de infração combatido, o que não foi reconhecido pela C. 5ª Junta Julgadora. Alega que, efetivamente, o auto impugnado, ora em sede recursal, não corresponde à realidade dos fatos e aos seus registros fiscais, e não contém descrição minuciosa dos fatos e de sua subsunção às normas legais.

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

Explica que, a despeito do exposto, a C. 5ª Junta Julgadora, entendeu por bem afastar toda a argumentação exposta pela Recorrente sustentando, de forma absolutamente genérica. Transcreve trecho da decisão recorrida para provar o quanto alega. Argumenta que a generalidade desporta em tal decisão, pois as alegações trazidas pela C. Junta Julgadora são válidas a justificar toda e qualquer nulidade levantada, o que demonstra a falta de análise pormenorizada das suas alegações, o que não se pode aceitar.

Alega que a ausência das informações referentes aos livros fiscais da Recorrente, bem como o incorreto apontamento das infrações tidas por cometidas, implicam na nulidade do trabalho

fiscal, porque lhe impediu de exercer corretamente o seu direito de ampla defesa, contrariando, destarte, o disposto no art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal.

Além disso, afirma que a Fiscalização houve por bem glosar o benefício fiscal do DESENVOLVE, cobrando o ICMS incidente em cada um dos meses em que foi utilizado tal benefício fiscal. Ocorre que se a Fiscalização entendia pela incidência integral do ICMS nas operações, por força da glosa dos benefícios, cabia a ela fazer prova da ocorrência da materialidade do tributo, o que não ocorreu, segundo garante. Explica que, da leitura do auto de infração, verifica-se constar apenas planilhas de valores supostamente utilizados pela Recorrente, 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.

Mas não é só. Afirma que o argumento do lançamento tributário é uma suposta falta de cumprimento das obrigações assumidas pela Recorrente (e pela empresa por ela incorporada) junto ao Conselho Deliberativo do DESENVOLVE. Entretanto, destaca que aqui há um ponto relevantíssimo, pois, considerando que é dever do Estado produzir sua prova primária, não bastam meros “relatos” feitos no corpo da autuação. Haveriam de ser apresentadas provas concretas e irrefutáveis de que houve descumprimento das regras do DESENVOLVE, o que absolutamente não há no caso concreto (até porque elas não existem, já que a Recorrente nos anos de 2016 e 2017 estava regularmente apta a gozar dos benefícios do DESENVOLVE).

Alega que a ausência dessas provas concretas do relato do Auditor Fiscal inquina de nulidade o Auto de Infração, na medida em que é obrigatório no Estado da Bahia, assim como em toda a Federação, que o lançamento se faça acompanhar das provas das infrações porventura apuradas. Transcreve o artigo 28, § 4º, inciso II do Decreto 7629/99 (RPAF) e cita decisão do Conselho de Contribuintes, em apoio aos seus argumentos.

Conclui que, ao não fazer prova da suposta infração cometida, a Fazenda Estadual acabou por violar o princípio da estrita legalidade, pois agiu em desacordo com os ditames legais ao quais está jungida a Administração Pública, pois não se pode aceitar a lavratura de lançamento tributário baseado apenas em planilhas eletrônicas, sem que o Fisco tenha efetiva e materialmente apurado a ocorrência da infração apontada. A simples informação, por parte dos auditores fiscais, de que a Recorrente não teria efetuado investimentos da ordem de R\$63.000.000,00 e de que não foram criados 1700 empregos diretos e indiretos, ao contrário do que defende a r. decisão, não faz prova. Trata-se de informação produzida unilateralmente pela D. Fiscalização, sem qualquer preocupação em, de fato, identificar os benefícios trazidos pela Recorrente. Transcreve jurisprudência nesse sentido.

No mérito, afirma que, na eventualidade de se entender pelo acerto da r. decisão recorrida em relação às nulidades acima demonstradas, o que se admite a título argumentativo, então é o caso de demonstrar que a autuação não pode prosperar em relação também ao seu mérito. Neste sentido, esclarece que é empresa com estabelecimento industrial sediado neste Estado da Bahia há décadas, tendo sido incentivada pelo próprio Governo do Estado da Bahia a aqui se instalar.

Explica que, de fato, já chegou a gozar dos incentivos estipulados pelo extinto programa PROBAHIA. Em 1998, no entanto, pediu sua migração para o programa chamado BAHIAPLAST. Após os trâmites burocráticos, informa que logrou obter sua inclusão no referido Programa BAHIAPLAST, mediante a publicação em 30/10/2002 da Resolução nº 16/2002, do Conselho Deliberativo do Programa BAHIAPLAST, publicada no Diário Oficial do Estado em 30 de outubro de 2002.

Explica, ainda, que o Grupo empresarial SANSUY, no entanto, não era composto apenas pela Recorrente, pois uma outra empresa do Grupo, chamada VINIARTEFATOS – COMÉRCIO IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA., também pretendeu se instalar no Estado da Bahia, solicitando os benefícios do novo Programa DESENVOLVE, previsto na Lei nº 7.980/01. Tal empresa VINIARTEFATOS solicitou e obteve os benefícios fiscais concedidos no âmbito do DESENVOLVE através da publicação da Resolução nº 35/2004 do Conselho Deliberativo do Desenvolve. Transcreve o conteúdo desta Resolução 35/2004.

Prossegue, explicando que, nos idos de 2005, no entanto, por questões de organização interna, a Recorrente SANSUY S/A procedeu operação de incorporação societária da empresa VINIARTEFATOS – COMÉRCIO IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA. Destaca que, como bem diz o Artigo 1.116 do Código Civil, a incorporação de uma sociedade por outra implica na absorção, pela Incorporadora, de todos os direitos e obrigações anteriormente detidos pela Incorporada. Neste sentido, tendo a Incorporada VINIARTEFATOS direito aos benefícios do DESENVOLVE, a sua incorporação pela SANSUY implicou na transferência destes direitos ao DESENVOLVE também ao patrimônio da SANSUY.

Argumenta que tal realidade jurídica foi objeto de ratificação formulada pela SANSUY à Secretaria Executiva do Programa DESENVOLVE, pelo qual se requereu expressamente o reconhecimento da transferência dos benefícios do DESENVOLVE anteriormente concedido à VINIARTEFATOS. Como era de se esperar, tal pleito foi acolhido pelo Conselho Deliberativo do DESENVOLVE. Tanto que em 12/03/2005 foi publicada a Resolução nº 15/2005, transferindo expressamente os benefícios concedidos à VINIARTEFATOS para a SANSUY S/A. Transcreve a Resolução citada.

Além disso, explica que, diante da impossibilidade jurídica da mesma figurar em dois programas, foi publicada também a Resolução nº 02/2005, desta vez do Conselho Deliberativo do BAHIAPLAST, que excluiu a SANSUY S/A do Programa BAHIAPLAST. Para a Recorrente (e também para o Estado da BAHIA), parecia evidente o seu direito líquido e certo ao uso e gozo dos benefícios concedidos no âmbito do DESENVOLVE, o que – infelizmente - apenas não é reconhecido pela r. decisão guerreada, já que, no entender da autuação, convalidada pela r. decisão guerreada, no entanto, a Sansuy não teria direito ao DESENVOLVE porque supostamente não teria cumprido as obrigações constantes do protocolo de intenções firmado pela VINIARTEFATOS.

Argumenta, todavia, que tal alegação é inverídica e juridicamente nula. Alega ser ai onde reside o erro da r. decisão combatida, que se manifestou no sentido de que “os anexos elaborados pelos autuantes comprovam a ausência dos investimentos, requisitos necessário 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. “. – fls. 12/13 da decisão recorrida.

Primeiramente, alega que as planilhas elaboradas de forma unilateral e sem qualquer embasamento probante pelos i. Auditores Fiscais não podem ser consideradas como provas da materialidade da autuação. Segundo, a Resolução DESENVOLVE 15/2005 não condicionou o benefício a qualquer disposição constante do Protocolo de Intenções. Alega que não têm se atentado os auditores fiscais, tal qual a r. decisão recorrida, é que houve a expressa concessão dos benefícios do desenvolve à SANSUY através da Resolução DESENVOLVE nº 15/2005, sem qualquer condicionante ou edição de condição suspensiva. 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. E nem poderia ser diferente, já que o protocolo de intenções, como seu próprio nome diz, é meramente um instrumento preliminar, que contém as intenções de lado a lado, e não presta per si a gerar obrigações contratuais exigíveis. 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.

Alega que a decisão recorrida incorre em verdadeiro equívoco ao defender que o protocolo de intenções geraria direito definitivo entre as partes, pois o próprio protocolo, na sua cláusula quinta, letra “b” (cujo texto transcreve), reconhece que não traduz e nem confere direitos e obrigações, fazendo expressa remissão a outros documentos legais, “definitivos”, para consolidar tais intenções. Ademais, o Conselho do DESENVOLVE, na época, entendeu que os investimentos feitos pela Recorrente 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. E 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 Recorrente.

Ou seja, explica que, 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 aos seguintes benefícios, pelo prazo de 12 anos: a) DIFERIMENTO DO PAGAMENTO DO ICMS NAS IMPORTAÇÕES E AQUISIÇÕES INTERNAS; b) DILAÇÃO DO PRAZO DE PAGAMENTO DO SALDO DEVEDOR, PELO PRAZO DE 72 MESES.

No entanto, no ano de 2007, e até como mencionado na r. decisão recorrida, a Recorrente sofreu o primeiro (de uma série...) Auto de Infração, pelo qual a Secretaria da Fazenda entendeu, unilateralmente, que a Recorrente não teria cumprido os requisitos do DESENVOLVE e, portanto, não faria jus aos respectivos benefícios fiscais. Explica que este primeiro auto de infração, de 2007, foi seguido sistematicamente por vários outros, ano após ano, sendo o auto de infração ora objeto deste recurso, mais um lançamento decorrente deste espúrio e ilegal entendimento da SEFAZ/BA.

Argumenta que, a despeito do entendimento da r. decisão Recorrida, não é o simples fato de ter a Recorrente sofrido diversas autuações idênticas, que implica na veracidade e legalidade do quanto autuado. Descuidou-se a r. decisão recorrida (e até mesmo os auditores fiscais) de relevante ponto. É que tendo recebido o Auto de Infração, a Recorrente tratou de formular consulta à autoridade competente para dirimir esta questão, qual seja, o Conselho Deliberativo do DESENVOLVE. De fato, em 23/09/2010, a Recorrente formulou consulta expressa ao Conselho, tendo por objeto a seguinte indagação: “*A SANSUY vem solicitar deste Conselho posicionamento sobre os incentivos concedidos à empresa, com o intuito de esclarecer divergências existentes entre o entendimento da empresa e das autoridades responsáveis pela fiscalização no âmbito estadual, que desconsideraram totalmente os atos, a competência e as reiteradas práticas adotadas na concessão de benefícios fiscais por este mesmo Conselho*”.

Informa que tal consulta resultou na publicação da Resolução nº 138/2011 do Conselho Deliberativo do Desenvolve, que expressamente reconheceu o direito da Recorrente de utilizar os benefícios do Programa Desenvolve, concedidos através da Resolução nº 35/2004 para a empresa Viniartefatos e transferidos para a Sansuy S/A através da Resolução nº 15/2005. Transcreve texto da resolução citada.

Destaca que o artigo 1º da Resolução 138/2011 é a seguinte:

“Art. 1º - Acolher o recurso apresentado pela empresa SANSUY S/A INDÚSTRIA DE PLÁSTICOS , CNPJ nº 14.807.945/0001-24 e IE nº 02.092206 NO para reconhecer o direito aos benefícios do Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – DESENVOLVE, concedidos originalmente através da Resolução nº 35/2004, para a empresa VINIARTEFATOS – COMÉRCIO, IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA, e transferidos posteriormente através da Resolução nº 15/2005 deste Conselho para a SANSUY S/A INDÚSTRIA DE PLÁSTICOS, empresa proveniente do Programa Estadual de Desenvolvimento da Indústria de Transformação PLástica – BAHIAPLAST, em virtude da incorporação da VINIARTEFATOS pela SANSUY.”

Conclui que a Resolução 138/2011 é claríssima no sentido de reconhecer expressamente o direito da Sansuy a usufruir os benefícios do Desenvolve. Diante da manifestação expressa do órgão máximo do DESENVOLVE, entende que não há como se sustentar a decisão recorrida, ou mesmo o entendimento defendido pelos fiscais autuantes. Assegura que não há necessidade de maiores delongas, digressões ou ilações, pois a Sansuy faz jus aos benefícios fiscais do Desenvolve, conforme reconhecido pelo Conselho Deliberativo do próprio DESENVOLVE.

Alega, ainda, que não caberia a Auditores da Secretaria da Fazenda, sponte própria, cancelar os benefícios do DESENVOLVE, por não haver norma que conceda a auditores fiscais tal poder. Argumenta que o órgão máximo do DESENVOLVE, qual seja seu Conselho Deliberativo, através da Resolução 138/2011, foi expresso em afirmar que a Recorrente faz jus ao programa. Contudo, exige-se pela autuação fiscal ora em grau de recurso, exatamente o tributo objeto do benefício

fiscal em comento. Como se dizer que a autuação fiscal não implicou na suspensão/revogação do benefício na prática? Argumenta que, se não se trata de suspensão/revogação do benefício, então o tributo não é devido e, por consequência lógica, a autuação não faz qualquer sentido, impondo-se seu cancelamento.

Alega que o próprio fundamento legal para a autuação (art. 37 da Lei nº 7.014/96) é CLARO ao determinar que os benefícios somente serão revogados CONFORME AS DISPOSIÇÕES DAS LEIS QUE TRATAM DAS RESPECTIVAS MATÉRIAS. Mas não é só. Apesar de não mencionado no auto, o art. 41, da Lei nº 7.014/96, determina quais são as penalidades que podem ser aplicadas pela infração da legislação do ICMS, prevendo expressamente o cancelamento de benefícios fiscais. Transcreve os textos citados.

Afirma que a mesma Lei nº 7.014/96 determina, no entanto, em seu art. 48 que este cancelamento dos benefícios fiscais somente poderá ser feito mediante o atendimento das regras específicas para tal revogação do benefício, no mesmo espírito do seu artigo 37. Conclui, assim, que a lei maior do ICMS na BAHIA não confere poderes aos Auditores da Secretaria da Fazenda para cancelar unilateralmente qualquer tipo de benefício ou incentivo fiscal. Muito pelo contrário, os artigos 37 e 48 da Lei 7.014/96 são categóricos ao afirmar que o cancelamento de benefícios fiscais deve se dar de acordo com os procedimentos previstos em suas respectivas leis específicas.

Reproduz dispositivos da lei e do regulamento do Desenvolve para concluir que, depois de concedido o benefício fiscal, somente o próprio Conselho Deliberativo do DESENVOLVE pode cancelá-lo, e ainda assim, mediante um procedimento específico, que é um prévio parecer da Secretaria Executiva e, depois, a edição de uma Resolução específica do Conselho determinando o cancelamento, que não é o caso. Reproduz resposta negativa, dada pela Secretaria da Indústria, Comércio e Mineração, do Estado da Bahia, a consulta formulada pela Recorrente, acerca da existência de algum ato, limitando, suspendendo ou cancelando o incentivo fiscal citado.

Discorre acerca do princípio da legalidade, na Constituição Federal e no Código Tributário Nacional, para concluir que o lançamento tributário inovou indevidamente no ordenamento jurídico, ao impor restrições somente cabíveis por lei.

Do exposto, também por inexistência de previsão legal no âmbito do diploma normativo que rege o BAHIPLAST, é totalmente ilegítima a glosa dos créditos presumidos já apropriados por inadimplência momentânea da Recorrente, pelo que deve ser julgado improcedente o auto de infração ora vergastado, sendo o que se pede com o provimento do presente recurso voluntário e a consequente reforma da r. decisão a quo.

Por fim, pede que seja afastada a multa, pois se falha houve (o que se admite apenas por argumento), foi totalmente escusável (como reconheceu a JJF), já que a Recorrente foi induzida em erro pelo Estado da Bahia, que através de expressa Resolução do Conselho Deliberativo do DESENVOLVE, lhe garantiu o direito à fruição dos benefícios.

Argumenta que a escusabilidade do suposto erro, a inevitabilidade da conduta infratora e a ausência de culpa são fatores que podem levar à exclusão da penalidade, por força do princípio contido no artigo 112 do Código Tributário Nacional. Demais disso, ressalta que a penalidade consubstanciada em multa excessiva se caracteriza como pena confiscatória, vedada pela Constituição Federal.

Após transcrever a jurisprudência acerca da matéria, conclui que, diante de todo o exposto, impõe-se seja afastada a multa, nos termos do artigo 159 do decreto 7629/99, ou caso este não seja o entendimento, o que se admite por argumentar, que então seja, ao menos, desclassificada a multa e substituída pela aplicação da multa moratória de 20%, eis que a rigor se trata de débito de imposto regularmente declarado pelo Contribuinte, o que ora se requer com a procedência do presente recurso administrativo e consequente reforma da r. decisão combatida.

De todo o exposto, requer seja dado provimento ao presente Recurso Voluntário para se determinar a reforma da decisão de primeira instância para decretar nulo de pleno direito o auto de infração, mediante o acolhimento das nulidades e inconsistências apontadas neste recurso (e

anteriormente na peça exordial administrativa), ou então, que seja julgado totalmente improcedente a autuação, mediante o reconhecimento do direito da Recorrente aos benefícios fiscais concedidos no âmbito do DESENVOLVE, na incompetência da SEFAZ/BA para cassar e/ou limitar os atos de concessão do referido programa de benefícios e nos demais argumentos levantados na peça recursal, ou então, que ao menos seja reduzida ainda mais o valor da multa a patamares aceitáveis (não superiores a 20%), diante da sua evidente abusividade e ilegitimidade, sem perder de vista a inexistência de dolo, fraude e simulação (até como já reconhecido na r. decisão recorrida).

Termos em que, pede deferimento.

VOTO

Peço vênia a esta Corte para inverter a sequência de julgamento dos recursos interpostos, haja vista que a matéria suscitada no recurso voluntário é prejudicial ao teor do recurso de ofício, o que impõe que se analise primeiramente a petição elaborada pelo Sujeito Passivo. É o que passo a fazer.

A conduta infratora foi descrita como “*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. ...*”. Consta, dos autos, que o estabelecimento autuado não cumpriu os requisitos previstos no benefício fiscal do Desenvolve, concedidos mediante a Resolução nº 35/2004 (fls. 225/226), quais sejam: 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 Contribuinte, excluindo o incentivo fiscal da dilação do prazo para o pagamento do ICMS.

O Sujeito Passivo se opôs ao lançamento, tendo deduzido os seguintes argumentos: 1) preliminarmente, suscita nulidade em face da ausência de provas de que houve descumprimento do benefício do desenvolve; 2) ainda em preliminar, alega incompetência dos auditores fiscais para suspender o benefício fiscal de que é titular; 3) no mérito, alega que a Sansuy é empresa incorporadora da Viniartefatos e, como tal, absorveu todos os direitos e obrigações titularizados pela empresa incorporada, com base no que dispõe o art. 1.116 do Código Civil; 4) caso mantida a autuação, pede que seja excluída, ou reduzida a 20%, a multa imposta.

Quanto à alegação de nulidade suscitada, é importante frisar que a acusação fiscal é no sentido de que o Sujeito Passivo não honrou o compromisso firmado com o Estado da Bahia, de investimento, de geração de empregos e de ampliação do seu faturamento, previstos expressamente no Protocolo de Intenções firmado, especificamente naquilo que dispõe a sua Cláusula Segunda, cuja cópia se encontra às folhas 182/187 do processo. A conduta descrita pela fiscalização, como se vê, representa uma omissão, em não fazer.

Para fazer prova de suas alegações, os autuantes acostaram em elenco robusto de documentos (todos em cópia), às folhas 13/318, dos quais constam notas fiscais, livros contábeis Diário e Razão, Fichas de Registro de Empregados, DMA's, informações cadastrais do estabelecimento autuado, contrato social e alterações, Pedido de Habilitação ao Desenvolve, com o detalhamento de todo o investimento projetado, Resoluções do Conselho Deliberativo do DESENVOLVE, além do Livro Registro de Apuração de ICMS.

Ora, como se trata de uma conduta negativa, ou seja, um não-fazer, cabe à Recorrente, sustentando o contrário, carrear provas ao feito com vistas a evidenciar o cumprimento dos investimentos projetados, condição para gozo do benefício fiscal, e não aos autuantes, já que sustentam a tese contrária, ou seja, a ausência dos fatos listados.

Quanto à alegada incompetência dos auditores fiscais para cassar o benefício da empresa, não merece ser acolhida, pois a ação fiscal empreendida não decorreu da cassação ou suspensão do

benefício que titularizava, o qual continuou vigente ainda após a ação fiscalizadora. O que se deu foi a exigência do tributo devido em face da falta de cumprimento do protocolo de intenções firmado pelo estabelecimento autuado, algo que não impedia que a Recorrente viesse a implementar os investimentos programados, em momento posterior, e, por consequência, desfrutar do benefício fiscal concedido mediante a Resolução 35/2004. Não houve, assim, qualquer ato desconstitutivo, até então, do benefício citado.

Assim, entendo que não merece prosperar a alegação recursal neste ponto. Denego o pedido de nulidade.

Quanto à alegação meritória de que a Sansuy possui o direito legítimo à utilização do benefício fiscal titularizado pela Viniartefatos, não se discute, pois o art. 1.116 do Código Civil é claro nesse sentido, ao asseverar que a incorporadora sucede a incorporada em todos os seus direitos, conforme abaixo.

*“Art. 1.116. Na incorporação, uma ou várias sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações, devendo todas aprová-la, na forma estabelecida para os respectivos tipos.
...”*

Não se trata, todavia, de negar-lhe tal direito, pois em nenhum momento a autoridade fiscal sequer cogitou algo nesse sentido. Discute-se, apenas e tão somente, o atendimento aos requisitos para gozo ou manutenção do benefício fiscal do Desenvolve, cuja comprovação cabe à empresa incentivada, nos termos do regulamento do Desenvolve, aprovado pelo Decreto nº 8.205/02, abaixo reproduzido.

“Art. 16. A manutenção dos incentivos é condicionada à comprovação contábil e física da integral realização do investimento projetado, comprovada por laudo de inspeção emitido pela Secretaria Executiva do DESENVOLVE, e, quando necessária, com assistência do DESENBAHIA.”

Não pode olvidar-se, o Contribuinte, de que o gozo do benefício fiscal citado tem como pressuposto a realização de um investimento, de forma a fomentar ou diversificar a matriz industrial baiana, com a geração de emprego e renda, conforme exige o art. 1º da Lei 7.980/01, conforme abaixo.

“Art. 1º - Fica instituído o Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia - DESENVOLVE, com o objetivo de fomentar e diversificar a matriz industrial e agroindustrial, 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.

Assim, não é possível desfrutar do benefício fiscal com a mera transferência de ativos, já existentes em outra planta industrial, já que assim se estaria burlando o objetivo da lei. Por isso, na falta de provas de que realizou os investimentos projetados, nenhum incentivo pode ser atribuído à Viniartefatos e, por tabela, à Sansuy, a qual, naturalmente, não pode ter herdado algo que não existia.

Quanto ao pedido de exclusão ou redução da multa aplicada, noto que a JJF já acolhera parte do pedido recursal, ao fazer a adequação da multa incidente ao caso dos autos, reduzindo o enquadramento e minorando o percentual de 100% para 60%, matéria que será objeto de análise no exame do recurso de ofício.

Ora, tratando-se de descumprimento de obrigação principal, falece competência a esse colegiado para cancelar ou reduzir a multa imposta, já que a autorização concedida pelo art. 158 restringe-se às multas por descumprimento de obrigação acessória, conforme abaixo.

“As multas por descumprimento de obrigações acessórias poderão ser reduzidas ou canceladas pelas Juntas de Julgamento Fiscal ou pelas Câmaras do CONSEF, desde que fique provado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e que não tenham implicado falta de recolhimento de tributo.”

Assim, Nego Provimento ao recurso voluntário.

No pertinente ao Recurso de Ofício, observo que a decisão da 5ª JJF (Acórdão Nº 0150-05/18) desonerou parcialmente o sujeito passivo, reduzindo o débito lançado de R\$3.305.591,90 para o montante de R\$2.718.799,58, em valores atualizados à data do julgamento (vide folha 517), o que resultou na remessa necessária do presente feito para reapreciação nesta corte, restando cabível o

presente recurso.

Quanto ao mérito do Recurso de Ofício, observo que a redução do valor lançado está relacionada à redução da sanção aplicada, pois entendeu a JJF que a conduta infratora não foi permeada por má-fé, o que afastaria a aplicação da multa de 100%, prevista no art. 42, inciso IV, alínea “j” da Lei 7.014/96, capitulada no presente Auto de Infração, abaixo reproduzido.

“Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

...
IV - 100% (cem por cento) do valor do imposto:

...
j) quando se constatar qualquer ação ou omissão fraudulenta diversa das especificadas expressamente nesta Lei;
...”

Entendeu, o órgão *a quo*, que a capitulação correta da multa deveria se dar no art. 42, inciso II, alínea “f” da lei baiana citada.

“Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

...
II - 60% (sessenta por cento) do valor do imposto não recolhido tempestivamente:

f) quando ocorrer qualquer hipótese de infração diversa das previstas nesta Lei que importe descumprimento de obrigação tributária principal, em que não haja dolo, inclusive quando da utilização indevida ou antecipada de crédito fiscal;
...”

O exame dos autos revela que, efetivamente, a conduta autuada se encontra completamente documentada na escrita fiscal do Contribuinte, o qual não se utilizou de qualquer ardil para omitir os atos praticados. Pelo contrário, o debate processual demonstrou que a infração praticada decorreu de uma interpretação equivocada do benefício fiscal que lhe foi concedido, o que acabou por deprimir o recolhimento do tributo estadual.

Entendo que não merece reparo a decisão de piso neste ponto.

Do exposto, NEGO PROVIMENTO aos Recursos de Ofício e voluntário.

VOTO DIVERGENTE

Peço vênia ao ilustre Relator para divergir, única e exclusivamente, em relação à competência do Autuante para suspender o Benefício Fiscal do Desenvolve, e aplicar o Auto de Infração em questão.

Concordo perfeitamente com a competência dos senhores Autuantes do Estado da Bahia, que tem o dever de cumprir e 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 competência da Secretaria da Fazenda para 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.

Contudo, peço vênia para discordar do entendimento do julgamento de piso, pois 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, de acordo com os termos da Lei nº 7.980, de 12 de dezembro de 2001, regulamentada pelo Decreto nº 8.205, de 03 de abril de 2002, e alterações, pois, nenhuma decisão

sobre a Concessão do Benefício do Desenvolve, como alteração ou prorrogação do Benefício tem valor legal, se não for aprovada pelo Conselho Deliberativo do Desenvolve.

O cancelamento do Benefício Fiscal dar-se-á, de acordo com o Art.19 – II, § 1º, do Decreto 8205 de 03/04/2012, conforme abaixo:

Art. 19 - A empresa habilitada aos incentivos do DESENVOLVE terá o benefício cancelado nas seguintes circunstâncias:

(...)

II - quando incidir em dolo ou má fé na prestação de informações sobre o projeto ou sobre a empresa.

§ 1º - O cancelamento a que se reporta este artigo dar-se-á por Resolução do Conselho Deliberativo com fundamento em parecer da Secretaria Executiva

Já ocorreu um caso que o Benefício foi concedido por uma Instância inferior e publicada a Resolução, e o Conselho Deliberativo do Desenvolve, em reunião posterior não aprovou o benefício.

Está perfeitamente correto o levantamento para apurar o descumprimento dos compromissos assumidos entre o Autuado e o Programa Desenvolve, contudo, não é competência do Autuante, suspender ou cancelar o Benefício do Desenvolve.

O correto seria o Autuante encaminhar a irregularidade apurada para sua Inspetoria, e esta encaminhar a denúncia da irregularidade para o Conselho Deliberativo do DESENVOLVE, este sim que tem o dever convocar o Beneficiário para pedir inicialmente os devidos esclarecimentos; e uma vez não esclarecido, tomar a decisão de suspender ou cancelar o Benefício.

Após a suspensão ou cancelamento do Benefício pelo Conselho Deliberativo do DESENVOLVE, estará correta a aplicação das devidas penalidades conforme determina a legislação tributária do Estado em vigor.

Diante do exposto, julgo PROVIDO o Recurso Voluntário, e considero o Auto de Infração IMPROCEDENTE.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso de Ofício interposto e, em decisão por maioria, com voto de qualidade do presidente, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração nº 299314.0002/18-7, lavrado contra SANSUY S/A. - INDÚSTRIA DE PLÁSTICOS, devendo ser intimado o recorrente 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.

VOTO VENCEDOR – Conselheiros(as): Luiz Alberto Amaral de Oliveira, Maria Auxiliadora Gomes Ruiz e Maurício Souza Passos.

VOTO DIVERGENTE – Conselheiros(as): Paulo Shinyashiki Filho, Luiz Augusto Fernandes Dourado e José Carlos Barros Rodeiro.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de junho de 2019.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA – RELATOR

PAULO SHINYASHIKI FILHO - VOTO DIVERGENTE

LEÔNCIO OGANDO DACAL– REPR. DA PGE/PROFIS