

A. I. N° - 299314.0002/17-9
AUTUADO - SANSUY S/A. - INDÚSTRIA DE PLÁSTICOS (EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL)
AUTUANTES - SERGIO BORGES SILVA e CRIZANTO JOSÉ BICALHO
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 03/01/2020

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0208-01/19

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. PROGRAMA DESENVOLVE. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. USO INDEVIDO DE INCENTIVO FISCAL. Restou comprovado que o sujeito passivo utilizou benefício fiscal do Programa DESENVOLVE, que foi concedido a estabelecimento incorporado e transferido ao incorporador, sem que tenha cumprido as contrapartidas previstas no Protocolo de Intenções assinado como Governo do Estado da Bahia (investimento, implantação de nova tecnologia, criação de emprego, geração de receita). Retificado o percentual da multa. Não acolhidas às arguições preliminares de nulidades. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O auto de infração em lide, lavrado em 27/06/2017, formaliza a exigência de ICMS no valor total de R\$7.264.475,19, em decorrência de recolhimento a menos do ICMS em razão de uso indevido do incentivo do DESENVOLVE para reduzir o montante do imposto devido (03.08.05), ocorrido de janeiro a dezembro de 2015, acrescido de multa de 100%, prevista na alínea “j”, do inciso IV, do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Os autuantes acrescentaram que o autuado incorporou, em 17/12/2004, a empresa Viniartefatos Comércio Importação e Exportação LTDA. e teve, em 11/03/2005, revogado o benefício do BAHIAPLAST, através da Resolução nº 02/2005, e transferido para si os benefícios do DESENVOLVE concedidos à Viniartefatos, conforme Resolução nº 15/2005. Os autuantes explicaram que a Viniartefatos informou que a implantação da unidade fabril representaria um investimento de aproximadamente 63 milhões de reais e a criação de mais de setecentos empregos diretos e mais de mil empregos indiretos.

Entretanto, demonstram que a Viniartefatos adquiriu da SANSUY, em 26/11/2004, máquinas e equipamentos com mais de um ano de uso, que não chegaram a ser entregues, pois a incorporação ocorreu em 17/12/2004 (fls. 16 a 23). Assim, a Viniartefatos não criou qualquer emprego, não adquiriu insumos, não produziu nada e nem solicitou à SEFAZ a impressão de documentos fiscais.

Ressaltaram, ainda, que a SANSUY cedeu em comodato, à Viniartefatos, um terreno vizinho ao seu parque fabril, sem ônus, no qual não fizeram qualquer edificação. Mesmo depois da incorporação, nada foi construído no terreno e a SANSUY manteve sua produção no antigo parque fabril.

O autuado apresentou defesa, às fls. 363 a 393. Requereu a nulidade do auto de infração em razão da falta de indicação dos livros e documentos examinados, impedindo 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, restringindo seu direito de ampla defesa e contrariando o disposto no art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal.

Lamentou que não há nenhuma prova real da ocorrência material do tributo, que é a saída das

mercadorias geradores do ICMS, devido em cada um dos meses de competência. Alegou que não foram apresentadas provas concretas e irrefutáveis de que houve descumprimento das regras do DESENVOLVE, violando o princípio da estrita legalidade. Entendeu que era dever da fiscalização demonstrar, através de documentos irrefutáveis, que houve efetivamente a ocorrência da alegada falta de cumprimento dos deveres e obrigações assumidos no DESENVOLVE.

Destacou que não há presunção de legalidade do ato administrativo, uma vez que em caso de lançamento tributário, o princípio da verdade material se sobrepõe a esse jargão, outorgando o ônus da prova ao Fisco.

No mérito, o autuado ressaltou que é empresa com estabelecimento industrial sediado neste Estado da Bahia há décadas, tendo sido incentivada pelo próprio Governo de Estado da Bahia a aqui se instalar, tendo gozado dos incentivos estipulados pelo extinto programa PROBAHIA.

Disse que, em 1998, pediu sua migração para o programa chamado BAHIAPLAST. Após os trâmites burocráticos, conseguiu 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.

Informou que o Grupo empresarial SANSUY não era composto apenas pela Impugnante. Uma outra empresa do Grupo, chamada VINIARTEFATOS – COMÉRCIO IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA, também pretendeu se instalar no Estado da Bahia, solicitando os benefícios do novo Programa DESENVOLVE, previsto na Lei nº 7.980/01.

Explicou que a VINIARTEFATOS solicitou e obteve os benefícios fiscais concedidos no âmbito do DESENVOLVE, através da publicação da Resolução nº 35/2004 do Conselho Deliberativo do Desenvolve. Acrescentou que, nos idos de 2005, no entanto, por questões de organização interna, a SANSUY S/A procedeu a uma operação de incorporação societária da empresa VINIARTEFATOS – COMÉRCIO IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA.

Lembrou que, de acordo com o art. 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.

Destacou, ainda, que requereu junto à Secretaria Executiva do Programa DESENVOLVE o reconhecimento da transferência dos benefícios do DESENVOLVE anteriormente concedido à VINIARTEFATOS, tendo sido acolhido em 12/03/2005 com a publicação da Resolução nº 15/2005. Como consequência, foi publicada também a Resolução nº 02/2005, do Conselho Deliberativo do BAHIAPLAST, excluindo a SANSUY S/A do Programa BAHIAPLAST.

Reiterou que a Resolução DESENVOLVE nº 15/2005 não condicionou o benefício a qualquer disposição constante do Protocolo de Intenções. Argumentou que o protocolo de intenções 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, obrigatoriais e tributários, somente podem ser oriundas dos instrumentos legais competentes, como a Resolução do Conselho Deliberativo.

Citou, como referência, o disposto na cláusula quinta, alínea “b” do protocolo de intenções, que reconhece que o seu teor não traduz e nem confere direitos e obrigações, fazendo expressa remissão a outros documentos legais definitivos, para consolidar tais intenções.

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

Assim, entende que o instrumento legal definitivo que efetivamente gerou direitos e obrigações

foi a Resolução DESENVOLVE nº 15/2005, que, no entanto, foi editada sem qualquer tipo de piso, limite ou condição suspensiva ao pleno uso do incentivo concedido. Entretanto, lamentou que desde 2007 vem sofrendo várias autuações, pelas quais a Secretaria da Fazenda entendeu que a SANSUY não teria cumprido os requisitos do DESENVOLVE e, portanto, não faria jus aos respectivos benefícios fiscais.

Em razão disso, em 23/09/2010 o autuado formulou consulta ao Conselho Deliberativo do DESENVOLVE para dirimir esta questão. Disse que, em resposta, foi publicada a Resolução Nº 138/2011, do Conselho Deliberativo do DESENVOLVE, que expressamente reconheceu o direito da SANSUY de utilizar os benefícios do programa DESENVOLVE, concedidos através da Resolução nº 35/2004, para a empresa Viniartefatos, e transferidos para a SANSUY através da Resolução nº 15/2005.

Diante dos fatos, entendeu o autuado que não caberia a Auditores da Secretaria da Fazenda cancelar os benefícios do DESENVOLVE. Acrescentou que os arts. 37 e 38 da Lei nº 7.014/96, utilizados como fundamento legal deste auto de infração, determinam que os benefícios somente serão revogados conforme as disposições das leis que tratam das respectivas matérias. E destacou que o art. 48 da Lei nº 7.014/96 determina que o cancelamento dos benefícios fiscais somente poderá ser feito mediante o atendimento das regras específicas para tal revogação do benefício.

Alertou que o § 1º, do art. 19 do Decreto nº 8.205/2002 estabeleceu que somente uma nova resolução do Conselho Deliberativo do DESENVOLVE pode cancelar o incentivo concedido, e ainda assim mediante prévio parecer da sua Secretaria Executiva, fatos que não ocorreram.

Lembrou, também, que a Procuradoria do Estado da Bahia, nos autos do processo administrativo originado do primeiro auto de infração ocorrido sobre este tema, reiterou que somente o Conselho Deliberativo do DESENVOLVE tem competência para cancelar ou suspender os incentivos fiscais conferidos pelo DESENVOLVE.

Destacou que, pelo princípio constitucional da legalidade, os direitos dos administrados somente poderão ser restringidos ou suprimidos através de lei ordinária. Concluiu que, 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, pelo que deve ser julgado improcedente o auto de infração, implicou em evidente afronta ao art. 1º, 2º, incisos I e II e 3º da Lei Estadual Lei nº 7.980, de 12 de dezembro de 2001, e também em violação aos objetivos estabelecidos pelo Programa DESENVOLVE.

Considerou a multa aplicada despropositada e desproporcional. Disse que não houve ação fraudulenta que justificasse a sua aplicação, pois agiu na plena certeza de que fazia jus aos benefícios fiscais, ainda mais amparada pela Resolução 138/2011, que confirmou expressamente tal direito.

Disse que, além do art. 112 do Código Tributário Nacional, nos arts. 158 e 159 do RPAF, também há a previsão legal de relevação da multa, mediante a análise das especificidades de cada caso concreto. Ressaltou que a penalidade consubstanciada em multa excessiva se caracteriza como pena confiscatória, vedada pela Constituição Federal. Requeru que fosse afastada a multa por equívoco na sua capitulação, ou então, que seja concedida a relevação das multas aplicadas, nos termos do artigo 159 do RPAF, ou que então seja, ao menos, desclassificada a multa de ofício e substituída pela aplicação da multa moratória de 20%.

Em resumo, o autuado requereu que fosse declarado nulo de pleno direito o auto de infração, mediante o acolhimento das preliminares de nulidades e inconsistências apontadas nesta defesa, ou então, no mérito, que seja julgado totalmente improcedente a autuação, mediante o reconhecimento do direito da Impugnante aos benefícios fiscais concedidos no âmbito do Desenvolve, ou então, que ao menos seja reduzido o valor da multa a patamares não superiores a 20%.

Por fim, protestou pela juntada de eventuais novos documentos e declarações não colacionados,

em função da exiguidade do tempo e do volume envolvido, bem como pela produção de outras provas, como perícia, ofícios, declarações, constatações e diligências, tudo em atendimento ao princípio da verdade material que rege o processo administrativo tributário.

Os autuantes apresentaram informação fiscal, às fls. 479 a 510. Informaram que a SANSUY vem sendo autuada desde 2005 e os julgamentos foram todos dados como procedente. Acrescentaram que, na descrição da infração, existe histórico detalhado e ricamente documentado sobre a evolução dos incentivos fiscais concedidos às empresas Sansuy S/A Indústria de Plásticos e Viniartefatos Comércio Importação e Exportação, com destaque para a incorporação da segunda empresa pela primeira e a transferência dos incentivos através da Resolução nº 15/2005 do Conselho Deliberativo do Desenvolve.

Destacaram que o autuado recebeu cópia do auto e todos os demonstrativos, levantamentos e documentos integrantes, tornando insustentável qualquer alegação de cerceamento de defesa. Lamentaram que o autuado desconsiderou todos os anexos do PAF (fls. 05 a 356), contendo repleta documentação comprobatória, composta de cópias de livros contábeis, fiscais, dentre outros documentos que comprovam a procedência da autuação.

No mérito, os autuantes explicaram que a Resolução nº 35/2004, que habilitou a empresa VINIARTEFATOS – COMÉRCIO IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA ao Programa DESENVOLVE, decorre de um Protocolo de Intenções firmado com o ESTADO da BAHIA com data de 06 de agosto de 2004. Reiteraram que das fls. 143 à 191 foram anexadas cópia completa do pedido da VINIARTEFATOS para habilitação ao DESENVOLVE, bem como cópia do Protocolo de Intenções, cópia de inteiro teor da Resolução nº 35/2004 e a Resolução nº 15/2005 que transferiu os benefícios do DESENVOLVE concedidos à VINIARTEFATOS para a SANSUY, por força decorrente da incorporação da VINIARTEFATOS pela SANSUY.

Os autuantes entendem que, quando o autuado recebeu em transferência os benefícios concedidos à VINIARTEFATOS, recebeu não somente direitos, mas também obrigações. Entendem como equivocada a defesa do autuado de que podem gozar do benefício do Programa DESENVOLVE sem a devida contrapartida para com o Estado da Bahia. Não concordam que a Resolução nº 15/2005 autoriza o direito de uso do benefício fiscal e o Estado da Bahia a obrigação de suportar a renúncia fiscal sem nada reclamar.

Salientaram que a Viniartefatos firmou, em 06/08/2004, com o Estado da Bahia, um Protocolo de Intenções no qual se comprometeu a realizar instalação de indústria no Estado da Bahia, no município de Camaçari, com investimentos no valor de aproximadamente R\$63.000.000,00, gerar 700 empregos diretos e 1.000 indiretos, desenvolver e empregar moderna tecnologia no processo industrial e produto, absorver a título de primeiro emprego, pelo menos 2 trabalhadores, como forma de inserção do jovem no mercado de trabalho e manter o mínimo de 2 portadores de deficiência recrutados através das Voluntárias Sociais da Bahia. Porém, tais compromissos não foram respeitados pela Viniartefatos e nem pela Sansuy.

Reiteraram que o autuado não anexou qualquer documento que comprove investimento em conformidade com as obrigações assumidas com o Estado da Bahia para fruição do benefício do Programa DESENVOLVE. Não apresentou documentos que comprovam os citados investimentos, pois os investimentos nunca existiram e, portanto, não há como apresentar qualquer documento.

Afirmam que o CIAP do autuado faz prova contra o mesmo, pois nenhum valor se encontra nele registrado que possa ser relacionado ao cumprimento da obrigação que assumiu com o Estado da Bahia para usufruir os benefícios do Programa Desenvolve.

Além disso, afirmam que houve declínio do número de empregados ao longo dos anos. De acordo com dados extraídos da DMA apresentada no período de jan/2005 a dez/2015, elaboraram o “QUADRO RESUMO – RELAÇÃO DO NÚMERO DE EMPREGADOS NO ÚLTIMO DIA DO MÊS”, no qual se constata o mencionado declínio do número de empregados.

Cita o Acórdão CJF Nº 0219-12/10, da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, de 19 de julho de 2010, que

considera legítima a exigência do imposto quando não há cumprimento das condições necessárias para usufruir do incentivo fiscal que lhe fora concedido, não implicando, contudo, em cancelamento do benefício que poderá ser usufruído quando as referidas condições forem atendidas.

Os autuantes entendem que o direito da SANSUY aos benefícios do Programa DESENVOLVE sempre esteve preservado, contudo, tal direito, por reciprocidade, implica no cumprimento de obrigações assumidas para com o Estado da Bahia. Concluíram que se a SANSUY resolve não cumprir as obrigações, também, resolve não aproveitar direitos. Confirmaram que o autuado não cumpriu as condições pactuadas no Protocolo de Intenções firmado com o Estado da Bahia, deixando, assim, de fazer os investimentos e de criar os empregos previstos.

Reiteraram que a autuação não implicou em cancelamento do benefício nem dependeu de qualquer cancelamento. Lembraram do voto extraído do Acórdão CJF Nº 0219-12/10 da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, de 19 de julho de 2010, quando disse que “... os auditores fiscais autuantes cumpriram o dever funcional de constituir o crédito tributário mediante o lançamento de ofício, amparados no artigo 107 da Lei nº 3956/81 (COTEB), que prevê que compete à Secretaria da Fazenda a fiscalização dos tributos estaduais, cabendo aos auditores fiscais a competência para a lavratura de Auto de Infração para a cobrança de tributos, multas e acréscimos legais. Ademais, há que se ressaltar que o crédito tributário está submetido ao prazo quinquenal de decadência, nos termos dos artigos 150, § 4º, e 173, ambos do CTN. Não se pode, portanto, dizer que os autuantes tenham extrapolado as suas funções e praticado ato para o qual não tinham a necessária competência....”.

Disseram que, apesar de existir parecer favorável ao autuado, de autoria da Procuradora Fiscal Ângeli Maria Guimarães Feitosa, também existe o parecer da Procuradora Sylvia Maria Amoêdo Cavalcante que discorda do Parecer da doutora Ângeli Maria Guimarães Feitosa e ratifica a fundamentação quanto ao afastamento das arguições de nulidade do lançamento, conforme Acórdão CJF Nº 0219-12/10, fls.: 312 a 326.

Também se referiram ao parecer do Procurador Assistente da PGE/PROFIS José Augusto Martins Junior citado no Acórdão CJF Nº 0219-12/10 (fls.: 302 à 316), que atesta que “... referindo-se ao cumprimento das condições necessárias para a fruição do benefício fiscal do DESENVOLVE, o ilustre procurador afirma que o recorrente descumpriu totalmente os requisitos previstos na legislação tributária do Estado da Bahia. Frisa que a transferência do benefício da Viniartefatos Comércio Importação e Exportação Ltda. para a Sansuy S/A Indústria de Plásticos não desnaturou as condições estabelecidas para a fruição do incentivo pela Viniartefatos Comércio Importação e Exportação Ltda., uma vez que se tratava de benesse fiscal de “trato continuado”, ficando o recorrente, sucessor da beneficiária, adstrito aos termos obrigacionais do benefício anteriormente estabelecidos”.

Argumentaram que o contribuinte mantém sua prática de evitar os fatos fundamentados no presente PAF, na tentativa de promover sua defesa sem contestá-los objetivamente. Reiterou que o contribuinte, a todo tempo, insiste em tentar demonstrar entender ter unilateralmente direitos legais em aproveitar o benefício fiscal do Programa DESENVOLVE sem qualquer responsabilidade quanto ao seu dever de cumprir as condições de reciprocidade pactuadas com o Estado da Bahia.

Ressaltou que, desde o início da possibilidade de aproveitar os benefícios do Programa DESENVOLVE, nada foi realizado pela Viniartefatos nem pela Sansuy, que a incorporou e, assim, o Autuado nada mais pode apresentar do que seu parque fabril original.

Disseram que, uma vez concedidos benefícios fiscais mediante resoluções para empresas integrantes dos programas instituídos, cabe à fiscalização verificar os procedimentos adotados pelos contribuintes em cumprimento das normas contidas na legislação tributária. Reiterou que o contribuinte não cumpriu as condições pactuadas no Protocolo de Intenções firmado com o Estado da Bahia, deixando, assim, de fazer os investimentos e de criar os empregos previstos.

Salientaram que o próprio CONSEF tem manifestado seu entendimento pela pertinência da autuação de Contribuinte beneficiado pelo Programa DESENVOLVE em débito com a fazenda pública estadual, sem que isto implique ou represente cancelamento do referido benefício – Programa DESENVOLVE.

Em resumo, os autuantes concluíram que o contribuinte Viniartefatos tinha se comprometido a implantar na Bahia uma unidade industrial que, dentre outras características, representava um investimento de aproximadamente R\$ 63 milhões, a criação de mais de setecentos empregos diretos e, pelo menos, mais mil empregos indiretos. Contudo, a Viniartefatos não chegou a implantar a unidade industrial projetada, bem como não realizou os investimentos previstos e nem criou os empregos prometidos, pois, foi incorporada pela Sansuy S.A. Indústria de Plásticos em 17/12/2004.

Complementaram, explicando que foram transferidos os benefícios do DESENVOLVE concedidos a Viniartefatos para a Sansuy, cabendo, portanto, a Sansuy S.A. Indústria de Plásticos, cumprir os compromissos firmados para fruição do citado benefício, mas a empresa incorporadora, a Sansuy S.A. Indústria de Plásticos, também não implantou a unidade fabril prometida e nem cumpriu os demais requisitos necessários ao gozo dos benefícios fiscais, limitando-se a dar continuidade à operação de seu parque industrial, o qual já estava montado e em pleno funcionamento.

Concluíram que restou comprovado que a Sansuy continuou procedendo de maneira idêntica, no período de março de 2005 a dezembro de 2015, já que não houve a implantação da unidade fabril projetada, a aplicação dos investimentos programados, a criação dos empregos prometidos, a implantação de nova tecnologia, a geração de receitas e nem a fabricação dos produtos previstos.

Em decorrência da existência de pareceres divergentes da PGE acerca da possibilidade da fiscalização desvincular o direito do autuado ao Programa DESENVOLVE, em razão de descumprimento do Protocolo de Intenções, e também pelo fato de a Instrução Normativa nº 47/2011 não admitir que o preposto fiscal dê continuidade à ação fiscal, desconsiderando o benefício sem que tenha sido cancelada a autorização por Resolução do Conselho Deliberativo, mesmo constatando que os termos do projeto não foram atendidos pelo contribuinte, a 1ª Junta de Julgamento Fiscal converteu o presente processo em diligência à PGE para que o Procurador Assistente, ou alguém por ele indicado, elaborasse novo opinativo sobre a referida instrução normativa e sobre como incide no caso concreto.

A PGE apresentou parecer, às fls. 519 a 529, ratificado pela Procuradora Assistente, onde afirma que não se pode entender que uma Instrução Normativa estabeleça restrições ou vedações ao exercício do Direito Potestativo do Estado da Bahia em efetuar lançamentos tributários, competência privativa dos auditores fiscais e agentes de tributos, conforme estabelecido na Constituição do Estado da Bahia e no Código Tributário do Estado da Bahia.

Destacou que não se pode entender que a avaliação do cumprimento dos requisitos concessores do benefício do DESENVOLVE seja dotada de um grau de subjetividade que impeça à autoridade fiscal a possibilidade de analisar o cumprimento ou não das condições impostas para fruição de um incentivo tributário, necessárias para concreção do lançamento tributário.

Assim, concluiu que a Resolução do Conselho Deliberativo do DESENVOLVE se trata de uma mera espécie de ato administrativo, de feito meramente declaratório, não se prestando, dessa forma, a legitimar a autorização para realização de atribuição privativa da constituição de relação obrigacional oriunda de descumprimento de condição necessária para fruição de benesse fiscal.

VOTO

Inicialmente, verifiquei que foram observados todos os requisitos que compõem o auto de infração, previstos no art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), Decreto nº 7.629/99.

Afasto toda discussão acerca da constitucionalidade da multa aplicada no presente auto de infração. De acordo com o inciso I, do artigo 167 do RPAF, não é competência deste órgão julgador a declaração de constitucionalidade da legislação tributária estadual nem a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior. A multa aplicada está prevista no art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Rejeito o pedido de nulidade do auto de infração, sob a argumentação de que não foram indicados os livros e documentos examinados e se os valores apurados foram aqueles constantes de sua contabilidade. A apuração do imposto devido tomou por base as informações prestadas pelo próprio autuado, nos registros de apuração do ICMS, a título de dedução do imposto referente ao ICMS dilatado pelo Programa DESENVOLVE, anexados das fls. 210 a 234. Neste auto de infração não se discute acerca do descumprimento das regras para apuração do imposto pelo DESENVOLVE, mas a acusação foi que houve utilização indevida de incentivo fiscal em decorrência de o autuado ter usufruído de benefícios fiscais sem que houvesse cumprido as obrigações assumidas no Protocolo de Intenções que deu origem à concessão do benefício do Programa Desenvolve.

No mérito, como já dito, o Auto de Infração exige ICMS em decorrência do recolhimento a menos do imposto em razão de uso indevido de incentivo fiscal. Da análise dos documentos acostados aos autos, observei que o autuado incorporou a empresa VINIARTEFATOS e, consequentemente, os benefícios fiscais concedidos à incorporada. Os sócios do autuado são também os sócios da VINIARTEFATOS, que estava localizada em terreno alugado pelo autuado, junto a seu parque fabril. A VINIARTEFATOS adquiriu do autuado máquinas e equipamentos que retornaram ao mesmo estabelecimento com a incorporação.

Os autuantes anexaram o pedido de habilitação ao DESENVOLVE, formulado pela empresa Vineartefatos Comércio Importação e Exportação LTDA, como prova de que houve descumprimento dos compromissos assumidos, onde se comprometeu a efetuar investimentos de R\$63.000.000,00 e criar 700 empregos diretos e mais de mil indiretos (fls. 143 a 191), compromissos que foram posteriormente ratificados na assinatura do Protocolo de Intenções com o Governo do Estado da Bahia (fls. 183 a 187). Porém, documentos contábeis da Vineartefatos (fls. 25 a 66), consolidada com a de sua matriz localizada em Embu/SP, dão conta de que foram adquiridos máquinas e equipamentos com mais de um ano de uso junto ao autuado, conforme notas fiscais anexadas das fls. 18 a 23.

Nos documentos contábeis da Vineartefatos, também se observa o lançamento na conta ativo imobilizado, em 26/11/2004, de aquisição de máquinas e equipamentos, no valor de R\$5.877.726,00, que não chegaram a sair fisicamente do estabelecimento do autuado, pois em dezembro de 2004 ocorreu a incorporação da Vineartefatos pelo autuado. Ou seja, pretendia utilizar a tecnologia que já era utilizada pelo autuado. A Vineartefatos não gerou qualquer um dos setecentos empregos que prometera, conforme Livro de Registro de Empregados anexados das fls. 193 a 208. O autuado cedeu terreno vizinho ao seu parque fabril sem ônus para a Vineartefatos, conforme contrato de comodato, às fls. 188 a 190, onde nada foi edificado.

Entendo que o autuado, como incorporador, deveria cumprir o protocolo de intenções assumido pela Vineartefatos. Ao contrário do que afirmou o autuado, a Resolução nº 15/2005 (fl. 423), que transferiu o benefício do DESENVOLVE da Vineartefatos, não foi um ato de reconhecimento de que os investimentos feitos para ingresso no BAHIAPLAST, eram válidos para considerar como investimentos feitos para fins de obtenção do DESENVOLVE.

Os investimentos feitos para obtenção do BAHIAPLAST jamais poderiam ser considerados como suficientes para a obtenção de um novo benefício. A prova disso foi que, oito meses depois da transferência do benefício do DESENVOLVE para o autuado, exclusivamente por força da incorporação da Vineartefatos, foram acrescentados os §§ 1º ao 3º, ao art. 10 do Regulamento do DESENVOLVE, para estabelecer a possibilidade de migração de empresas beneficiárias do BAHIAPLAST para o DESENVOLVE.

Como condição para a migração, o benefício do Desenvolve somente se aplicaria ao valor do saldo devedor que excedesse à média apurada nos doze meses anteriores à data da resolução do Conselho Deliberativo do Desenvolve que autorizasse a migração. Além disso, o prazo de fruição do benefício da empresa no DESENVOLVE seria determinado pela diferença entre o prazo de fruição da classe do DESENVOLVE em que viesse a se enquadrado e o prazo decorrido da data de utilização do crédito presumido previsto no BAHIAPLAST em sua escrita fiscal até a data da protocolização do pedido de migração. Assim, não há como admitir que o Conselho Deliberativo do DESENVOLVE considerou os investimentos feitos pelo autuado no BAHIAPLAST como suficientes para início de gozo de um novo benefício sem qualquer condição restritiva.

Não assiste razão ao autuado, ao afirmar que o protocolo de intenções reconheceu que o seu teor não traduz e nem confere direitos e obrigações, fazendo expressa remissão a outros documentos legais definitivos, para consolidar tais intenções. Na alínea “b” da cláusula quinta do Protocolo de Intenções (fl. 185), está estabelecido que o acordo assinado constitui as premissas das vontades das partes, expressas em compromissos e condições gerais do acordo integral.

Em resumo, a Vineartefatos conseguiu habilitação ao Programa DESENVOLVE, foi incorporado pelo autuado, que possuía os mesmos sócios, teve incorporado os benefícios do DESENVOLVE como se fosse um novo empreendimento, mas não cumpriram o protocolo de intenções que validariam a concessão de um novo benefício integral, pois não criaram empregos e não fizeram os investimentos da ordem de R\$63.000.000,00.

Pelo curto prazo em que ocorreram as habilitações e transferências de habilitações, ficou evidenciado que a Vineartefatos foi criada com a finalidade de habilitar-se aos benefícios previstos no Programa DESENVOLVE, já que o autuado não podia habilitar-se aos seus benefícios, visto que já era beneficiado pelo BAHIAPLAST. Depois, o autuado incorporou a Vineartefatos para usufruir os benefícios fiscais do DESENVOLVE. Ou seja, desvirtuou a utilização do programa DESENVOLVE visando unicamente a redução do pagamento do ICMS nas suas operações. Em resumo, não houve benefício algum que compensasse a renúncia fiscal advinda da liquidação antecipada do imposto dilatado com desconto de 90%.

A presente exigência fiscal está baseada no art. 38 da Lei nº 7.014/96, que condiciona o reconhecimento do benefício do imposto ao cumprimento das condições estabelecidas para a sua fruição, considerando o imposto devido no momento em que ocorreu a operação ou prestação quando comprovado que a condição não foi satisfeita.

Conforme argumento utilizado pela PGE, em seu parecer anexado às fls. 520 a 529, a avaliação do cumprimento dos requisitos concessores do benefício do DESENVOLVE deve ser efetuada pela autoridade fiscal, para efeito de concretizar o lançamento tributário nos casos em que não sejam cumpridas as condições pactuadas para fruição do benefício, conforme dever funcional de constituir o crédito tributário mediante o lançamento de ofício, amparados no artigo 107 da Lei nº 3956/81.

Convém destacar que a lavratura do presente auto de infração não implica no cancelamento do benefício nem decorre dele. O cancelamento de um benefício do Programa DESENVOLVE é da competência exclusiva do Conselho Deliberativo desse Programa. A cobrança do imposto indevidamente dilatado em razão do autuado não ter implementado as condições necessárias para usufruir do incentivo fiscal que lhe fora concedido é medida que independe de um formal cancelamento do benefício.

Em relação à multa aplicada, entendo que a natureza das infrações previstas nas alíneas do inciso IV, do art. 42 da Lei nº 7.014/96 reporta-se a operação ou prestação sem documentação fiscal; mercadoria encontrada sem documentação fiscal; mercadoria entregue a destinatário diverso do indicado no documento fiscal; quando documento fiscal acobertar, mais de uma vez a operação; emissão de documento fiscal com numeração em duplicidade; adulteração de documentos; não emissão de documento fiscal ou for emitido documento fiscal inidôneo; arbitramento, ou quando constatar qualquer outra ação ou omissão fraudulenta.

O levantamento fiscal foi efetuado com base nos livros fiscais, devidamente escriturados e as vendas de ativo imobilizado, comodato de terreno, incorporação e demais atos que se seguiram foram devidamente registrados na contabilidade. Assim, em consonância com decisões anteriores (Acórdãos JJF nº 0351-04/08 e CJF Nº 0219-12/10), entendo que a multa deve ser corrigida para 60% (sessenta por cento) do valor do imposto não recolhido tempestivamente, em decorrência de infração diversa das expressamente previstas que importe descumprimento de obrigação tributária principal, em que não haja dolo, especificamente prevista no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, com a retificação da multa.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **299314.0002/17-9**, lavrado contra **SANSUY S/A. - INDÚSTRIA DE PLÁSTICOS (EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL)**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$7.264.475,19**, acrescido de multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, I, “a” do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 18.558/18, com efeitos a partir de 17/08/18.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de dezembro de 2019.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ – RELATOR

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA – JULGADOR