

PROCESSO - A. I. Nº 299314.0001/17-2
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 1ª JF nº 0195-01/19
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET 22.09.2020

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0174-11/20-VD

EMENTA: ICMS. PROGRAMA DESENVOLVE. RECOLHIMENTO A MENOR. USO INDEVIDO DE INCENTIVO FISCAL. O recorrente utilizou benefício fiscal sem cumprir as contrapartidas previstas no Programa DESENVOLVE (investimento, implantação de nova tecnologia, criação de emprego, geração de receita etc.). O órgão julgador “*a quo*”, agindo com justiça, recapitulou a multa para o percentual de 60% (sessenta por cento) do valor do imposto não recolhido tempestivamente, em decorrência de infração diversa que importe em não cumprimento de obrigação tributária principal sem dolo, nos termos previstos no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96. Rejeitada a preliminar de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime. Recurso Voluntário **NÃO PROVIDO**. Vencido o voto da relatora. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício e Recurso Voluntário em razão da decisão proferida por meio do Acórdão da 1ª Junta de Julgamento Fiscal nº 0195-01/19, que por unanimidade, julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 27/06/2017, interposto nos termos no Art. 169, I, alíneas “a” e “b” do RPAF que exige o valor histórico de R\$7.912.337,63, acrescido de multa de 100%, prevista no Art. 42, inciso IV, alínea “j” da Lei nº 7.014/96, tendo em vista as infrações abaixo, relativas ao período de Janeiro a Dezembro/2014:

Infração 01: Recolhimento a menor o 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.

O autuado apresentou impugnação (fls. 393 a 423) e informação fiscal prestada pelo autuante (fls. 509 a 540), a instrução fiscal foi concluída e os autos remetidos à apreciação da 1ª JF que optou pela Procedência Total do Auto de Infração nos seguintes termos:

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 inconstitucionalidade 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 inconstitucionalidade 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. 209 a 232. Neste auto de infração não se discute acerca do descumprimento das regras do 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, conseqüentemente, 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. 142 a 190), compromissos que foram posteriormente ratificados na assinatura do Protocolo de Intenções com o Governo do Estado da Bahia (fls. 182 a 186). Porém, documentos contábeis da Vineartefatos (fls. 24 a 65), consolidada com a de sua matriz localizada em Embu/SP, dão conta de que foram adquiridas máquinas e equipamentos com mais de um ano de uso junto ao autuado, conforme notas fiscais anexadas das fls. 16 a 22.

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. 192 a 207. O autuado cedeu terreno vizinho ao seu parque fabril sem ônus para a Vineartefatos, conforme contrato de comodato das fls. 187 a 189, 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. 453), 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 ser 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 o autuado não cumpriu o protocolo de intenções que validariam a concessão de um novo benefício integral, pois não criou empregos e não fez os investimentos da ordem de R\$63.000.000,00.

Pelo curto prazo em que ocorreram as habilitações e transferências de habilitações, fica evidente 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. 550 a 558, 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.

Em função da redução do valor do Auto de Infração, em virtude da redução da multa de 100% para 60%, a Junta de julgamento Fiscal, recorre de ofício para esta Câmara, nos termos do Art. 169, inciso I, alínea “a” do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 18.558, com efeitos a partir de 17/08/18.

Inconformado com a Procedência Total, o autuado interpõe Recurso Voluntário com base no Art. 169, inciso I, alínea “b” do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Solicita que o recurso seja recebido, suspendendo-se a exigibilidade do crédito tributário, nos termos no Art. 151, inciso III do Código Tributário Nacional.

Inicialmente pede pela nulidade, não reconhecida pela JJF, tendo em vista a absoluta inexistência de provas de quanto alega, bem como pela falta de indicação dos livros utilizados pela d. Fiscalização para compor o valor autuado, questões que não foram devidamente valoradas na instância inferior.

Chama a atenção para um ponto relevantíssimo, considerando que é dever do Estado produzir sua prova primária, não bastam meros “relatos” feitos no corpo da autuação. Haveria 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 no ano de 2014 - e muitos outros - estava regularmente apta a gozar dos benefícios do DESENVOLVE).

A ausência dessas provas concretas no relato do Auditor Fiscal, em que pese o entendimento exposto pela instância inferior, 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. É essa a letra do artigo 28, § 4º, inciso II do Decreto nº 7629/99, e que não se atentou a instância inferior 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.

Diz 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.

Esclarece que a Recorrente é empresa com estabelecimento industrial sediado no Estado da Bahia há décadas, tendo sido incentivada pelo próprio Governo do Estado da Bahia a aqui se instalar.

Aponta que a Recorrente já chegou a gozar dos incentivos estipulados pelo extinto programa PROBAHIA. Em 1998, no entanto, a pediu sua migração para o programa chamado BAHIAPLAST. Após os trâmites burocráticos, a Recorrente 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 e que o Grupo empresarial SANSUY, no entanto, não era composto apenas pela Recorrente. 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. Porém 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.

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 e 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.

Além disso, diante da impossibilidade jurídica da mesma figurar em dois programas, foi publicada também a Resolução nº 02/2005, desta vez do Conselho Deliberativo do BAHIAPLAST, que excluiu a SANSUY S/A do Programa BAHIAPLAST. No entender da autuação, no entanto, a Sansuy não teria direito ao DESENVOLVE porque supostamente não teria cumprido as obrigações constantes do protocolo de intenções firmado pela VINIARTEFATOS.

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 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.

Informa que se descuidou 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 indagação acerca da manutenção do benefício.

Diante desta indagação, foi publicada a Resolução 138/2011 pelo órgão responsável pelo programa DESENVOLVE que reconheceu expressamente o direito da SANSUY a usufruir os benefícios do desenvolve. Diante da manifestação expressa do órgão máximo do DESENVOLVE, não há como se sustentar a r. Decisão recorrida, ou mesmo o entendimento defendido pelos fiscais autuantes.

Defende que é absolutamente inaceitável que, mesmo depois da publicação desta Resolução 138/2011, a SEFAZ/BA ainda venha sistematicamente lavrando autos de infração com fundamento num inexistente “não atendimento ao protocolo de intenções de 2004”.

Alega que quanto ao mérito a atuação também não procede e que possui adesão regular ao DESENVOLVE, conforme informado por órgão máximo (Conselho) do programa. E que se não bastasse, é flagrante 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.

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

Em última análise, a discussão se refere ao suposto descumprimento das regras do DESENVOLVE. O que acarretaria na exclusão do programa, e somente pode ser decidido pelo órgão máximo do DESENVOLVE (que já se posicionou reconhecendo que a Recorrente se encontra regularmente inscrita no programa, fazendo jus ao benefício – vide a já mencionada Resolução 138/2011, fl. 500).

Baseando-se nos dispositivos utilizados pelo autuante, ou seja, Art. 37 e 38 da Lei nº 7014/96, cita ainda os Arts. 41 e 48 da referida Lei, que fala acerca do cancelamento dos benefícios e que estes somente poderão ser cancelados de acordo com os dispositivos das Leis de Regência.

Cita ainda o Art. 19, §1º do Decreto nº 8.205/02 que diz que o cancelamento do benefício dar-se-á por meio de Resolução do Conselho Deliberativo e o o Parecer da PGE, de autoria da D. Procuradora Dra. Angela Maria Guimarães Feitosa (Fls. 501 a 506) que diz que cancelamento é ato exclusivo do Conselho Deliberativo do Programa.

Diante destes argumentos roga pela improcedência do Auto de Infração e pede provimento do referido Recurso.

E por fim, pede que mesmo na eventualidade de se entender pela manutenção da autuação, a multa prevista deveria ser relevada, à luz do disposto no Art. 159 do RPAF/BA 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.

VOTO VENCIDO

Trata-se de Recurso de Ofício, em razão da decisão proferida por meio do Acórdão da 1ª Junta de Julgamento Fiscal nº 0195-01/19 e de Recurso Voluntário interposto pelo Contribuinte, nos termos no Art. 169, I, alíneas “a” e “b” do RPAF, inconformados com a decisão de piso que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração, lavrado em 27/06/2017 que exige o valor histórico de R\$7.912.337,63, acrescido de multa de 100%. Após decisão da 1ª JJF a multa fora reduzida a 60%.

Verifica-se que o Recurso de Ofício é pertinente, tendo em vista que o julgamento de 1ª Instância reduziu a multa aplicada ao presente Auto de Infração de 100% para 60% e que acarreta em montante superior ao valor de R\$200.000,00, estabelecido no Art. 169, I, “a”, do RPAF/99, vigente à época da Decisão ora recorrida.

No que tange ao Recurso Voluntário, inicialmente roga pela Nulidade alegando que a JJF se limitou a tecer argumentos genéricos sem, contudo, efetivamente analisar a questão e diz que o Auto não corresponde à realidade dos acontecimentos e aos registros fiscais da Recorrente, e não contém descrição minuciosa dos fatos e de sua subsunção às normas legais, por conta do cerceamento do direito de defesa.

Alega que falta indicação dos livros e documentos examinados, o que impediu a Recorrente de saber em quais documentos a fiscalização de baseou para efetuar o lançamento e principalmente, se os valores apurados foram aqueles constantes de sua contabilidade e que nos autos constam planilhas elaboradas de forma unilateral pela fiscalização.

Assevera que a fiscalização glosou o benefício fiscal do DESENVOLVE, cobrando ICMS incidente

em cada um dos meses em que foi utilizado tal benefício fiscal, e convalidado pela JJF. Entretanto, se a fiscalização entendia pela incidência integral do ICMS nas operações, por força da glosa dos benefícios cabia a ela fazer provas da ocorrência da materialidade do tributo, o que não ocorreu.

Quanto ao pedido de Nulidade, analisando o disposto no art. 18 do RPAF e em análise aos documentos acostados aos autos, verifica-se que 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. 209 a 232. Não se discute aqui acerca do descumprimento das regras do DESENVOLVE, mas a acusação foi que houve utilização indevida de incentivo fiscal em decorrência do 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, portanto, não prospera.

Quanto ao mérito, alega a recorrente, que estava amparada pelo benefício do DESENVOLVE, uma vez que a empresa VINIARTEFATOS solicitou e obteve os benefícios fiscais concedidos no âmbito do DESENVOLVE através da publicação da Resolução nº 35/2004 (Fls. 251 e 252) do Conselho Deliberativo do Desenvolve e posteriormente em 2005 foi incorporada pela SANSUY S/A (Fls. 123 a 140) e que bem 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.

Diante da incorporação (Fls. 123 a 140) foi solicitado e acolhido pelo Conselho Deliberativo do DESENVOLVE, e em 12/03/2005 foi publicada a Resolução nº 15/2005 (Fls. 253 e 254), transferindo expressamente os benefícios concedidos à VINIARTEFATOS para a SANSUY S/A

Na mesma oportunidade, o Conselho Deliberativo do BAHIAPLAST expediu a Resolução de nº 02/2005 (Fl. 454), cancelando os benefícios integrantes deste programa, outrora concedidos ao Recorrente, em razão da impossibilidade de utilização concomitante de dois benefícios.

Eis que, diante dos inúmeros autos lavrados por estas razões e de tais indagações, foi publicada a Resolução 138/2011 (fl. 500) pelo órgão responsável pelo programa DESENVOLVE que reconheceu expressamente o direito da SANSUY a usufruir os benefícios do desenvolve. Diante da manifestação expressa do órgão máximo do DESENVOLVE, não há como se sustentar a r. Decisão recorrida, ou mesmo o entendimento defendido pelos fiscais autuantes.

Defende que é absolutamente inaceitável que, mesmo depois da publicação desta Resolução 138/2011, a SEFAZ/BA ainda venha sistematicamente lavrando Autos de Infração com fundamento num inexistente “não atendimento ao protocolo de intenções de 2004” e que a transferência e manutenção dos benefícios ocorridas em face da incorporação da VINIARTEFATOS foram convalidadas nesta Resolução.

Logo, uma vez que o lançamento de ofício aqui discutido tem origem na constatação, por parte da fiscalização, de que a empresa beneficiária teria utilizado indevidamente o benefício fiscal que lhe foi transferido em razão do evento societário de incorporação da empresa VINIARTEFATOS, ao analisar os documentos societários relativos ao evento da incorporação, bem assim as escritas contábil e fiscal do Recorrente, o preposto autuante concluiu que nem a VINIARTEFATOS nem o Recorrente cumpriram os compromissos assumidos quando da assinatura do Protocolo de Intenções, razão pela qual esta última não poderia usufruir dos benefícios fiscais integrantes do Programa Desenvolve que lhe foi transferido, notadamente o relativo à dilação do prazo para pagamento do saldo devedor do ICMS. Diante de tal situação fática, procedeu à glosa do benefício no período compreendido entre os meses de janeiro a dezembro de 2014, exigindo o imposto apurado em decorrência da adoção deste procedimento.

Mister ser faz destacar que a competência para dizer se a Recorrente deixou de atender aos compromissos assumidos quando da assinatura do Protocolo de Intenções, não cabe a este Conselho e sim, exclusivamente, ao Conselho Deliberativo do Desenvolve, conforme restará demonstrado.

É fato que a competência para proceder à fiscalização quanto à adequada aplicação da legislação tributária por parte dos contribuintes, bem assim quanto ao exercício do ato administrativo consistente no lançamento é da Secretaria da Fazenda, entretanto, no presente caso, o erro insanável que vislumbro reside no fato de a fiscalização ter, de forma precipitada, procedido à lavratura do Auto de Infração na vigência das Resoluções nos 15/2005 e 138/2011.

Isto porque, constatando a prática de atos por parte do Recorrente os quais, nos termos da legislação de regência, poderiam ensejar o cancelamento do benefício fiscal a que estava habilitado, caberia ao preposto fiscal representar ao órgão competente para que este, no uso das atribuições que a Lei lhe conferiu de forma privativa, tomasse as providências legais cabíveis e a partir daí restasse autorizado o lançamento de ofício. Não foi verificado qualquer procedimento neste sentido anexado aos autos.

Em análise ao disposto no Art. 19, §1º do Decreto nº 8.205/02, citado pelo Recorrente, este diz que o cancelamento do benefício dar-se-á por meio de Resolução do Conselho Deliberativo, conforme transcrito a seguir:

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

I - quando reincidir na falta prevista no artigo anterior;

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.” (Grifos nossos)*

Outro aspecto importante a ser observado que a competência para regência e acompanhamento dos benefícios integrantes do Programa Desenvolve está disposto no Artigo 4º da Lei nº 7.980/01 que o instituiu. Vejamos:

Art. 4º O Poder Executivo constituirá o Conselho Deliberativo do DESENVOLVE, vinculado à Secretaria de Indústria Comércio e Mineração, que examinará e aprovará os projetos, estabelecendo as condições de enquadramento para fins de fruição dos benefícios.

...

§ 3º - A Secretaria Executiva do DESENVOLVE acompanhará a execução do cronograma de implantação, expansão, reativação ou dos investimentos em pesquisa e tecnologia, a evolução dos níveis de produção e do seu respectivo nível de emprego, até a completa implantação do projeto base do Programa.

Em atendimento ao quanto lhe foi atribuído, o Poder Executivo editou o Decreto nº 8.205/02 que assim dispõe sobre as atribuições e competências do Conselho Deliberativo do DESENVOLVE:

Art. 7º O Conselho Deliberativo, órgão de orientação e deliberação superior do DESENVOLVE, terá as seguintes atribuições:

I - examinar e aprovar os projetos propostos, estabelecendo as condições de enquadramento para fins de fruição dos benefícios, observando a conveniência e a oportunidade do projeto para o desenvolvimento econômico, social ou tecnológico do Estado, bem assim sua compatibilidade com os objetivos fundamentais do programa e o cumprimento de todas as suas exigências;

II - acompanhar, por sua Secretaria Executiva, a execução do cronograma de implantação, expansão, reativação ou dos investimentos em pesquisa e tecnologia, a evolução dos níveis de produção e do seu respectivo nível de emprego, até o fim do prazo de fruição dos benefícios concedidos;(Grifos nossos).

No mesmo sentido, dispõe o Regimento Interno do Conselho Deliberativo de que aqui se trata, aprovado pela Res. nº 02/2002 da Secretaria de Indústria, Comércio e Mineração do Estado da Bahia:

Art. 7º – Ao Plenário compete privativamente:

I – Appreciar e decidir sobre:

...

b) Cancelamento do benefício quando a empresa habilitada aos benefícios reincidir na falta prevista no artigo 18 do Regulamento do Desenvolve ou quando incidir em dolo ou má-fé na prestação de informações sobre o projeto ou sobre a empresa.

Parágrafo Único – O cancelamento ou a suspensão a que se refere este inciso dar-se-á por Resolução do Conselho Deliberativo, sendo que na hipótese de cancelamento, este terá fundamento em Parecer da secretaria Executiva.

Logo, como é possível verificar da simples leitura dos dispositivos acima citados, a legislação atribui competência exclusiva ao Conselho Deliberativo do DESENVOLVE quanto à prática do ato suspensivo ou interruptivo do gozo dos benefícios, consubstanciado na expedição de resolução específica para tal fim, sem a qual não se pode cogitar da exigência antecipada das parcelas, cujo prazo de pagamento foi dilatado.

Tanto assim, que a Superintendência de Administração Tributária da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia – SAT editou, em 23.09.2011, a Instrução Normativa de nº 47/2011 disciplinando os procedimentos a serem observados pelos prepostos fazendários quando da fiscalização de empresas habilitadas ao Programa DESENVOLVE, cujo teor é a seguir reproduzido:

1 – Na fiscalização de empresas habilitadas ao Programa DESENVOLVE deverá ser observado:

1.1 – O atendimento dos termos constantes no projeto que serviu de base para habilitação do contribuinte ao programa de incentivos fiscais;

1.2 – A observância da resolução expedida pelo Conselho Deliberativo do Programa DESENVOLVE;

1.3 – O cumprimento da legislação tributária relativa à apuração do benefício fiscal;

1.4 – O cumprimento das obrigações tributárias relativas às operações ou prestações não incentivadas.

2 - Constatado que os termos do projeto não foram atendidos pelo contribuinte beneficiário do Programa DESENVOLVE, o preposto fiscal deverá circunstanciar os fatos, reunir as provas e encaminhar, através do titular da sua repartição fiscal, relatório de auditoria ao Superintendente de Administração Tributária para imediato encaminhamento de denúncia à Secretaria Executiva do Conselho Deliberativo do DESENVOLVE (Grifos nossos)

3 – O envio da denúncia à Secretaria Executiva do Conselho Deliberativo do DESENVOLVE, conforme previsto no item 2, não impede a continuidade da ação fiscal para verificação da observância dos termos da resolução e do cumprimento da legislação tributária em relação à apuração do benefício fiscal, considerando o contribuinte como enquadrado no Programa DESENVOLVE, bem como para verificação do cumprimento das obrigações tributárias principal e acessórias relativas às operações ou prestações não incentivadas do contribuinte (grifos nossos).

4 – Na hipótese de cancelamento da autorização para utilização dos incentivos fiscais, nos termos do § 2º do art. 19 do Regulamento do Programa DESENVOLVE, aprovado pelo Decreto nº. 8.205, de 03 de abril de 2002, nova ação fiscal deverá ser iniciada para cobrança do imposto não recolhido ao Erário Estadual em virtude da fraude indevida dos benefícios fiscais. (Grifos nossos)

Ante o exposto das disposições legais acima transcritas ao caso dos autos observa-se que o fiscal autuante deveria elaborar relatório circunstanciado, anexando as provas dos fatos que constatou, e dirigi-lo, através do titular de sua repartição fiscal, ao Superintendente de Administração Tributária para imediato encaminhamento de denúncia à Secretaria Executiva do Conselho Deliberativo do DESENVOLVE. Não fora observado nenhuma informação nesse sentido anexada aos Autos.

Logo, uma vez acatada a denúncia e respectivo cancelamento do benefício mediante expedição de resolução do referido Conselho, nova ação fiscal deveria ser iniciada com vistas à cobrança das parcelas devidas. Procedimento este que não fora observado, principalmente ao quanto previsto na legislação de regência.

Em relação ao pedido para redução da multa tendo em vista o art. 159 do RPAF/BA, cabe esclarecer que este dispositivo foi revogado pelo Decreto nº 16.032 de 10/04/15 com efeitos a partir de 11/04/15.

Ademais, não se inclui na competência desta Câmara de Julgamento Fiscal, conforme previsto no Art. 167, inciso I do RPAF aprovado pelo Decreto nº 7.629/99. Entretanto, acompanho a JJF no que tange a redução da Multa de 100% para 60%, em consonância com decisões anteriores (Acórdãos JJF nº 0351-04/08 e CJF Nº 0219-12/10), entendendo que a multa deve ser corrigida para o previsto no Art. 42, inciso II, alínea “f” por se tratar de 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.

Ante ao exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício e PROVIMENTO do Recurso Voluntário para julgar NULO o Auto de Infração.

VOTO VENCEDOR

Em relação ao mérito do Recurso Voluntário, com a devida *venia*, divirjo da decisão da ilustre Relatora que proveu o Recurso Voluntário, eis que as concessões previstas no Decreto nº 8.205/02 (Regulamento do Programa Desenvolve) decorrem do interesse público de estimular a instalação de novas indústrias, expansão, reativação ou modernização de empreendimentos em funcionamento, com geração de produtos, aperfeiçoamento tecnológico, criação/aumento do número de empregos, redução de custos etc., fato que o recorrente, de maneira equivocada, insiste em negar.

Trata-se de um benefício condicionado, contrariamente ao que tenta argumentar o apelante. Assim, eventuais descumprimentos de requisitos ou condições devem resultar na cobrança regular do imposto e na imposição de multa, o que, no âmbito do Estado da Bahia, somente pode ser levado a efeito por auditores fiscais ou por agentes de tributos, tendo em vista as competências exclusivas outorgadas pela Constituição Estadual, pelo Código Tributário desta unidade federativa e pela Lei nº 11.470, de 08 de abril de 2009.

Não se trata, todavia, de cancelar 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 fruição de 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.

O contribuinte não pode olvidar-se 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 nº 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 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.

O apelante diz que ao Conselho do Desenvolve compete deliberar sobre os objetivos fundamentais do Programa e sobre o cumprimento de todas as suas exigências.

Na verdade, a norma confere competência de natureza não fiscal ao órgão administrativo de execução e não de fiscalização tributária ou de julgamento, cuja atividade é de efeito meramente concreto, não se prestando a legitimar ou não legitimar relação obrigacional oriunda de incentivo ou benefício fiscal. Portanto, não se deve exigir que o julgador administrativo ingresse nas minúcias e especificidades do referido comando normativo, já que sua natureza jurídica não é

tributária.

Entretanto, não houve invasão de competência já que os auditores **não cancelaram incentivo e nem revogaram Resolução**, apenas exigiram o ICMS que, no exercício das suas atividades vinculadas, entenderam ser devido ao Estado eis que, assim como a Administração Tributária Estadual não possui atribuição legal para cancelar incentivo ou revogar Resolução, o Conselho Deliberativo do Programa Desenvolve não a tem para exigir ou deixar de exigir tributo de qualquer alçada.

É válido ressaltar que, por versar sobre incentivos condicionados, a inobservância das condições previstas acarreta a cobrança do imposto que deixou de ser recolhido e da multa cabível, a teor do disposto no artigo 38 c/c artigo 42, ambos da Lei nº 7.014/96.

No caso em tela, os auditores consideraram que não foram atendidas as condições necessárias para o gozo do benefício da dilação de prazo concedido inicialmente à VINIARTEFATOS COMÉRCIO IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA. e, em consequência, lavraram o Auto de Infração para cobrar o ICMS que deixou de ser recolhido, no período específico e objeto da fiscalização.

Ao assim proceder, os 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 competir à Secretaria da Fazenda a fiscalização dos tributos estaduais, cabendo aos auditores a atribuição para a lavratura de Auto de Infração com vistas à cobrança de tributos, multas e acréscimos legais em estabelecimentos.

O argumento de que a Resolução não estabelece condições relativas a elementos constantes de Protocolo desborda da análise racional das normas contidas nos artigos 10 e 18 do Decreto nº 8.205/2002, destinado a regulamentar a Lei nº 7.980, de 12 de dezembro de 2001, pelo que também se afasta a tese de agressão aos princípios da reserva legal ou da legalidade.

Não pode o Decreto do Desenvolve, em hipótese alguma, estabelecer vedações ou limites ao exercício do *direito potestativo* do Estado de efetuar lançamentos tributários por meio dos agentes públicos competentes, porquanto legitimados pela Constituição e pelo Código Tributário da Bahia.

A matéria é recorrente neste Conselho e o sujeito passivo não trouxe aos autos elementos de prova dos investimentos que assegurou ter efetuado. Está claro que *Viniartefatos Comércio, Importação e Exportação Ltda.* adquiriu máquinas, móveis e periféricos usados da SANSUY S/A em 26/11/2004, que retornaram para essa última quando da incorporação.

A Viniartefatos não gerou empregos e também não investiu. Adquiriu maquinários usados, não comprou insumos, não produziu, não constituiu estoques e não fez uso de documentos fiscais. O terreno cedido pela *Sansuy S/A Indústria de Plásticos* para implantação da *Viniartefatos Comércio Importação e Exportação Ltda.* não foi edificado, visto que esta (sociedade empresária) foi incorporada logo em seguida por aquela, em 2004. Os sócios de ambas são comuns. *Viniartefatos Comércio Importação e Exportação Ltda.* jamais existiu de fato, não ofertou emprego ou praticou operação de aquisição de insumos para produção de bens.

Enfim, os objetivos originais que resultaram na concessão dos benefícios do Programa Desenvolve não foram atingidos, pois *Viniartefatos Comércio Importação e Exportação Ltda.* e *Sansuy S/A Indústria de Plásticos*, que a incorporou, não cumpriram o que foi pactuado com o Estado da Bahia, eis que o recorrente utilizou benefício fiscal sem observar as contrapartidas previstas no Programa Desenvolve (investimentos, implantação de novas tecnologias, criação de empregos, geração de receitas etc.), o que, nos termos do art. 38 da Lei nº 7.014/96, 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.

Inerente ao percentual, esta Câmara não tem competência para reduzir multa por descumprimento de obrigação principal, como também de exercer controle de constitucionalidade da legislação estadual ou negar-lhe eficácia (art. 125, I e III da Lei nº 3.956/81 - COTEB).

Do exposto, em que pese concordar com o voto da i. Relatora no tocante às demais colocações, relativas ao Não Provimento do Recurso de Ofício e rejeição das preliminares de nulidade arguidas pelo sujeito passivo, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª 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** o Auto de Infração nº **299314.0001/17-2**, lavrado contra **SANSUY S/A. - INDÚSTRIA DE PLÁSTICOS**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$7.912.337,63**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

VOTO VENCEDOR: Conselheiros: Fernando Antonio Brito Araújo; Luiz Alberto Amaral Oliveira e Rubens Bezerra Soares.

VOTO VENCIDO: Conselheiros: Evalda de Brito Gonçalves, Laís de Carvalho Silva e Leonel Araújo Souza.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 29 de julho de 2020.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

EVALDA DE BRITO GONÇALVES – RELATORA/VOTO VENCIDO

FERNANDO ANTONIO BRITO ARAUJO – VOTO VENCEDOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JUNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS