

PROCESSO - A. I. Nº 299314.1201/13-2
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 JJF nº 0093-01/14
ORIGEM - DAT METRO / IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 1º/12/2021

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0295-12/21-VD

EMENTA: ICMS. PROGRAMA DESENVOLVE. RECOLHIMENTO A MENOR DO IMPOSTO. 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.). Mantida a Decisão recorrida. Rejeitada a preliminar de nulidade. Indeferido o pedido de diligência. Mantida a Decisão recorrida. Recurso de Ofício **NÃO PROVADO**. Decisão unânime. Recurso Voluntário **NÃO PROVADO**. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos processuais, de Recurso de Ofício, em razão de a Decisão proferida por meio do Acórdão 1ª JJF nº 0093-01/14, ter desonerado o sujeito passivo de parte do débito que lhe foi imputado, consoante determina o art. 169, I, “a” do RPAF-BA/1999 (Decreto nº 7.629/1999; Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia), e de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte, que inconformado com a referida Decisão, apresenta a irresignação, respaldado no art. 169, I, “b” do citado Regulamento.

O Auto de Infração acima epigrafado foi lavrado no dia 19/12/2013 para formalizar a constituição de crédito tributário no valor histórico de R\$ 7.124.273,23, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, IV, “j” da Lei nº 7.014/1996, sob a acusação de recolhimento a menor, em razão do uso indevido da dilação do prazo para pagamento prevista no Programa Desenvolve (período de janeiro a dezembro de 2011).

A remessa necessária decorre do fato de a JJF (Junta de Julgamento Fiscal) ter recapitulado a multa para aquela prevista no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/1996, no percentual de 60% sobre o valor do imposto.

Segundo os autuantes, VINIARTEFATOS COMÉRCIO IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA., cadastrado sob o nº de Inscrição Estadual 64.187.765 no dia 23/07/2004, foi inscrito na condição de contribuinte “normal”. Em 19/08/2004, restou habilitado no Programa Desenvolve por intermédio da Resolução nº 35/2004, com direito ao diferimento do lançamento e pagamento do tributo em determinadas hipóteses e à dilação do prazo de 72 (setenta e dois meses) para pagamento do saldo devedor.

Tal sociedade empresária restou incorporada pelo sujeito passivo em 17/12/2004. Em 11/03/2005, a Resolução nº 02/2005 revogou a habilitação ao BAHIAPLAST da qual era beneficiária, tendo sido expedida na mesma data a Resolução nº 15/2005, do Conselho Deliberativo do Desenvolve, transferindo os benefícios fiscais concedidos à VINIARTEFATOS COMÉRCIO IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA. para SANSUY S/A INDÚSTRIA DE PLÁSTICOS, ora recorrente.

Consta ainda, do campo denominado “*INADEQUAÇÕES ENCONTRADAS*” (fl. 02), as seguintes informações:

“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 Vineartefatos 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 à 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 JJF (Junta de Julgamento Fiscal) apreciou a lide no dia 29/04/2014 e decidiu pela Procedência por unanimidade (fls. 689 a 708), nos termos abaixo reproduzidos.

"VOTO

Cuida o presente processo administrativo fiscal - PAF da acusação de recolhimento a menos de ICMS, no valor de R\$ 7.123.273,23, em decorrência da utilização indevida de incentivo fiscal – dilação do prazo para o pagamento do imposto relativo a operações próprias – em desacordo com a legislação do Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – DESENVOLVE, modificando, assim, as características essenciais da obrigação tributária principal, de modo a reduzir o montante do imposto devido, evitando, assim, o seu pagamento. Período envolvido de janeiro a dezembro 2011.

Cumpre, preliminarmente, examinar a arguição de nulidade do Auto de Infração manejada pelo sujeito passivo, por entender ausente nos Auditores Fiscais do Estado da Bahia competência para fiscalizar o atendimento de compromissos assumidos em projetos do Programa DESENVOLVE.

Destaco, de início, que o Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia - DESENVOLVE instituído pela Lei nº 7.980, de 12 de Dezembro de 2001, 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 Decreto nº 8.205/2002, que aprova o Regulamento do Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia - DESENVOLVE e constitui o seu Conselho Deliberativo, têm por finalidade precípua estimular a instalação de novas indústrias no Estado da Bahia e a expansão, a reativação ou a modernização de empreendimentos industriais já instalados, com geração de novos produtos, aperfeiçoamento tecnológico e redução de custos. Justamente por isso, qualquer operação que extrapole o objetivo do Programa não serão alcançadas pelos benefícios fiscais ali previstos.

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, ao teor do disposto no artigo 38 c/c artigo 42, ambos da Lei nº 7.014/96. No caso em tela, os Auditores Fiscais consideraram que havia inadequações no cumprimento das condições necessárias para o gozo do incentivo fiscal da dilação de prazo concedida, inicialmente, à VINIARTEFATOS COMÉRCIO IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA. e, em consequência, lavraram o Auto de Infração em epígrafe para cobrar o ICMS que deixou de ser recolhido.

E, assim agindo, os prepostos do Fisco cumpriram o dever funcional de constituir o crédito tributário mediante o lançamento de ofício, como está assentado no art. 142 do Código Tributário Nacional – CTN (Lei nº 5.172/66), recepcionado com força de lei complementar por força do comando inscrito no art.146, III, CF 88; amparados ainda no artigo 107 da Lei nº 3.956/81 (COTEB), que prevê competência 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.

Cabível ainda ressaltar que o crédito tributário está submetido ao prazo decadencial, nos termos dos artigos 150, § 4º, e 173, também do CTN. Nesse caso, o direito de o Fisco rever o lançamento do sujeito passivo, exigindo diferenças, suplementação do tributo, ou, ainda, aplicar penalidade, salvo caso de dolo, fraude ou simulação, caduca em 5 anos, reservado à Lei do Poder tributante fixar outro prazo. Esgotando-se esse prazo, contudo, ocorre a decadência do direito de revisão por parte do Fisco, considerando-se automaticamente homologado o lançamento em que se baseou o sujeito passivo para efetuar o pagamento antecipado. Justamente em função desse instituto, o Fisco não pode ter obstaculizado o direito de lançar os tributos que entendeu não recolhidos corretamente.

Portanto, 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.

Argui ainda a nulidade dos autos, em face do cerceamento do direito de defesa pela falta de um processo administrativo específico para cancelar incentivos dados pelo Conselho Deliberativo do DESENVOLVE, acrescentando que sem o crivo do contraditório e da ampla defesa, entenderam os Auditores Fiscais que a empresa não cumpriu as normas inerentes ao Programa, declarando prejudicados os objetivos originais do DESENVOLVE e lavrou o presente auto de infração, exigindo da empresa o pagamento da diferença do ICMS.

Há de se ressaltar que não houve cancelamento dos incentivos fiscais ofertados ao contribuinte pelo Conselho Deliberativo do DESENVOLVE, haja vista que ao contribuinte autuado foi deferida a Resolução nº 138/2011, publicada no DOE do dia 03.08.2011, período no qual ocorreu a autuação. Ademais, o Auto de Infração em debate preenche todas as formalidades legais previstas, no regulamento de processos fiscais do Estado da Bahia - RPAF BA aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, não ensejando em qualquer ilegalidade, violação ao devido processo legal ou a ampla defesa do contribuinte; após a análise dos termos constantes na peça defensiva, concluo que a descrição dos fatos e sua capitulação legal são condizentes com os fatos reais e com o direito aplicável; a descrição pormenorizada e sequencial dos fatos inerentes à situação tributária tida como irregular, o exaustivo relatório das “inadequações encontradas”, o histórico de infração similar identificada nos anos anteriores, reiteram que houve obediência ao devido processo legal, permitindo-se ao impugnante o exercício à ampla defesa e ao contraditório, haja vista que o autuado obteve as peças necessárias à sua defesa e produzidas pela auditoria fiscal, bem como foram obedecidos os prazos previstos legalmente e demais exigências formais.

Questiona ainda o autuado que Superintendência da Administração Tributária - SAT editou em 23.09.2011, a instrução normativa nº 47/2011 disciplinando os procedimentos a serem observados pelos prepostos fazendários e que os mesmos teriam inobservado dispositivos legais, na lavratura do presente PAF. Não é o que ocorreu. A própria instrução orienta que na fiscalização de empresas habilitadas ao Programa DESENVOLVE deverá observar “o atendimento das normas constantes no projeto que serviu de base para habilitação do contribuinte ao programa de incentivos fiscais”, constatada a falta de atendimento dos termos do projeto, os fatos circunstanciados devem ser encaminhados ao titular da SAT, sem descontinuidade da ação fiscal.

Argui também o sujeito passivo que a diversidade de pareceres da Procuradoria do Estado sobre a mesma matéria cria insegurança jurídica e cerceamento da defesa. Verifico que o Parecer da Procuradora do Estado que serviu de alicerce à tese defensiva, fora manifestado nos autos de um 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 de Procuradoria, quando se tratar de questões das quais possam resultar prejuízos ao Erário estadual (art. 41, II, LC nº 34/09). Preliminar que também não deve ser acatada, porque tais Pareceres são apenas opinativos e não vinculam a decisão da lide.

Por fim, o pedido de diligência formulado pelo autuado para que se comprove que a empresa realizou diversos

investimentos, após a incorporação dos incentivos da VINIARTEFATOS, apesar de o processo de recuperação judicial, fica indeferido, nos termos do art. 147, I, RPAF BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, pois, desnecessária na verificação de fatos vinculados à escrituração comercial e fiscal do próprio autuado, cujas provas devem ser juntadas pelo mesmo. Ainda porque, diligência ou perícia fiscal não se prestam a trazer provas ao processo ou para suprir a prova mal formulada, incumbência que compete ao agente fiscal ou ao autuado. Livros e documentos contábeis e fiscais do próprio autuado que lhe sirvam de provas devem estar regularmente acostados ao PAF.

Demais questões que envolvem o mérito da exigência serão apreciadas, nas linhas procedentes, inclusive no que se refere à redução da multa fixada, inicialmente, em 100%.

Retomando a questão que originou a lide, o auto de infração foi lavrado para exigir créditos tributários (recolhimento a menor de ICMS), no valor de R\$ 7.123.273,23, em decorrência da utilização indevida de incentivo fiscal – dilação do prazo para o pagamento do imposto relativo a operações próprias – em desacordo com a legislação do Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – DESENVOLVE, no período de janeiro a dezembro 2011.

Retratam os enunciados retro emitidos, que 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 recorrente, à época dos fatos, implementado as condições necessárias para usufruir do incentivo fiscal que lhe fora concedido como benefício fiscal.

Afora as discussões fundamentadas com excelência pelo representante da PGE/PROFIS (doutor José Augusto Martins Junior), na condição de procurador assistente da PGE/PROFIS, nos termos do art. 41, II, da Lei Complementar nº 34/09, trazidas no momento da Informação Fiscal e no bojo do Acórdão CJF Nº 0242 -12/09, fls. 662/678, acerca das formas de cancelamento do benefício previstas na Lei nº 7.980/01 ou no Decreto nº 8.205/02, não se poderia cogitar, em absoluto, que a efetivação do lançamento tributário pelo auditor fiscal do Estado da Bahia, dependesse da edição de Resolução do Conselho Deliberativo. Já apreciadas, em linhas anteriores, a competência de Auditores Fiscais e em determinadas situações, dos Agentes de Tributos, na realização de lançamento tributário de ofício. 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.

Nesse sentido, não obstante reiterar o não cancelamento de benefícios, entendo que inexistindo dispositivo específico em sentido diverso, pelos princípios da hierarquia das normas e da especialização do serviço público, compete à Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, ainda quando não revogue o benefício, empreender auditoria fiscal, sendo absolutamente dispensável a manifestação do Conselho do DESENVOLVE, como condição prévia para a autuação fiscal.

O fulcro da autuação e que gerou o presente lançamento tributário foi, em síntese, o 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 (fl.299), Resolução nº 15/2005 (fl. 253), transferência dos benefícios para a SANSUY S/A INDUSTRIA DE PLÁSTICO, além da Resolução nº 138/2011. Segundo os Auditores Fiscais, os requisitos não cumpridos, denominados de “Inadequações Encontradas”, foram discriminados criteriosamente na inicial dos autos, podendo assim ser resumidos: 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.

Dessa forma, os autuantes refizeram a apuração do imposto devido pelo recorrente, no período de janeiro a dezembro de 2011, excluindo o incentivo fiscal da dilação do prazo para o pagamento do ICMS, conforme demonstrativo de fl. 11, por quanto 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

Conforme constam dos autos, a Resolução nº 35/2004 do DESENVOLVE (fls. 179/180) habilitava a VINIARTEFATOS aos incentivos fiscais do I) deferimento 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 (fl. 189), na incorporação da VINIARTEFATOS.

Para fazer face aos incentivos supra referidos, a VINIARTEFATOS apresentou projeto, cópia acostada aos autos, fls. 141/169, 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\$ 240.000, quando a fábrica alcançasse o pleno emprego, estimado em 2010. Projetou ainda, a mais avançada tecnologia na utilização de resina de policloreto de vinila – PVC, significando uma nova família de termoplástico sem similar no Estado, ampliando o crescimento tecnológico do parque de termoplástico no Estado da Bahia.

Incorporada pela Sansuy em 17/12/04 (fls. 137/139), a empresa beneficiada sequer implantou a unidade industrial projetada, bem como não realizou os investimentos previstos e nem criou 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 pleno funcionamento.

A farta documentação acostada aos autos e a descrição pormenorizada dos fatos comprovam a ausência dos investimentos, requisitos necessários ao gozo dos incentivos fiscais em questão, previstos no Projeto referido e no Protocolo de Intenções (fls. 181/185), firmado entre o recorrente 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.

Quanto à discussão empreendida pelo autuado acerca de que Protocolo de Intenção não é legislação tributária e indica apenas intenções, não podendo a fiscalização fundamentar-se em documento não normativo, entendo que tal questão deve ser examinada no contextualização do processo de concessão de incentivos fiscais condicionados, nos 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.

No caso em tela, 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 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”. Também, nesse particular, não há de ser acolhida a tese defensiva de que Protocolos de Intenções não fazem parte da legislação tributária e, insuficientes para motivar a autuação.

Na mesma linha de entendimento, as respostas dadas pela Secretaria de Indústria, Comércio e Mineração - SICM aos pedidos de esclarecimentos formulados pelo autuado, fls. 520/547 (anexo IV), anotando que não encontrou indícios de que a SANSUY tenha cometido ilícitos que justificassem o cancelamento da Resolução ou que não existe ato do Conselho Deliberativo do DESENVOLVE limitando, suspendendo ou cancelando incentivos fiscais. Comungo com a posição adotada pelo Procurador assistente da PGE/PROFIS, no sentido de que o pronunciamento emitido pelo Coordenador de Incentivos da Secretaria da Indústria, Comércio e Mineração do Estado da Bahia, não se presta para sedimentar o pedido de improcedência da autuação, uma vez que as respostas não são conclusivas ou refletem obrigatoriamente o entendimento do Conselho Deliberativo do Programa DESENVOLVE.

Ademais, não havia, e não há, razão lógica para 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, só então, promover a fiscalização. 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.”

Por fim, da análise dos documentos juntados nos autos, o sujeito passivo não comprova os investimentos aludidos no presente PAF; percebe-se que 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. Conforme livro de Registro de Empregados, cujas cópias estão acostadas aos autos, o autuado não gerou nenhum emprego, 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. Enfim, os objetivos originais que resultaram na concessão de benefícios e incentivos do Programa DESENVOLVE foram prejudicados, tendo em vista que nem a VINIARTEFATOS, nem a SANSUY que a incorporou, cumpriram o que foi pactuado com o Estado da Bahia.

Nesse sentido, inclusive, foi a firme posição da Procuradoria do Estado, na pessoa do seu Procurador Assistente ao sustentar, nos autos do Processo 299314.0002/07-1, cuja cópia do acórdão CJF Nº 0219-12/10 foi juntada a esse PAF (fls. 296 a 310), que os documentos anexados aos autos comprovam que o recorrente nunca cumpriu os requisitos firmados na habilitação do benefício pela VINIARTEFATOS, que a empresa nunca existiu

de fato, nunca ofertou nenhum emprego e jamais praticou qualquer operação comercial de aquisição de insumos para produção de bens.

Portanto, o autuado não faz quaisquer provas de que gerou os empregos comprometidos, implantou novas tecnologias, criou um faturamento adicional, conforme seu projeto e pactuado com o Estado, em contrapartida aos benefícios concedido pelo Programa de incentivos fiscais do DESENVOLVE.

Com relação à arguição do caráter de confisco com relação à multa aplicada tipificada no art. 42, IV, “j” da Lei nº 7.014/96, constato que a aplicação de penalidade pecuniária encontra previsão na Lei do ICMS do Estado da Bahia, não competindo aos órgãos de julgamento administrativo a apreciação de desconformidade da norma com a Constituição Federal, nos termos do art. 167, I, RPAF BA. Pela descrição dos fatos, ainda que possa conceituar como fraude os procedimentos adotados pelo autuado, de acordo com a norma específica, verifico que a natureza das infrações previstas no art. 42, inciso IV, “j”, o enquadramento da autuação reporta-se a ação ou omissão fraudulenta diversa das especificadas expressamente nesta Lei.

Na situação presente, 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. Mesmo os procedimentos periféricos constam dos autos e foi objeto de intensa discussão, cujo ponto nevrálgico foi se o comportamento do autuado constituía ou não infração tributária e não se esse comportamento constituía em fraude, omissão dolosa tendente a impedir a ocorrência do fato gerador ou modificar suas características essenciais (art. 72 da Lei 5.402/64). Dessa forma, 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.

Pelo todo exposto, considero que os argumentos e provas trazidos pelo sujeito passivo não são capazes de elidir a infração imputada. Precedente que se extrai do Acórdão da 2ª CJF nº 0219-12/10, para decidir pela caracterização da exigência contida nos presentes autos. PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, com a retificação da multa aplicada, na forma acima exposta.

É o voto”.

Em virtude de a desoneração ter ultrapassado o limite estabelecido no art. 169, I, “a” do RPAF-BA/1999 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia), a 1ª Junta de Julgamento Fiscal (JJF) recorreu de ofício da própria Decisão, contida no Acórdão JJF 0093-01/14.

O contribuinte interpõe Recurso Voluntário às fls. 717 a 761, no qual inicia informando ter requerido recuperação judicial no final do ano de 2005, aprovada pelos credores, cujo respectivo plano vem cumprindo fielmente na integralidade.

Suscita preliminar de nulidade, com fulcro nos artigos 5º, LV da CF/1988, 41 e 48 da Lei nº 7.014/1996 e 19, parágrafo primeiro do Decreto nº 8.205/2002 (Regulamento do Programa DESENVOLVE), em doutrina, jurisprudência e nos Pareceres da Procuradoria do Estado relativos aos Autos de Infração nºs 299314.0002/07-1 e 299314.0701/12-3 (reproduzidos às fls. 721/722 e 746/747), sob o entendimento de que a Secretaria da Fazenda da Bahia não possui servidores com atribuição legal para efetuar a exclusão do benefício, bem como de que ocorreu cerceamento ao direito de defesa, haja vista a falta de processo administrativo próprio.

Em seguida, alega que a Decisão de primeiro grau não analisou a regra contida no art. 7º, II do Regulamento do Programa DESENVOLVE (Decreto nº 8.205/2002), apresentada na peça de impugnação e transcrita à fl. 727.

A competência para análise do cumprimento de termos estabelecidos em Protocolos de Intenções foi ainda tratada em Portaria Conjunta dos secretários da Fazenda e da Indústria, Comércio e Mineração (nº 78/2004, de fls. 728/729). Na sua concepção, “*se o Regimento Interno do Conselho Deliberativo do DESENVOLVE, do qual participa o Secretário da Fazenda, determinou a competência privativa do Conselho para apreciar e decidir sobre o cumprimento de todas as suas exigências indicadas nos projetos apresentados pelas empresas, não pode esta competência ser transferida para auditores fiscais*”.

Passa a discorrer sobre o seu histórico de benefícios, inclusive sobre a transferência do Programa Desenvolve referente à sociedade incorporada VINIARTEFATOS COMÉRCIO IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA., por meio da Resolução nº 15/2005, que no seu entendimento não

condicionou o incentivo a elemento constante de Protocolo de Intenções. Tal Resolução não foi limitada, suspensa ou cancelada em virtude de ato do Conselho Deliberativo do Desenvolve, em razão de que conclui deva ser aplicada sobre a produção total.

Tendo em vista a ação fiscal em enfoque, inconformado com a conduta das autoridades fazendárias, formulou requerimento ao mencionado Conselho Deliberativo, no qual relatou este processo administrativo fiscal e solicitou ao órgão posicionamento acerca do assunto. Tramitado o feito, foi publicada a Resolução nº 138/2011, que reconheceu o seu pretendido direito de continuar no gozo do incentivo. Por isso, pergunta: “*como podem conviver os dois atos do Estado aqui referidos*”?

Afirma que - pela leitura do Auto de Infração, pode-se inferir que o lançamento decorreu de suposto descumprimento de Protocolo de Intenções, que não é norma tributária e não impõe obrigação às partes, matéria de reserva legal. Como “*a própria denominação do documento indica, apenas intenções são apresentadas no Protocolo*”, o qual não pode fundamentar a imposição de penalidade. Inclusive, atualmente, o Conselho Deliberativo passou a exigir “*contrato de obrigações mútuas e recíprocas*”. Assim o fazendo, deixou de lado os Protocolos, explicitando o entendimento de que da assinatura de um Protocolo não nasce “*obrigação entre as partes*”.

Prossegue com o argumento de que a conclusão a que chegaram os auditores, de que não se fez investimentos após a incorporação da sociedade VINIARTEFATOS COMÉRCIO IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA., é inverídica, o que pode ser comprovado mediante diligência em sua sede. Ademais, nos termos acima expostos, ainda que não existissem esses investimentos, a utilização do incentivo não poderia ter sido qualificada de ilegítima (fl. 746).

A JJF (Junta de Julgamento Fiscal) sustentou a sua Decisão no suposto fato de grande parte dos investimentos realizados ter sido composta de peças de reposição, ignorando que a SANSUY S/A INDÚSTRIA DE PLÁSTICOS possui tecnologia que “*permite que ela própria monte algumas de suas máquinas*”. As peças e partes, portanto, não se destinaram à reposição, mas à montagem. Quanto ao fato de terem sido transferidos equipamentos usados da unidade localizada no Estado de São Paulo, não há vedação na legislação.

Com fundamento no art. 100 do CTN, o qual estatui como norma complementar de Direito Tributário as reiteradas práticas das autoridades administrativas, cita uma série de situações concernentes a outros contribuintes, com a finalidade de reiterar a sua concepção de que a Resolução que lhe diz respeito não contém limitação à aplicação do incentivo.

Destaca o fato de a JJF ter afastado a penalidade prevista no art. 42, IV, “j” da Lei nº 7.014/1996 e aplicado o percentual de 60%, do inciso II, “f” do mesmo artigo. Em razão disso, com base no princípio da legalidade, sustenta que houve nulidade no lançamento de ofício por indeterminação da infração.

Em conclusão, requer o acolhimento do Recurso ou, por prudência, a redução da multa de 60%, que diz ser excessiva.

A PGE/PROFIS, no Parecer de fls. 766 a 770, da lavra da Dra. Maria Helena Mendonça Cruz, opina no sentido de que não há como conceder sufrágio às teses do Recurso Voluntário.

Relativamente à suposta incompetência dos auditores para proceder ao cancelamento do benefício, entende que 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 desses servidores públicos, porquanto legitimados pela Constituição e pelo Código Tributário da Bahia. Raciocinar de forma contrária remeteria à absurda possibilidade da criação de condição de procedibilidade de lançamento sem amparo legal.

A Resolução do Conselho Deliberativo do Desenvolve é ato administrativo de efeitos concretos e de natureza meramente declaratória, não se prestando a legitimar efeito constitutivo de relação

obrigacional oriunda de benesse fiscal.

Doutro lado, não se pode aceder, como de forma subliminar quis incutir o Recurso, que a avaliação do cumprimento dos requisitos concessores do incentivo seja dotada de um grau de subjetividade tal que afaste do agente competente para a concreção do lançamento tributário a possibilidade de analisar o preenchimento ou não das condições impostas para a fruição.

Verificado como foi o descumprimento do Protocolo de Intenções, cujas balizas foram objetivamente fincadas em Resolução, não há que se falar em nulidade. Além disso, a tese recursal de que a Resolução não estabelece condições relativas aos elementos constantes de Protocolo desborda da análise racional das normas contidas nos artigos 10 e 18 do Decreto nº 8.205/2002 (fl. 769).

Não concorda com o pedido relativo à multa, vez que disciplinada no art. 42 da Lei do ICMS/BA (nº 7.014/1996), e encerra opinando pelo não provimento.

De acordo com o documento de fl. 773, no dia 24/02/2016, a 2ª Câmara de Julgamento Fiscal (CJF), de forma não unânime (vencidos o presidente e este relator), decidiu converter o feito em consulta jurídica à PGE/PROFIS, com vistas a que aquele órgão elaborasse opinativo sobre a Instrução Normativa (IN) SAT 47/2011, bem como sobre a Portaria Conjunta nº 78/2014 e a Resolução do DESENVOLVE número 138/2011, que manteve os benefícios concedidos ao recorrente, explicitando de que forma interferem na presente lide.

No Parecer de fls. 783 a 787, a Dra. Maria Helena Mendonça Cruz ressalta que a Instrução Normativa (IN) SAT 47/2011, disciplina procedimentos a serem considerados pelos servidores do Fisco, a Portaria Conjunta 78/2014 designa agentes públicos para comporem a Comissão de Acompanhamento dos Empreendimentos incentivados e a Resolução do Desenvolve número 138/2011 mantém os benefícios das Resoluções nºs 35/2004 e 15/2005.

A inobservância das condições previstas no Projeto que serviu de base para a habilitação do contribuinte recorrente no Desenvolve acarretou a apuração do imposto que deixou de ser recolhido, a teor do disposto no artigo 38 da Lei nº 7.014/96.

Agiram os auditores autuantes no cumprimento do dever funcional de constituir crédito tributário mediante lançamento de ofício, amparados no art. 107 do COTEB (Código Tributário do Estado da Bahia).

Anota ainda que a Resolução nº 138/2011 do Conselho Deliberativo do DESENVOLVE não se revela apta a provocar qualquer alteração no tratamento até então conferido à questão, haja vista que as decisões administrativas firmadas se posicionaram claramente pela autonomia e independência das esferas (por ex., o Acórdão CJF 0219-12/10), prevalecendo, no campo tributário, a competência e a soberania do Fisco para verificar o fiel cumprimento da legislação.

A existência de uma Resolução anterior do mencionado Conselho Deliberativo, concessiva do benefício em questão, não constituiu fator inibitório à atuação da Fiscalização Tributária. E se assim foi com relação à primeira, não haveria de ser diferente quanto à de número 138/2011.

VOTO

O incentivo previsto no Decreto nº 8.205/2002, decorre do legítimo objetivo estatal de estimular a instalação de novas indústrias, assim como a expansão, reativação ou modernização de empreendimentos em funcionamento, com geração de produtos, aperfeiçoamento tecnológico, criação ou aumento de empregos, redução de custos etc.

Trata-se, por conseguinte, de benefício condicionado. Eventuais inobservâncias 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, tendo em vista as competências que lhes foram outorgadas pela Constituição e pelo Código Tributário desta unidade federativa, assim como pela Lei Estadual nº 11.470, de 08 de abril de 2009.

O processo administrativo que o recorrente afirma não existir, é exatamente este, regulamentado pelo Decreto nº 7.629/1999, do que conlui não merecer acolhimento a tese de cerceamento de direito de defesa.

Segundo o contribuinte, a Decisão de primeiro grau não analisou a regra contida no art. 7º, II do Regulamento do Programa DESENVOLVE (Decreto nº 8.205/2002), apresentada na peça de impugnação e transcrita à fl. 727, segundo a qual, cabe à Secretaria Executiva do Conselho Deliberativo do Programa acompanhar a execução dos cronogramas de implantação, expansão, reativação etc.

Trata-se de norma que confere competência de natureza não fiscal, a órgão cuja atividade é de efeito meramente concreto, não se prestando a legitimar ou a não legitimar relação obrigacional oriunda de incentivo, conforme expôs a Dra. Maria Helena Mendonça Cruz em seu Parecer. Portanto, não se deve exigir que o julgador administrativo ingresse nas minúcias e especificidades do referido comando regulamentar, já que a sua natureza jurídica, como dito, não é tributária.

Não houve invasão de competência. Os auditores não cancelaram incentivo nem revogaram Resolução, apenas exigiram o ICMS, que no exercício das suas atividades vinculadas, entenderam ser devido ao Estado. Se o imposto é ou não devido, é questão de mérito a ser julgada posteriormente neste Acórdão.

Assim como os autuantes não possuem atribuição legal para conceder, cancelar incentivo ou revogar Resolução, o Conselho Deliberativo do Programa Desenvolve, não a tem para exigir ou deixar de exigir tributo de qualquer alçada.

Veja-se o que a JJF decidiu a este respeito, pronunciando-se, de forma correta, cabe o registro, acerca do assunto que o recorrente asseverou não ter se pronunciado:

"Retratam os enunciados retro emitidos, que 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 recorrente, à época dos fatos, implementado as condições necessárias para usufruir do incentivo fiscal que lhe fora concedido como benefício fiscal".

Alinho-me com o posicionamento da PGE/PROFIS. De fato, 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 afasto a tese de agressão aos princípios da reserva legal ou da legalidade.

Igualmente acertada a conclusão de que:

"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 desses servidores públicos [auditores], porquanto legitimados pela Constituição e pelo Código Tributário da Bahia. Raciocinar de forma distinta remeteria à absurda possibilidade da criação de condição de procedibilidade de lançamento sem amparo legal".

O fato de a Junta ter recapitulado a multa não altera o núcleo da acusação, tampouco a correta descrição dos atos infracionais. Constatou-se, na primeira instância, a ausência de provas de ações ou omissões fraudulentas, em razão de que a penalidade pelo descumprimento da obrigação principal foi enquadrada no art. 42, II, "f" da Lei nº 7.014/1996.

Assinale-se que o art. 142 do CTN, dispõe que a multa deve ser proposta pela autoridade fiscalizadora e não fixada, cabendo ao órgão responsável pela constituição definitiva do crédito acatá-la ou modificá-la, inclusive com redução sem recapitulação, que aliás foi requerida pelo recorrente, sem suscitar a equivocada tese de indeterminação da infração.

Rejeito a preliminar de nulidade.

Com supedâneo no art. 147, I, "a" do RPAF-BA/1999, indefiro o pedido de diligência ou perícia, já que todos os elementos necessários para formar a convicção dos membros da Câmara estão presentes nos autos.

No mérito do Recurso de Ofício, tenho como correta a Decisão de primeira instância, pois o art. 42, IV, "j" da Lei nº 7.014/1996, somente se aplica em casos de ações ou omissões fraudulentas, o que não foi constatado ou provado nos presentes autos.

O órgão julgador "*a quo*", de forma legítima, recapitulou a multa para o percentual de 60% (sessenta por cento), do valor do imposto não recolhido tempestivamente, em decorrência de infração diversa das previstas na precitada Lei, que importe descumprimento de obrigação tributária principal, sem dolo (art. 42, II, "f" da Lei nº 7.014/1996).

Com respeito ao Recurso Voluntário, o sujeito passivo não trouxe aos autos elementos de prova dos investimentos que assegurou ter efetuado. Restou comprovado que VINIARTEFATOS adquiriu máquinas, móveis e periféricos usados da SANSUY S/A., em 26/11/2004, que retornaram para essa última quando da incorporação.

O livro de Registro de Empregados, demonstra que o recorrente não gerou empregos. Também não investiu. Adquiriu maquinários usados, conforme notas fiscais de aquisição de ativos registradas em sua contabilidade. Nas palavras dos ilustres julgadores da JJF:

"(...) 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. Enfim, os objetivos originais que resultaram na concessão de benefícios e incentivos do Programa DESENVOLVE foram prejudicados, tendo em vista que nem a VINIARTEFATOS, nem a SANSUY que a incorporou, cumpriram o que foi pactuado com o Estado da Bahia. Nesse sentido, inclusive, foi a firme posição da Procuradoria do Estado, na pessoa do seu Procurador Assistente ao sustentar, nos autos do Processo 299314.0002/07-1, cuja cópia do acórdão CJF Nº 0219-12/10 foi juntada a esse PAF (fls. 296 a 310), que os documentos anexados aos autos comprovam que o recorrente nunca cumpriu os requisitos firmados na habilitação do benefício pela VINIARTEFATOS, que a empresa nunca existiu de fato, nunca ofertou nenhum emprego e jamais praticou qualquer operação comercial de aquisição de insumos para produção de bens. Portanto, o autuado não faz quaisquer provas de que gerou os empregos comprometidos, implantou novas tecnologias, criou um faturamento adicional, conforme seu projeto pactuado com o Estado, em contrapartida aos benefícios concedidos pelo Programa de incentivos fiscais do DESENVOLVE".

Resta evidente, que 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.).

Esta Câmara não tem competência para julgar pedido de redução de multa por descumprimento de obrigação principal. No que tange ao caráter supostamente expressivo ou confiscatório, não pode decidir sobre constitucionalidade de dispositivos da legislação estadual ou negar-lhes eficácia (art. 167, I e III do RPAF-BA/1999).

Mantida a Decisão recorrida.

Em face do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO dos Recursos de Ofício e Voluntário.

VOTO DIVERGENTE (Recurso Voluntário)

Antes de mais nada, registro, que no que tange ao Recurso de Ofício, acompanho o nobre Conselheiro Relator Paulo Danilo, no sentido de dar NÃO PROVIMENTO ao mesmo, acatando a desoneração julgada pela Decisão recorrida.

Em relação ao valor que remanesceu da Decisão da JJF, peço vênia para divergir do ilustre Relator, na medida em que as razões trazidas na peça recursal encontram respaldo fático e legal, nos termos a seguir considerados, inclusive indo ao encontro de outros votos dados por mim em matéria similar.

É sabido que a discussão cinge-se à constituição de crédito tributário em favor do Estado da

Bahia, acrescido da multa de 100%, sob a acusação de recolhimento a menor do ICMS por uso indevido da dilação do prazo para pagamento prevista no Programa DESENVOLVE, atinente ao período de janeiro a dezembro de 2011.

De acordo com os autuantes, a empresa recorrente Sansuy S/A, recebeu os Benefícios Fiscais da Viniartefatos Comércio Importação e Exportação Ltda. A referida sociedade empresária, restou incorporada pela empresa recorrente em 17/12/2004. Em 11/03/2005, a Resolução nº 02/2005 revogou a habilitação ao BAHIAPLAST da qual era beneficiária, tendo sido expedida na mesma data a Resolução nº 15/2005, do Conselho Deliberativo do Desenvolve, ou seja, houve plena transferência dos benefícios fiscais concedidos à Viniartefatos Comércio Importação e Exportação Ltda. para Sansuy S/A.

A empresa recorrente, foi, ao ver dos autuantes, descumpredora de obrigações contidas no Protocolo de Intenções, dando margem a autuação por não gozarem dos aludidos benefícios. Tal entendimento foi equivocadamente mantido pela n. JJF.

Na peça recursal, quanto à alegação de nulidade, entendo impertinente por não encontrar amparo no RPAF/BA.

Ultrapassada tal questão preliminar, passo à análise do mérito das argumentações recursais, contra o valor da autuação que remanesceu do Recurso de Ofício, gerando crédito tributário em favor do Erário, entendendo que tais argumentos são devidos, conforme já pontuado mais acima.

Ora, é sabido que a empresa Sansuy é sucessora da Viniartefatos Comércio Importação e Exportação Ltda, inclusive quanto ao gozo dos benefícios concedidos pelo Programa DESENVOLVE, a qual faz jus.

Como bem pontuado pela recorrente, a Decisão Recorrida da parte não analisou corretamente a regra insculpida no art. 7º, inciso II do Regulamento do Programa DESENVOLVE (Decreto nº 8.205/2002), inclusive trazida também na peça defensiva (fl. 727) e reiterada na peça recursal em apreço.

Da análise do cumprimento de termos estabelecidos nos Protocolos de Intenções, tal matéria, foi tratada em Portaria Conjunta dos Secretários da Fazenda e da Indústria, Comércio e Mineração (nº 78/2004, de fls.728/729).

Desse modo, é de clareza solar, que o Regimento Interno do Conselho Deliberativo do Desenvolve, do qual participa o Secretário da Fazenda do Estado da Bahia, “*determinou a competência privativa do Conselho para apreciar e decidir sobre o cumprimento de todas as suas exigências indicadas nos projetos apresentados pelas empresas, não pode esta competência ser transferida para auditores fiscais*”.

Para robustecer meu entendimento, me permito trazer à baila, em apertada síntese, os fundamentos trazidos no bojo do voto divergente, sobre mesma matéria, do preclaro Conselheiro Nelson Dahia Filho, consignado no Acordão CJF Nº 0219-12/10, datado de 19 de julho de 2010, quando do meu primeiro mandato de Conselheiro da 2ª CJF, deste deste egrégio Conselho de Fazenda Estadual, cujo voto acompanhei na íntegra.

Segundo o ilustre Conselheiro Dahia: “*a habilitação da empresa ao programa do Desenvolve é respaldada através de Decisão do Conselho Deliberativo do Programa do Desenvolve, mediante ato administrativo formal, também é exclusivamente este o órgão competente para afirmar se a empresa preenche ou não os requisitos do Programa, especialmente porque os argumentos utilizados pelo autuante para justificar a lavratura do Auto de Infração de cunho eminentemente técnico, necessitando, por óbvio, de prévia análise por parte do Conselho Deliberativo do Desenvolve, o que não tinha acontecido*”. (grifos originais).

Nesta esteira, diferentemente do quanto realizado pelos autuantes, uma vez questionado qualquer descumprimento de alguma norma do Protocolo de Intenções, relativo à concessão de Benefícios Fiscais pelo Programa Desenvolve, caberia a eles comunicar ao Conselho Deliberativo do

Programa do DESENVOLVE, de modo que o referido órgão pudesse analisar os argumentos apresentados, respeitando-se, inclusive, o princípio da ampla defesa e do contraditório em favor do sujeito passivo.

Com fulcro na dicção do §1º, do art. 19 do Decreto Estadual nº 8.205/2002, que preceitua, *in verbis*:

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

(...)

§1º - O cancelamento a que se reporta este artigo dar-se-a por Resolução do Conselho Deliberativo com fundamento em Parecer da Secretaria Executiva. (grifo meu)

Portanto, os i. fiscais autuantes não teriam competência de fazer o lançamento de ofício, ou seja, é descabido considerar que a empresa estava fora do gozo dos benefícios por mero entendimento unilateral deles, mantido pela Decisão de 1ª Instância, a qual apenas retificou a multa.

Por conseguinte, me resta concluir que apenas o Conselho Deliberativo do DESENVOLVE, tinha, à época dos fatos geradores, a devida competência legal para afirmar se a recorrente preenchia, ou não, os requisitos do referido Programa Estadual de Desenvolvimento.

Assinalo mais uma vez, que caso os fiscais autuantes constassem que a empresa Sansuy S/A não estava preenchendo as exigências do programa, eles deviam se restringir a elaborar um relatório preciso e embasado, apontando, com clareza e precisão, todas as provas e encaminhar o mesmo, tempestivamente, ao susomencionado Conselho Deliberativo, de modo a permitir que este n.º órgão pudesse adotar as providências que julgassem cabíveis.

Por tudo quanto exposto, reitero a minha divergência em relação do nobre Conselheiro Relator, para dar PROVIMENTO ao Recurso Voluntário interposto e julgar IMPROCEDENTE o Auto de Infração em epígrafe, modificando assim a Decisão recorrida.

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** o Auto de Infração nº **299314.1201/13-2**, lavrado contra **SANSUY S/A. - INDÚSTRIA DE PLÁSTICOS**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$7.124.273,23**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/1996, e dos acréscimos legais.

VOTO VENCEDOR (Recurso Voluntário) – Conselheiros: Paulo Danilo Reis Lopes, Marcelo Mattedi e Silva e Maurício Souza Passos.

VOTO DIVERGENTE (Recurso Voluntário) – Conselheiros(as): Carlos Henrique Jorge Gantois, Henrique Silva Oliveira e Leila Barreto Nogueira Vilas Boas.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 04 de outubro de 2021.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

PAULO DANILO REIS LOPES – RELATOR

CARLOS HENRIQUE JORGE GANTOIS - VOTO DIVERGENTE
(Recurso Voluntário)

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS