

A I Nº - 210365.0020/08-3
AUTUADO - TOTAL FLEX INDÚSTRIA DE EMBALAGENS LTDA.
AUTUANTE - ANTÔNIO CEZAR ANDRADE BARBOSA
ORIGEM - INFAC JEQUIÉ
INTERNET - 27.02.09

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0017-04/09

EMENTA: ICMS. 1. PROGRAMA DESENVOLVE. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. USO INDEVIDO DE INCENTIVO FISCAL. Restou comprovado que o sujeito passivo utilizou benefício fiscal de dilação do prazo para recolhimento do imposto decorrente de operações próprias, utilizando bens de ativo cedido por um outro estabelecimento pertencente aos mesmos titulares e que já utilizava benefícios de um outro Programa (BAHIAPLAST). Não houve cumprimento das contrapartidas previstas no Programa DESENVOLVE (investimento, implantação de nova tecnologia, criação de emprego, geração de receita). Infração não elidida. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS DESTINADAS AO DO ESTABELECIMENTO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. a) ATIVO IMOBILIZADO. b) USO/CONSUMO. Infrações reconhecidas. 3. ENTRADA DE MERCADORIA. FALTA DE CONTABILIZAÇÃO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A falta de contabilização de entradas de mercadorias indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas. Foram corrigidas inconsistências no levantamento fiscal, o que resultou em redução do débito. Infração elidida em parte. 4. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO LIVRO DE REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Comprovado que os bens foram cedidos em comodato ao estabelecimento autuado, não ocorrendo aquisição dos mesmos. Infração elidida. 5. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. FALTA DE ENTREGA APÓS INTIMAÇÃO. Multa de 1% sobre saídas. Ficou caracterizado que a multa foi instituída em momento anterior ao da ocorrência dos fatos geradores, tendo ocorrido apenas atualização da redação e cabível a sua aplicação. Infração não elidida. 6. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MATERIAL PARA USO E CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. Infração reconhecida. Não acolhidas as argüições preliminares de nulidades. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 27/06/08, exige ICMS no valor de R\$1.668.725,40 acrescido das multas de 60%, 70% e 100%, além de aplicação de multas por descumprimento de obrigações acessórias totalizando R\$456.167,71.

01. Recolhimento a menos do ICMS em razão de uso indevido de incentivo fiscal – dilação de prazo para pagamento do imposto – relativo às operações próprias, em desacordo com a legislação do DESENVOLVE modificando as características essenciais da obrigação tributária principal, de modo a reduzir o montante do imposto devido, evitando, assim o seu pagamento. Consta, na descrição dos fatos, que está comprovada a infração nos termos dos dispositivos da Lei 7.980/01 (DESENVOLVE) e documentos constantes do Processo 192797/2007-7, situação que autoriza a lavratura do Auto de Infração conforme Parecer DITRI, independente de Resolução de cancelamento de benefício do Conselho Deliberativo do DESENVOLVE - R\$1.222.328,30.

02. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento. Consta, na descrição dos fatos que a empresa infringiu dispositivos da Lei nº 7.980/01, valendo-se indevidamente de benefícios do Programa DESENVOLVE, deixando de recolher o imposto nas aquisições de bens do ativo - R\$358.137,13.

03. Recolheu a menos ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas a consumo do estabelecimento - R\$260,13.

04. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas em outras unidades da Federação destinadas a consumo do estabelecimento - R\$5.414,43.

05. Falta de recolhimento do ICMS relativo a operações de saídas de mercadorias não declaradas, com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado. Consta, na descrição dos fatos, que foi apurado por meio de levantamento quantitativo de estoques, entradas de matérias-primas sem documentação fiscal, com base no consumo das matérias primas no processo industrial e do levantamento da produção (produtos acabados) – R\$81.769,57.

06. Deu entrada no estabelecimento de mercadoria sujeita a tributação sem o devido registro na escrita fiscal. Consta, na descrição dos fatos, que a empresa deu entrada no estabelecimento, sem notas fiscais de origem, a bens obtidos em transferência da empresa ARTPLÁSTICO INDÚSTRIA DE ARTEFATOS PLÁSTICOS LTDA, conforme contagem física dos bens de ativo imobilizado realizada pelo Fisco e Contrato de Comodato firmado entre as empresas - R\$408.922,80.

07. Forneceu informações através de arquivo magnético exigido na legislação tributária, requerido mediante intimação, com omissão de operações ou prestações, aplicando multa de 5% sobre o valor das entradas omitidas dos arquivos magnéticos, ficando o valor da multa limitada a 1% das saídas do estabelecimento em cada período. Consta que foi realizado confronto entre os valores lançados no livro Registro de Entradas e os dados apresentados pelo contribuinte em meio magnético, constante no sistema SCAM, onde ficou constatada omissão de operações ou prestações - R\$47.244,91.

08. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento – R\$815,84.

O sujeito passivo, na defesa apresentada (fls. 986 a 1014), por meio de advogado legalmente habilitado, inicialmente discorre sobre as infrações, afirmando que não podem prosperar na sua

totalidade, face à existência de nulidades intrínsecas ao ato administrativo e dos erros materiais cometidos pela fiscalização que conduzem a sua improcedência, conforme passou a expor.

Reconhece a procedência das infrações 3, 4 e 8, providenciando seu recolhimento.

Com relação às infrações 1 e 2, afirma que decorrem do entendimento da fiscalização, que a empresa não faz jus aos benefícios do Programa DESENVOLVE, face à transferência de bens do ativo da empresa ARTPLÁSTICO e da não realização, na sua integralidade, do investimento projetado no pedido de fruição dos benefícios do Programa (art. 3º, §1º, I da Lei nº 7.980/01).

Em seguida passou a elencar diversas nulidades quanto ao procedimento fiscal:

- 1) Cancelamento ilegal dos benefícios do DESENVOLVE, (art. 19, §§2º e 3º do Dec. 8.205/02);
- 2) Aplicação de multas de 60% e 100%, contrariando o art. 19, §2º do Dec. 8.205/02, que prevê a título de sanção, apenas o ressarcimento do tributo acrescido dos encargos financeiros;
- 3) Nulidade em razão da impossibilidade de lavrar Auto de Infração antes do cancelamento formal do benefício pelo Conselho Deliberativo (CD) do DESENVOLVE;
- 4) Cerceamento do direito de defesa, por desconhecer o processo que motivou o cancelamento do benefício fiscal concedido pelo CD DESENVOLVE.

Ressalta o princípio da tipicidade cerrada e o previsto no art. 19, §1º do DESENVOLVE que estabelece que benefícios sejam cancelados, por meio de Resolução do CD e não pela fiscalização.

Afirma que a consulta formulada a DITRI no Processo 192797/2007-7 foi feita de forma unilateral, sem o conhecimento da empresa, o que no seu entendimento contraria o disposto no art. 2º, do RPAF/BA, que dispõe que na instrução, preparo, tramitação e decisão do processo administrativo e dos procedimentos administrativos não contenciosos, atender-se-á aos princípios da oficialidade, da legalidade objetiva, da verdade material, do informalismo e da garantia de ampla defesa, sem prejuízo de outros princípios. Requer a nulidade das infrações 1 e 2, sob argumento de que o mencionado processo foi conduzido sob ofensa ao contraditório e da ampla defesa.

Argumenta que a fiscalização ao aplicar multas de 60% e 100% não observou que o art. 19, §2º do Regulamento do DESENVOLVE não prevê multas em decorrência de desenquadramento do benefício concedido e sim do ressarcimento do imposto atualizado que deixou de ser recolhido.

No mérito, afirma que as infrações 1 e 2 não podem prosperar, por entender que cumpriu as premissas básicas do DESENVOLVE e atendeu aos objetivos do programa, entre os quais de geração de empregos e renda, aporte e assimilação de novas tecnologias de transformação de resinas termoplásticas (inédita no Estado), que resultaram na conquista de novos mercados e redução do impacto ambiental.

Alega que a fiscalização com base numa análise superficial de indicadores, num lapso de tempo insuficiente para maturação do projeto e da existência de comodato de bens do ativo de outra empresa, concluiu pelo cancelamento do benefício concedido, além dos equívocos cometidos, entre eles, a de não ter realizado os investimentos previstos, visto que o comprometimento para os exercícios de 2005 e 2006 era de 3,5 milhões e realizou aquisições de ativos com valor superior a este, tornando insubsistente o cancelamento dos benefícios obtidos e da exigência fiscal.

Diz que o valor total exigido de R\$1.222.328,30 engloba os valores que foram pagos antecipadamente e que se considerado estes valores, conforme indicado no Anexo I (fl. 1020), revelará que o montante do ICMS devido é de R\$1.206.063,45.

Com relação à infração 2, se ultrapassada a nulidade pretendida, a fiscalização deixou de observar o valor correto da base de cálculo constante das notas fiscais e requer o refazimento da apuração do imposto levando em conta os valores indicados no Anexo II (fl. 1022), que resulta em valor de R\$264.149,15 e procedência parcial da autuação.

Quanto à infração 5, diz que o Fisco efetuou dois levantamentos quantitativos, apurando no primeiro, consumo de matéria-prima no processo industrial de 99.048 quilos e no segundo, de

produto acabado, no qual apurou entrada de 21.396,39 quilos de matéria-prima, sem nota fiscal de origem, tendo optado pelo valor de maior expressão monetária para exigir o ICMS.

Suscita a nulidade da infração, visto que a fiscalização se valeu do maior valor encontrado, “resguardando o interesse do Estado”, contrariando o princípio de que na dúvida, deve ser beneficiado o réu que é o contribuinte e não o Estado.

Com relação ao primeiro levantamento fiscal, afirma que foram cometidos dois equívocos:

- a) Apropriação de quantidades consignadas em notas fiscais de retorno de beneficiamento, conforme demonstrativo à fl. 1001 totalizando 23.717 quilos;
- b) Não consideração de algumas notas fiscais de compra de matéria-prima, totalizando 123.750 quilos, conforme demonstrativo à fl. 1003.

Afirma que se feita a retificação no levantamento fiscal, ficará constatado a inexistência da omissão de entrada de 99.048 quilos apontados pela fiscalização, conforme demonstrativo juntado à fl. 1055 (Anexo III).

Com relação ao segundo levantamento quantitativo, feito com base nos Mapas de Controle de Produção e Estoque (produtos acabados), afirma que a fiscalização computou de forma equivocada remessas para industrialização, que foram consideradas como saídas por vendas e de retorno de materiais enviados para consertos, considerados como devolução de vendas.

Apresenta demonstrativo (fl. 1003), apurando quantidade de 25.275 kg (remessa para beneficiamento), sendo que 23.717 retornaram no mesmo exercício (2006) e o restante no exercício seguinte (2007). Da mesma forma, quantidade de 3.905,80 kg de produtos retornados de consertos (fl. 1004), conforme demonstrado no Anexo III (fl. 1055), restando pequena diferença.

Com relação à infração 6, afirma que foi aplicada multa de 10% sobre o valor dos bens cedidos em comodato e que a multa tipificada (art. 42, IX da Lei nº 7.014/96) aplica-se às operações em que há “ausência de escrituração de mercadorias sujeitas à tributação”. Salienta que os bens cedidos em comodato fazem parte do ativo imobilizado do comodante (art. 6º, VIII e XIV do RICMS/BA), “tendo mais de um ano de uso” e não é tributada.

Afirma que as multas aplicadas devem obedecer ao princípio da tipicidade cerrada e não há como subsistir. Requer sua improcedência.

Relativamente à infração 7, transcreve o art. 42, XII-A da Lei nº 7.014/96 (fl. 1006) e diz que a multa é nula de pleno direito, na medida em que, a redação dada pela Lei 10.847/07 é posterior ao período fiscalizado, inexistindo tal dispositivo à época do suposto cometimento da infração. Afirma que não existindo prática de ato ilícito à norma no mundo jurídico, deve ser nula esta infração.

Caso ultrapassada a nulidade pretendida, alega que a multa decorre de falta de entrega de informações econômico-fiscais, que tem intenção educativa e não apenas punitiva.

Afirma que não tendo agido com dolo, fraude ou simulação, nem deixado de recolher tributo relativo às operações praticadas, com base nos princípios da razoabilidade, equidade e proporcionalidade, requer revisão da multa aplicada com sua eliminação ou abrandamento, de acordo com o art. 42, §7º da Lei nº 7.014/96. Transcreve decisões contidas nos Acórdãos CJF 0542-12/06 e 0109-12/06, que reduziram os valores originais, para reforçar o seu posicionamento.

Por fim, pelas razões expostas, requer a nulidade das infrações 1, 2, 5 e 7, e se ultrapassadas, improcedência das mesmas juntamente com a infração 6 e improcedência parcial da infração 7. Requer também, realização de diligência por fiscal estranho ao feito para comprovar fatos controvertidos que demonstrou. Protesta, ainda, por todos os meios de prova em direito admitidos, juntadas de documentos, contra prova, exames, vistoria e revisão do lançamento.

O autuante na informação fiscal prestada às fls. 1115 a 1124, inicialmente discorre sobre as infrações, argumentos defensivos, contestando-os conforme passou a expor.

Quanto às infrações 1 e 2, afirma que em relação aos argumentos defensivos de que somente através de Resolução do Conselho Deliberativo (CD) do DESENVOLVE (art. 19, §2º e 3º do Dec. 8.205/2002), poderia cancelar benefício concedido, sem imposição de multa, havendo violação ao princípio constitucional da tipicidade e legalidade, contesta argumentando:

- a) Em 17/10/2007 promoveu levantamento de bens do ativo imobilizado na Total Flex e também na Artplástico (fls. 665 a 691), IE n.º 14.261.592 NO;
- b) Não foi encontrado bens na Artplástico, os quais foram transferidos em comodato para a Total Flex (626 a 633), inclusive prédio e instalações de sua propriedade;

Ressalta que o art. 3º da Lei n.º 7.980/2001 que instituiu o Programa DESENVOLVE prevê que os incentivos têm por finalidade estimular a instalação de novas indústrias, a expansão, reativação ou modernização de empreendimentos industriais já instalados, inclusive considera nova indústria, a que não resulte de transferência de ativos de outro estabelecimento da mesma empresa ou de terceiros oriundos da Região Nordeste.

Prossegue relatando que aprofundou a análise do empreendimento, inclusive Projeto de Implantação (fls. 692 a 742), tendo apurado que o autuado, não preenchia os requisitos legais de um novo empreendimento, capaz de habilitá-la a fazer jus aos benefícios fiscais do DESENVOLVE.

Afirma que para não remanescer dúvidas, solicitou parecer a DITRI no processo 192797/2007-7 (fls. 32 a 205), para que esclarecesse expressamente o seguinte (ver folha 37 do PAF):

- 1) Se improcedia o direito dos benefícios fiscais concedidos ao autuado;
- 2) Se devia aguardar nova Resolução do CD DESENVOLVE, para lavrar Auto de Infração?
- 3) Lavrando Auto de Infração, quais multas deviam ser aplicadas;
- 4) Seguindo resposta em Parecer da DITRI (fls. 175 e 176), foi orientado lavrar Auto de Infração.

Salienta que de acordo com o disposto no art. 922 do RICMS/BA aplica-se aos contribuintes que não cumprirem exigências ou condições impostas pela legislação as penas de cancelamento de benefícios fiscais, atendidas as regras previstas em lei complementar acerca da revogação de benefícios, favores, estímulos ou incentivos fiscais, sem prejuízo de outras penalidades. Atenta que a fiscalização não pode depender de outras decisões para não operacionalizar a decadência.

Quanto à nulidade suscitada, sob argumento de que houve violação do princípio da ampla defesa, pelo fato de que protocolou processo sem a sua participação, conhecimento e consulta, contesta afirmando que todas as cópias de documentos, demonstrativos e parecer final da DITRI, foram acostados ao processo (fls. 32 a 205), de livre acesso ao defendant e o mesmo não se manifestou contra os elementos ali relatados. No seu entendimento não há cerceamento de defesa.

Argumenta que o defendant não comenta nem justifica o motivo da transferência do ativo da Artplástico para a Total Flex que exerce o mesmo ramo de atividade, constituída pelos mesmos sócios e realizada às “escondidas”, sem emissão de notas fiscais, fato só detectado a partir de ação da fiscalização, quando da contagem física de bens do ativo imobilizado (665 a 691).

Observa que os contratos de comodatos estabelecem cláusulas desastrosas para a Artplástico, que teve seu patrimônio transferido para a Total Flex sem previsão de reposição dos equipamentos, sucateados ao fim do contrato de dez anos e que só se deu após a empresa tomar ciência da Resolução 167/05. Só então, foram providenciados: contratos de comodato (prédio e instalações, ativo imobilizado), alteração do Contrato Social (fls. 42 a 97 do PAF), firmado, antes mesmo do comodato do prédio e instalações. Ressalta que se trata de Contrato de Comodato de gaveta que sequer foi objeto de registro público.

Salienta que o comodato de bens do ativo imobilizado contraria determinações do Código Civil (Lei 10.406/02), por se tratar de bens fungíveis (móvels), que podem ser substituídos por outros da mesma espécie, qualidade e quantidade, visto que o comodato é o empréstimo gratuito de coisas não fungíveis (artigos 82, 85 e 579) e não poderia ser objeto de Contrato de Comodato.

Estranha a transferência, via empréstimos, de todo o ativo financeiro da Artplástico para a Total Flex, através de Contratos de Mútuo, sem cobrança de juros e correção monetária (fls. 157 a 163), bem como, a transferência dos seus funcionários, atuando no mesmo ramo de atividade, ocupando o mesmo nicho mercadológico, atendendo à mesma clientela, adquirindo matérias-primas dos mesmos fornecedores. Conclui que desenvolve a mesma atividade industrial, o que denota procedimentos únicos para usufruir dos benefícios instituídos pelo DESENVOLVE.

Ressalta que sobre esses fatos e a não integral realização do investimento previsto no Projeto de Implantação (fls. 692 a 742), especialmente as inversões fixas em prédios e instalações, a defesa se cala, prendendo-se apenas no argumento de cerceamento da defesa.

No mérito, quanto às alegações defensivas de que as infrações não podem prosperar, sob alegação de que cumpriu as premissas básicas pactuadas: geração de empregos e renda, aporte e assimilação de novas tecnologias, conquista de novos mercados e redução do impacto ambiental pela redução da geração de sucatas e efetivado o investimento previsto em 2005 e 2006, contesta afirmando que conforme relatado à DITRI (fls. 33 a 37), onde foi evidenciado:

- 1) Migração da mão-de-obra da Artplástico, para sua sucessora de fato, a Total Flex;
- 2) Incremento de produção de apenas 5,32% em 2006 pela Total Flex em relação ao produzido pela Artplástico em 2005, quando foi de fato desativada;
- 3) Idem incremento de faturamento de apenas 14,17% (motivado por inflação ou custos);
- 4) Pelos dados das DMAs a Artplástico apresentou em 2005, VALOR ADICIONADO de R\$9.399.014,26, enquanto a sucessora Total Flex apurou em 2006, VALOR ADICIONADO de R\$8.496.677,68 e em 2007, VALOR ADICIONADO de R\$7.637.578,73, indicando possíveis irregularidades nas operações comerciais com redução da renda projetada;
- 5) Ao contrário do informado na defesa, a Total Flex I aumentou a produção de sucatas em 2006, representando 8,45% da produção total, índice acima das perdas estimadas de 2%, estabelecidas no seu Projeto de Implantação (fl. 704);
- 6) As aquisições de bens para o ativo imobilizado têm como origem, recursos de ICMS devidos e não pagos, visto que os valores exigidos nas duas primeiras infrações, relativas ao exercício de 2006 totaliza R\$1.490.572,16;
- 7) Não houve criação de novos empregos, e sim migração dos empregos da Artplástico para sua sucessora de fato, a Total Flex.

Conclui esta linha de raciocínio afirmando que não ocorreu nenhuma contrapartida para o Estado da Bahia, com o presente projeto de implantação lesando o erário, visto que a Fazenda Pública deixou de receber legítimos valores de ICMS, indevidamente desviados para empreendimento desnecessário, levando-se em conta que a Artplástico já ocupava esse nicho mercadológico, e permanece ativa com propósito de propiciar benefícios fiscais indevidos, contrariando determinações da legislação estabelecidas no Programa DESENVOLVE.

Contesta a alegação de que foi indicado valor pago em DAEs de forma incorreta (coluna “D”), visto que o valor apontado pela fiscalização de R\$ 1.222.328,30 foi considerado o valor do ICMS, sem incluir o valor dos acréscimos.

Relativamente à infração 2, quanto à alegação defensiva de que não foi observado o valor real da base de cálculo do ICMS constante nas notas fiscais e que se considerado resultaria em valor devido de R\$ 264.149,15, reconhece que assiste razão ao contribuinte, à exceção dos valores indicados nas notas fiscais de números: 1097 (fl. 1024); 12353 (fl. 1034); 1783 (fl. 1035); 897 (fl. 1041); 3044 (fl. 1050), relativos a aquisições de bens junto a microempresas, sem qualquer benefício de redução da base de cálculo, pelo fato de não ser permitido destaque de ICMS nos documentos emitidos por esses contribuintes. Diz que elaborou novo demonstrativo, anexo à fl. 1128, reduzindo o valor original de R\$ 358.137,13 para R\$ 268.243,86.

Quanto à infração 5, no que diz respeito à nulidade suscitada em razão de ter efetuado dois levantamentos quantitativos de estoque, valendo-se dos maiores valores encontrados para efetuar o lançamento, reconhece ser pertinente a alegação defensiva em relação a equívocos:

- 1) As inconsistências apontadas na defesa decorre de não constar nos arquivos magnéticos a totalidade dos valores lançados no livro Registro de Entrada, o que culminou com aplicação de multa (infração 7), a exemplo das notas fiscais de aquisição de matérias-primas de números 261171, 259679, 259693, 261618, 261694, 261698 e 264958, relativas à aquisição de Polietileno, que não constam no arquivo magnético apresentado à SEFAZ (fls. 289 e 290);
- 2) Outras inconsistências decorrem de o contribuinte ter codificado incorretamente os produtos, que podem ser constatadas pelo confronto do peso e descrição contido nas cópias das notas fiscais apresentadas de números 26621, 26749, 26906, 27166, 27581, 27921, 28066, 28291, 28527, 28695, 29017, 29114, 29687, 29497, 29920, 30419, 30250, 30778, 30682 (fls. 1068 a 1087), com as notas fiscais de números 333, 383, 569, 781, 1080, 1420, 1511, 1790, 1986, 2219, 2516, 2624, 3070, 2895, 3357, 3722, 3530, 4067, 3898 (fls. 1089 a 1109).

Conclui dizendo que diante de tais fatos, levando em consideração, também, a possibilidade de outras irregularidades, se faz necessária uma revisão completa do levantamento fiscal, carecendo de uma apresentação dos arquivos magnéticos totalmente corrigidos, motivo pelo qual acata o pedido de nulidade formulado pelo defendant.

No que se refere à infração 6, contesta o argumento defensivo de que não cabe aplicação de multa em função de não ter escriturado bens recebidos em comodato, por o impugnante entender que tais operações não estão sujeitas à tributação (art. 6º, XIV do RICMS/BA).

Salienta que a multa aplicada prevista no art. 915 do RICMS/BA, prevê aplicação do porcentual de 10% do valor comercial do bem, mercadoria ou serviço sujeitos a tributação que tenham entrado no estabelecimento ou que por ele tenham sido utilizados sem o devido registro na escrita fiscal. Afirma que tendo sido encontrado os bens no estabelecimento autuado e não registrados na sua escrita fiscal, a mercadoria ou bem está sujeita à tributação.

Destaca que a aplicação da multa é apenas uma providência preliminar, devendo ser investigado também se houve sonegação do ICMS na operação, visto que os bens foram adquiridos pela Artplástico que usufruía dos benefícios do Programa BAHIAPLAST, e ora estavam sendo utilizados pela Total Flex, beneficiária do programa DESENVOLVE, ocorrendo a tradição dos bens, materializando-se a hipótese de incidência tributária.

Atenta que o art. 6º, VII do RICMS/BA, trata de isenção na operação de saída de bens de uso e não de bens destinados ao ativo imobilizado, que entende não poder ser objeto de contrato de comodato, nos termos dos artigos 82, 85 e 579 da Lei nº 10.406/02 (Código Civil) (fl. 1124).

Ressalta que a aplicação de multa diz respeito à entrada de bens do ativo imobilizado, sem notas fiscais de origem no estabelecimento autuado, constituindo fato gerador do ICMS nos termos do art. 2º, §3º, IV do RICMS/BA. Ressalta que pela análise das DMAs da Artplástico, adquiridos bens para o seu ativo imobilizado em 2005 no montante de R\$529.800,71 e firmado contrato de comodato, em 20/12/05 (fl. 98), não se enquadra com gozo da não incidência tributária (art. 6º, VIII do RICMS-BA), visto que não tinha uso por mais de 01 (um) ano no seu estabelecimento.

Conclui que diante de tais fatos, a multa aplicada é pertinente, haja vista que o autuado recebeu e deu entrada de bens em seu estabelecimento sem notas fiscais de origem.

Quanto à infração 7, contesta a alegação defensiva de que o inciso XIII-A, do art. 42, da Lei nº 7.014/96, é norma posterior ao período fiscalizado por ter redação dada pela Lei nº 10.847/2007, afirmando que desde a edição da Lei nº 9.159, de 09/07/04, já era cabível a aplicação da multa em comento, conforme transcreveu às fls. 1125/1126.

Ressalta que a legislação aplicada encontra-se em vigor, determinando que o contribuinte seja obrigado a apresentar informações dos seus registros em meio magnético. Observa que tendo sido regularmente intimado para apresentá-los e posteriormente de corrigir as inconsistências apresentadas em 31 de outubro de 2007 (fls. 607 a 619), deve ser mantida a multa.

Quanto ao pedido de redução da multa, diz que a apresentação de registros magnéticos com inconsistências e a não correção dos mesmos após concessão de prazo razoável, dificultou as

atividades de fiscalização, inclusive culminando com a possibilidade de nulidade da infração 5. Por isso entende que a multa aplicada deve ser mantida na sua totalidade.

Com relação às infrações 3, 4 e 8, foram reconhecidas e pagas, não há o que contestar.

Conclui dizendo que diante das provas e argumentos apresentados na defesa:

- a) Assiste razão parcial ao contribuinte em relação à infração 2;
- b) Deve ser considerada nula a infração 5, podendo ser refeita mediante apresentação dos arquivos magnéticos em sua integralidade e sem inconsistências;
- c) Mantidas integralmente as infrações 1, 6 e 7.

A Inspetoria Fazendária intimou o autuado para tomar conhecimento da informação fiscal (fls. 1142), tendo o mesmo se manifestado às (fls. 1145 a 1156).

Inicialmente ressalta que as bases do processo administrativo fiscal se referenciam no Código do Processo Civil e de acordo com o seu art. 15, revelam-se exageradas as expressões contidas na informação fiscal, diante da carga emocional manifestada, não tendo sido trazido ao processo situações fáticas que possam modificar o entendimento expressado na sua defesa.

Comenta os argumentos trazidos na informação fiscal e mantém seu posicionamento de que no Regulamento do DESENVOLVE não há previsão de aplicação de multa em decorrência do desenquadramento que é de competência exclusiva do seu CD, não se aplicando o art. 922 do RICMS/BA ao presente caso e sim os artigos 19 e 23 do Dec. 8.205/02, em relação às infrações 1 e 2.

Reitera que o processo 1927297/2007-7 corrido a sua revelia, ocorreu cerceamento do direito de defesa, vista que só teve acesso à decisão da DITRI depois que o mesmo já estava encerrado.

Contesta o posicionamento do autuante de que não pode haver comodato de bens fungíveis, citando parte de texto de autoria de Maria Helena Diniz, que defende a tese de que pode haver comodato de bens consumíveis (mútuo) e que na situação presente, o comodato de máquinas e equipamentos são bens de uso, inexistindo óbice na adequação do contrato.

No mérito, diz que não é verdadeira a afirmação do autuante que não cumpriu os compromissos assumidos no programa DESENVOLVE, visto que investiu R\$3.500.000,00 em máquinas e equipamentos no exercício de 2006 e deve ser levada em consideração a necessidade de prazo para maturação para alcançar metas de faturamento e produção previstas no projeto, que não foram alcançados em função do mercado, não existindo fraude ou má-fé fundamentada apenas na análise do valor adicionado e faturamento. Entende que compete ao CD Desenvolve promover o desenquadramento do empreendimento, não tendo a fiscalização tal competência.

Argumenta que é injustificável a resistência do autuante em não aceitar a apropriação de DAEs pagos conforme Anexo I da impugnação, mantendo a argumentação contida na defesa inicial.

Relativamente à infração 2, diz que embora o autuante tenha reconhecido parcialmente o erro cometido, não é cabível a manutenção dos valores relativos às notas fiscais de números 1097, 12353, 1783, 897 e 3044 que foram emitidas por Microempresas e tiveram o ICMS destacado. Afirma que o autuante não explicitou o fundamento legal da não aceitação do crédito e mantém a argumentação de improcedência contida na defesa.

Com relação à infração 5, diz que não há o que comentar, visto que foi reconhecida sua nulidade.

Relativamente à infração 6, contesta o argumento de que por não ter nota fiscal, os bens emprestados em comodato são tributáveis, citando o art. 110 do CTN que não permite ao Fisco alterar os conceitos de direito privado.

Salienta que mesmo se entendendo pela impossibilidade do comodato, não há incidência de ICMS em contrato de empréstimos. Atenta que o próprio autuante reconhece que os bens objeto da infração pertenciam ao ativo permanente do comodante, identificado por meio do Balanço Patrimonial e que neste caso aplicam-se as disposições contidas no art. 6º, XIV, “a” do RICMS/BA.

No tocante à infração 7, contesta a alegação do autuante que aplicam-se os dispositivos regulamentares, visto que a redação dada pela Lei nº 9.159/04 teve efeitos limitados de 10/07/04 a 10/02/05 e não se aplica a fatos ocorridos durante o ano de 2006. Requer a nulidade e ainda a redução da multa nos termos da impugnação.

Finaliza dizendo que tendo o autuante reconhecido o cometimento de erro em parte da infração 2 e total da infração 5, reitera os termos da impugnação inicial das demais infrações.

A Secretaria do CONSEF acostou às fls. 1161/62 Relatório de Débito deste processo.

VOTO

O sujeito passivo, na defesa apresentada suscitou a nulidade do lançamento por diversos motivos: cancelamento ilegal dos benefícios concedidos e aplicação de multas não previstas, bem como impossibilidade de lavrar Auto de Infração antes do cancelamento formal do benefício pelo Conselho Deliberativo (CD) do DESENVOLVE de acordo com o seu Regulamento (Dec. 8.205/02). Rejeito às nulidades pretendidas, tendo em vista que a competência da plenária do mencionado Conselho, conforme definido no art. 7º da Res. 03/2007 é de definir política de investimentos; propor instituição de programas; deliberar sobre pedidos e concessão de incentivos e benefícios; apreciar e decidir sobre cancelamento de benefícios. Portanto, uma vez concedido benefícios fiscais mediante resoluções emanadas por aquele Conselho, para empresas integrantes dos programas instituídos, cabe à fiscalização verificar se os procedimentos adotados pelos contribuintes atendem o que determina a legislação tributária e, caso se constate práticas adotadas que conflitem com as normas, é de competência dos auditores fiscais, fazer o lançamento de ofício nos termos do art. 6º da Lei nº 8.210/02 e art. 42 do Dec. 7.629/99. Quanto ao questionamento da capacidade dos autuantes para avaliar os benefícios concedidos, por se tratar do mérito da questão, será apreciado no momento próprio.

Também rejeito a nulidade pretendida, sob o argumento de que só poderia ser feito o lançamento de ofício mediante a revogação do benefício concedido pelo CD do DESENVOLVE. Conforme apreciado anteriormente, uma vez concedido os benefícios fiscais previstos no DESENVOLVE, constatado descumprimento da legislação tributária, é de competência do Fisco fazer o lançamento de ofício para exigir o tributo devido, independentemente do cancelamento dos benefícios. O certo é que a fiscalização não tem competência para cancelar o benefício concedido, competência esta do CD DESENVOLVE. Portanto, não pode ser acatada a alegação de que os atos foram praticados por servidor incompetente nos termos do art. 18, I do RPAF/BA. Entendo não existir conflito de competência entre a ação fiscal que culminou com o lançamento de ofício, privativa dos auditores fiscais e das competências do mencionado Conselho, como quis fazer crer o impugnante na sua defesa. Além do mais, o Auto de Infração foi lavrado em conformidade com o disposto no art. 38 do mencionado diploma legal, notificado o autuado, que apresentou sua defesa contestando a exigência fiscal.

Com relação à nulidade suscitada sob argumento de que houve cerceamento do direito de defesa, por desconhecer o processo que motivou o cancelamento do benefício fiscal concedido pelo CD DESENVOLVE, também fica rejeitada, tendo em vista que a fiscalização formulou consulta a DITRI e obteve um Parecer (fls. 203/204), no qual orientou que se comprovado irregularidade na utilização do benefício fiscal, poderia ser lavrado Auto de Infração independente do desenquadramento por meio de resolução do CD Desenvolve. Portanto, o parecer constitui apenas uma manifestação da DITRI que poderia ser seguida ou não para tomada de decisão da lavratura do Auto de Infração. Por sua vez, lavrado o Auto de Infração, foi descrita a infração, indicado os dispositivos infringidos e tipificada à multa aplicada prevista na Lei nº 7.014/96 que não tem correlação com a prevista no art. 19, §2º do Regulamento do DESENVOLVE, que se aplica em caso de desenquadramento do benefício. Diante da acusação o autuado pode exercer o seu direito de defesa, mesmo porque o mesmo tomou conhecimento do processo 192797/2007-7, conforme admitiu na sua manifestação à fl. 1149 “a ora impugnante teve ciência do referido processo após o

seu encerramento ...”, não havendo qualquer impedimento ao exercício do contraditório, motivo pelo qual não acolho a nulidade pretendida. Quanto ao porcentual da multa aplicada entendo que faz parte do mérito da questão e será apreciado no momento próprio.

Relativamente à infração 7, o autuado suscitou sua nulidade por entender que a redação dada pela Lei nº 10.847/07 é posterior ao período fiscalizado que é o exercício de 2006.

Verifico que o inciso XIII-A do art. 42 da Lei nº 7.014/96 foi acrescentado pela Lei nº 7.667/00, com efeitos a partir de 15/06/00, tendo sido atualizado por diversas outras (Lei nº 8.534/02; Lei nº 9.159/04; Lei nº 9.430/05 e Lei nº 10.847/07), estabelecendo multa de 5% (cinco por cento) do valor das operações de entradas e saídas de mercadorias, bem como das prestações de serviços tomadas e realizadas, omitidas de arquivos magnéticos exigidos na legislação tributária, ou neles informadas com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes, não podendo ser superior a 1% (um por cento) das saídas do estabelecimento em cada período. Também não procede a alegação defensiva de que com a atualização procedida pela Lei nº 9.159/04 só produziria efeitos no período de 10/07/04 a 10/02/05, haja vista que a norma vigente anterior a este período (Lei nº 8.534/02) teve vigência até 09/07/04 e a Lei nº 9.430/05 teve vigência até 27/11/07. Portanto, ocorreu apenas atualização da redação pela Lei nº 10.847/07, que já previa a multa aplicada nesta infração, motivo pelo qual não acato a nulidade suscitada sob argumento de que se trata de norma instituída em momento posterior à ocorrência dos fatos geradores.

O recorrente suscitou a nulidade da infração 5, sob o argumento de que o autuante se “valeu dos maiores valores encontrados” para efetuar o lançamento, por entender que contraria o princípio que preconiza que na dúvida deve ser beneficiado o contribuinte (in dúvida pro contribuinte). Observo que o levantamento fiscal efetuado pela fiscalização, foi feito com base nos dados e documentos escriturados na contabilidade do contribuinte o que possibilitou demonstrar possíveis inconsistências. Junto com a defesa o impugnante apresentou demonstrativo próprio, o qual foi acatado pelo autuante e será apreciado quando do mérito. Diante destes fatos, entendo que o pedido de nulidade perde os seus efeitos, motivo pelo qual deixo de acatar, também este argumento de nulidade.

No mérito o Auto de Infração acusa o cometimento de diversas infrações: Recolhimento a menos do ICMS em razão de uso indevido de incentivo fiscal; Falta de recolhimento e recolhimento a menos do ICMS da diferença de alíquota; Omissão de saída de mercadorias decorrente de entradas não registradas; Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de material para uso e consumo; Aplicação de multas por ter dado entrada de mercadoria sujeita a tributação no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal e por ter fornecido informações em arquivo magnético com omissão de operações ou prestações.

Na defesa apresentada o impugnante reconheceu a procedência das infrações 3, 4 e 8, tendo inclusive providenciado o seu recolhimento. Assim sendo, estas infrações não serão apreciadas, devendo ser mantidas na sua totalidade.

Com relação à infração 1, foi exigido ICMS em decorrência do recolhimento a menos do imposto em razão de uso indevido de incentivo fiscal concedido pelo Programa DESENVOLVE, a título de dilatação de prazo previsto no Dec. 8.205/03. Conforme descrito no Auto de Infração, o impugnante recebeu em transferência da empresa ARTPLÁSTICOS, edificações, máquinas, equipamentos, peças de reposição, veículos, entre outros, mediante contrato de comodato apresentado após a contagem física dos estoques.

Na defesa apresentada o autuado argumentou que cumpriu as premissas básicas, atendeu aos objetivos do programa e que a fiscalização se baseou numa análise superficial para lavrar o Auto de Infração, o que foi contestado pelo autuante na informação fiscal.

Argumentou também que o valor total exigido de R\$1.222.328,30 engloba os valores que foram pagos antecipadamente e que se considerado estes valores, o montante devido é de R\$1.206.063,45.

Da análise dos elementos constantes do processo, faço as seguintes considerações:

- 1) A Res. 04 de 22/03/02 do CD BAHIAPLAST concedeu benefícios: Diferimento do ICMS na aquisição de matérias-primas; Crédito presumido de 41,1765% nas saídas para o mercado estadual e 50% nas saídas interestaduais de sacos e filmes (fl. 40), a empresa ARTPLÁSTICO. A Res. 07 de 09/11/03 ampliou os benefícios com diferimento do ICMS na importação; aquisição de bens destinados ao ativo fixo para o momento que ocorrer sua desincorporação (fl. 41);
- 2) A Res. 167 de 25/09/05 do CD DESENVOLVE concedeu benefícios: Diferimento do ICMS na importação; aquisição de bens em operações internas; de aquisição de matérias-primas; dilação de prazo (72 meses) para pagamento do saldo devedor do ICMS a empresa TOTAL FLEX Indústria de Embalagens Ltda (fls. 42/43), tendo sido retificada pela Res. 178/05 (fl. 44);
- 3) O Contrato Social da Total Flex e alterações (fls. 51/59) indicam como sócios o Sr José Carlos Pereira de Almeida e Yan Carlos de Almeida, tendo como objeto a fabricação de embalagem de material plástico e a fabricação de embalagens laminadas flexíveis;
- 4) Diversos contratos de mútuos foram acostados às fls. 143 a 176, que contemplam garantias de créditos de valores perante diversos bancos (da Artplástico à Total Flex);
- 5) Documentos às fls. 178 a 197 identificam contagem de estoque procedido pela fiscalização, de bens do ativo imobilizado, que conforme contrato de comodato juntado às fls. 627 a 636 pertenciam na sua maioria à empresa ARTPLÁSTICO, cujos sócios Yan Carlos Pereira de Almeida e José Carlos de Almeida, cederam os bens em comodato a empresa TOTAL FLEX, que também eram sócios da ARTPLÁSTICO (fls. 734/737);
- 6) A empresa ARTPLÁSTICO mudou de endereço, não apresentando produção e faturamento após assinatura ter cedido máquinas, equipamentos, móveis, utensílios, computadores, periféricos e subtração elétrica em 20/12/05, revertendo a produção para a TOTAL FLEX em 2006;
- 7) Ocorreu migração da mão-de-obra da ARTPLÁSTICO, para sua sucessora de fato, TOTAL FLEX;
- 8) O incremento de produção em 2006 foi de apenas 5,32% e de faturamento de apenas 14,17%; (Total Flex em relação a Artplástico em 2005);

Pelo exposto, com relação aos aspectos constitutivos da empresa autuada (TOTAL FLEX), verifica-se que os sócios cotistas desta empresa são também titulares da empresa ARTPLÁSTICO (sócios Yan Carlos Pereira de Almeida e José Carlos de Almeida).

Já em relação aos benefícios fiscais concedidos, verifico que:

- 1) A ARTPLÁSTICO habilitou-se no Programa BAHIAPLAST, conforme Res. 04/02 (fl. 40), fazendo jus “a utilização de crédito presumido previsto no art. 9º do Dec. 7.439/98”;
- 2) A TOTAL FLEX habilitou-se ao Programa DESENVOLVE (Res. 167 de 25/09/05), aprovando benefício de diferimento do lançamento e pagamento do ICMS, (a) na importação, aquisições internas e em outros Estados de bens de ativo (b) aquisição internas de insumos e embalagens destinadas a fabricantes de artigos de malharia e (c) dilação de prazo de 72 (setenta e dois) meses para pagamento do saldo devedor do ICMS, relativo às operações próprias, gerado em razão dos investimentos previstos no projeto incentivado

Pelo acima exposto, de forma resumida, faço as conclusões:

A ARTPLÁSTICO, localizada na Quadra G, lote 03, Distrito Industrial - Jequié estava autorizada a utilizar os benefícios fiscais previstos no Programa BAHIAPLAST, tendo como sócios Yan Carlos Pereira Almeida, José Carlos de Almeida e Ivone Pereira de Almeida.

A TOTAL FLEX foi instalada no mesmo endereço, tendo como sócios José Carlos de Almeida e Yan Carlos Pereira de Almeida, habilitando ao Programa DESENVOLVE. Os bens do ativo imobilizado utilizados na produção foram emprestados pela empresa ARTPLÁSTICO.

Como os sócios do estabelecimento autuado (TOTAL FLEX) são também os sócios da ARTPLÁSTICO, constituídas no mesmo endereço, constato que a composição dos seus ativos (máquinas e acessórios, moveis e utensílios e periféricos), ficaram no mesmo lugar,

proporcionando utilização ao mesmo tempo dos benefícios fiscais concedidos no Programa BAHIAPLAST (ARTPLÁSTICO) e também no Programa DESENVOLVE (TOTAL FLEX).

De tudo que foi exposto, restou comprovado que a empresa TOTAL FLEX se resume a um novo Contrato Social feito pelos sócios da ARTPLÁSTICO que para poderem usufruir dos benefícios fiscais do Programa DESENVOLVE, habilitaram-se naquele Programa, visto que aquela empresa já era beneficiária do Programa BAHIAPLAST e não podia usufruir ao mesmo tempo de benefícios dos dois Programas. Apesar de continuar existindo e localizada em outro endereço, de fato a empresa ARTPLÁSTICO possui bens que estão emprestados em comodato, deixando de usufruir do Programa BAHIAPLASTICO.

Conforme disposto no art. 3º da Lei nº 7.980/01:

Art. 3º. Os incentivos a que se refere o artigo anterior 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.

§ 1º. Para efeitos deste Programa, considera-se:

I – Nova indústria, a que não resulte de transferência de ativos de outro estabelecimento da mesma empresa ou de terceiros, oriundo da Região Nordeste.

Logo, mesmo que a TOTAL FLEX tenha efetuado compras de máquinas e equipamentos a partir da sua instalação, tendo sido contemplada com os benefícios previstos no DESENVOLVE, de fato não constitui nova indústria, utilizou bens do ativo imobilizado cedidos por outra empresa que na sua maioria foram cedidos por empresa oriunda da Região Nordeste, infringindo o dispositivo acima transcrito, não tendo comprovado geração de novos produtos ou processos. Ressalte-se que os bens cedidos em comodato por outra empresa, de fato pertencem aos mesmos titulares.

Por tudo que foi exposto, pela análise dos procedimentos adotados pelo autuado e das provas juntadas ao processo, concluo que de fato seus sócios (José Carlos de Almeida e Yan Carlos Pereira de Almeida), constituíram uma empresa (TOTAL FLEX) a partir de outra da qual já eram sócios administradores (ARTPLÁSTICO), cederam equipamentos a nova empresa, sem que dessem saída do estabelecimento, qualquer pagamento pelos mesmos, que permanecem no mesmo local.

Por outro lado, a nova empresa criada habilitou-se e lhes foi concedido benefícios previstos no Programa DESENVOLVE. Uma vez, concedido os benefícios fiscais pelo Estado da Bahia, utilizaram a empresa que de fato já lhes pertencia, utilizando indevidamente os benefícios concedidos, tendo em vista que não atendia aos requisitos previsto na legislação do Programa, visto que não cumpriram o protocolo de intenções, ao não criarem empregos, introduzirem tecnologia de produção sem similar no Estado (nova) e utilizados bens de outra empresa oriunda da mesma Região (Nordeste).

O Programa DESENVOLVE, entre outros, tem como objetivo complementar e diversificar a matriz industrial e agroindustrial do Estado, incentivando à instalação de novos empreendimentos industriais ou expansão, reativação, modernização de empreendimentos já instalados; desconcentração espacial dos adensamentos industriais e formação de adensamentos industriais nas regiões com menor desenvolvimento econômico e social; a integração e a verticalização das cadeias produtivas essenciais ao desenvolvimento econômico e social e à geração de emprego e renda no Estado; o desenvolvimento tecnológico dos processos produtivos e assimilação de novas tecnologias; a geração de novos produtos ou processos e redução de custos de produtos ou processos já existentes.

Dessa forma, conluso que diante dos elementos que se apresenta neste processo, houve utilização indevida do incentivo de dilação do prazo do pagamento do ICMS, relativo às operações próprias, tendo em vista que os procedimentos adotados pelo autuado, numa análise contextual, no momento que os sócios titulares da TOTAL FLEX criaram a empresa com finalidade única de habilitar-se aos benefícios previstos no Programa DESENVOLVE, não podia habilitar-se aos seus benefícios, visto que a empresa originária ARTPLÁSTICO já era beneficiária do Programa

BAHIAPLAST. Além de tudo isso, tendo cedido os bens de ativo para emprego na empresa que criaram, para que pudessem usufruir dos benefícios fiscais da dilação do prazo, seria necessário que cumprissem as metas pactuadas (investimentos, criação de empregos, implantação de novas tecnologias), fato que não ocorreu, conforme anteriormente apreciado. O conjunto destes procedimentos resultou em desvirtuamento da utilização do programa DESENVOLVE e redução do imposto devido, o que culminou com o não pagamento do imposto.

Convém ressaltar, que os impostos arrecadados devem cumprir sua finalidade social, utilizado no custeio das atividades e dos investimentos promovidos pelo Estado. A concessão de benefícios fiscais implica em renúncia de receitas tributárias em detrimento de outros benefícios sociais. Na situação presente, ao conceder dilação do pagamento do saldo devedor do ICMS incidente sobre as operações próprias (bem como diferimento do pagamento do ICMS na aquisição de bens do ativo e insumos utilizados na produção), o Estado deixou de arrecadar o imposto relativo a diversas operações e o valor do imposto que deveria ser arrecadado de imediato ao ser postergado, significa de fato redução do seu valor, visto que conforme previsto na legislação, o valor devido a ser pago no futuro pode ser pago em valor presente com deságio. A contrapartida desta renúncia fiscal é que a empresa se comprometeu a fazer investimentos no Estado, implementar nova tecnologia, gerar empregos e renda, o que de fato não provou ter feito.

Com relação ao argumento defensivo de que somente Resolução pelo CD DESENVOLVE poderia desenquadrar e impor multas observo que aquele Conselho analisa os projetos e avalia se, se coaduna com as diretrizes estabelecidas e concede os benefícios, tudo isso se resume aos aspectos formais. Uma vez concedido os benefícios previstos no Programa, é a fiscalização que verifica se objetivamente o beneficiado cumpriu as intenções elencadas no projeto. Se não cumpriu, modificou as características essenciais da obrigação tributária que motivou sua renúncia, implicando na redução do montante do imposto devido. É certa a afirmação que os autuantes não têm competência para cancelar benefício ou incentivo fiscal, mas é correta a exigência do ICMS pela fiscalização, com aplicação de multa, quando ficar comprovado que o usufruto do benefício fiscal não pode ocorrer face ao não atendimento das condições estabelecidas.

Com relação ao argumento de que não foram considerados os valores constantes dos DAEs pagos, verifico que pelo confronto do demonstrativo original elaborado pela fiscalização (fl. 13) com o juntado pelo impugnante na defesa (fl. 1020), a diferença apontada se encontra na quarta coluna intitulada “ICMS incentivado pago antecipadamente”. Tomando como exemplo o mês de abril/06, o autuante grafou valor de R\$20.809,46 enquanto o autuado indicou valor de R\$21.993,30. Constatou que o detalhamento do DAE juntado à fl. 15, indica que o valor do principal do ICMS - Programa DESENVOLVE recolhido relativo àquele mês totaliza R\$20.809,46, que acrescido da “correção” de R\$1.183,84 integraliza valor recolhido de R\$21.993,30.

Conforme disposto no art. 3º, §3º do Dec. 8.205/02, sobre cada parcela do ICMS com prazo de pagamento dilatado, incidirão encargos financeiros correspondentes à taxa anual de juros de longo prazo, tomando por base a variação anual do IGP-M, cujas parcelas deverão ser recolhidas até o dia 20 do mês do vencimento.

Portanto, está correto o procedimento adotado pela fiscalização, ao deduzir do valor da parcela incentivada paga antecipadamente, apenas o valor do principal, não devendo ser considerado a “correção” daquele valor como fez o defendant no demonstrativo juntado com a defesa. Infração procedente.

Relativamente à infração 2, a empresa foi acusada de não recolher o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais. Na defesa apresentada o recorrente reconheceu o cometimento da infração, tendo alegado que na apuração do valor exigido não foram consideradas as efetivas bases de cálculo indicada em cada nota fiscal, juntando com a defesa o Anexo II (fl. 1022), no qual indicou como valor correto R\$264.149,15 ao invés de R\$358.137,13.

Na informação fiscal, o autuante reconheceu em parte que não foi observado o valor real da base de cálculo do ICMS constante de todas as notas fiscais, com exceção dos valores indicados nas

notas fiscais de números relativos a bens adquiridos junto a microempresas, o que foi contestado pelo autuado na manifestação sobre a informação fiscal.

Pelo confronto do demonstrativo original (fl. 206), com o demonstrativo juntado com a defesa (fl. 1022) e o refeito pelo autuante na informação fiscal (fl. 1.128), constato que o autuante corrigiu a base de cálculo das operações que tiveram base de cálculo reduzida a exemplo da nota fiscal 3984 (fl. 1023) cujo valor da operação foi de R\$100.000,00 e teve base de cálculo reduzida para R\$73.420,00, procedimento este correto tendo em vista que há previsão regulamentar de que se a operação ou prestação tiver sido tributada com redução da base de cálculo, a apuração do valor a pagar será feita em função do mesmo valor resultante daquela redução (art. 72 do RICMS/BA).

Verifico que a divergência na apuração do imposto resulta dos valores apurados relativos às notas fiscais 1097; 12353; 1783; 897; 3044, referentes a aquisições de bens junto a microempresas, em que no demonstrativo apresentado pelo autuado (fl. 1022) não foi indicado qualquer valor, enquanto o autuante apurou o ICMS aplicando o porcentual da diferença entre a alíquota interna e interestadual sobre o valor das operações. Tomando como exemplo a nota fiscal 1097 (fl. 1024), que consigna mercadoria adquirida em estabelecimento localizado no Estado de São Paulo com valor de R\$5.000,00 que aplicou 10% (17% - 7%), resultando em valor exigido de R\$500,00.

Pelo exposto, assiste razão ao autuante, tendo em vista que o art. 69 do RICMS/BA prevê que para efeito do pagamento da diferença de alíquotas, a base de cálculo é o valor da operação ou prestação na unidade federada de origem, constante no documento fiscal, e o imposto a ser pago será o valor resultante da aplicação, sobre essa base de cálculo, do percentual equivalente à diferença entre a alíquota prevista para as operações ou prestações internas neste Estado e a alíquota interestadual prevista na legislação da unidade da Federação de origem.

Em se tratando de aquisição em Microempresas é previsto no parágrafo único, I, “a” do mesmo dispositivo legal:

Parágrafo único. Para fins de pagamento da diferença de alíquotas, observar-se-á, ainda, o seguinte:

I - é devido o pagamento:

- a) se, no documento fiscal de origem, não houver o destaque do imposto por erro ou omissão, bem como em virtude de não-incidência ou de isenção reconhecidas ou concedidas sem amparo constitucional pela unidade federada de origem, sendo que, para o cálculo da diferença a ser paga, será cotejada a alíquota interna deste Estado com a alíquota prevista na legislação da unidade federada de origem para as operações ou prestações interestaduais;

Assim sendo, acato o demonstrativo refeito pelo autuante acostado à fl. 1128, e considero devido o valor de R\$ 268.243,86 da infração 2. Infração procedente em parte.

Quanto à infração 5, na defesa apresentada o autuado argumentou que o levantamento fiscal continha diversas inconsistências e suscitou a sua nulidade o que foi acatado pelo autuante na informação fiscal prestada.

Analizando os elementos constantes do processo, verifico que conforme demonstrativo juntado com a defesa à fl. 1101, no levantamento quantitativo não foram consideradas as quantidades consignadas nas notas fiscais de retorno de beneficiamento, totalizando 23.717 quilos e também, compra de matérias-primas, totalizando 123.750 quilos, conforme demonstrativo à fl. 1003, bem como foram considerados como devolução de produtos acabados o retorno de mercadorias enviadas para conserto totalizando 3.905,80 quilos, conforme relacionado na defesa à fl. 1004.

Na informação fiscal o autuante admitiu as inconsistências apontadas na defesa, alegando que decorreu da ausência de dados nos arquivos magnéticos apresentados pela empresa, bem como ter sido codificado incorretamente alguns produtos nos arquivos apresentados pela empresa.

Constatou que a fiscalização nos demonstrativos juntados às fls. 278 e 299 apurou omissão de entrada de 99.0418 quilos. Tendo o autuado tomado como base tais demonstrativos e apresentado outro retificado à fl. 1055 no qual admitiu omissão de entrada de 985 quilos, o que não foi contestado pelo autuante. Portanto, não tendo o autuante contestado o demonstrativo apresentado pelo defensor, deve ser admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das

provas (art. 140 do RPAF/BA). Por isso, discordo do posicionamento do autuante em relação ao acatamento da nulidade suscitada, visto que o próprio contribuinte admitiu a omissão de entrada de 985 quilos de matéria-prima, motivo pelo qual acato o demonstrativo elaborado pelo defendant à fl. 1055, aplico o preço médio de R\$4,86 apurado pelo autuante, sobre as quantidades omitidas (fls. 299/300) o que resulta em valor devido de R\$813,80 ($985 \text{ Kg} \times \text{R\$4,86} = \text{R\$4.787,10} \times 17\% = \text{R\$813,80}$). Infração procedente em parte.

No tocante à infração 6, na defesa apresentada o autuado argumentou que a multa aplicada se refere às operações em que há “ausência de escrituração de mercadorias sujeitas à tributação” e que no caso concreto, os bens foram cedidos em comodato e não são tributados.

O autuante contestou dizendo que a multa prevista no art. 915 do RICMS/BA, prevê aplicação do porcentual de 10% do valor comercial do bem, mercadoria ou serviço sujeito a tributação que tenham entrado no estabelecimento ou que por ele tenham sido utilizados sem o devido registro na escrita fiscal e que tendo sido encontrado no estabelecimento autuado e não registrados, cabe a aplicação da multa.

Também, argumentou que bens destinados ao ativo imobilizado da empresa, não podem ser objeto de contrato de comodato, nos termos dos artigos 82, 85 e 579 da Lei 10.406/02 (Código Civil).

Pela análise dos elementos contidos no processo, verifico que conforme documentos juntados pelo autuante às fls. 95 a 197, a fiscalização procedeu a uma contagem física dos bens existentes no estabelecimento autuado, tendo o mesmo apresentado Contrato de Comodato (fls. 95 a 104) firmado com a empresa Artplástico Indústria de Artefatos de Plástico Ltda, que é a real proprietária dos bens.

Verifico que conforme documento juntado à fl. 35 são titulares da empresa Artplástico o Sr. José Carlos de Almeida e Yan Carlos Pereira de Almeida, e da empresa Total Flex, o Sr. José Carlos de Almeida, Yan Carlos Pereira de Almeida e Ivone Pereira de Almeida.

Embora os citados dispositivos do Código Civil, não prevejam contrato de comodato sobre bens fungíveis, na prática ocorre contrato desses bens, sendo que alguns doutrinadores, a exemplo de Maria Helena Diniz (fl. 1150), admitem a possibilidade de efetuar contrato de comodato com bens fungíveis. Logo, a legalidade do contrato de comodato de bens fungíveis é questionável e na situação presente, os bens do ativo imobilizado objeto da autuação foram encontrados sendo utilizados no estabelecimento autuado, e segundo o contrato de comodato apresentado pertenciam à empresa Artplástico, cujos titulares (José Carlos de Almeida e Yan Carlos Pereira de Almeida) são também titulares da empresa autuada Totalflex, entendo que na dúvida, o contrato de comodato firmado entre as citadas empresas deve ser considerado legal.

A acusação contida nesta infração é de que a empresa deu entrada de mercadorias sujeitas à tributação sem o devido registro na escrita fiscal. Conforme apreciado anteriormente, os bens considerados não registrados na Totalflex foram adquiridos pela Artplástico, sendo que o comodante mudou de endereço (Distrito Industrial, Quadra G, Lote 03, s/n, Bairro do Mandacaru, em Jequié-BA) e o comodatário deu início a suas atividades no mesmo local onde funcionava a empresa anteriormente instalada. Os titulares de ambas as empresas são as mesmas pessoas.

Concluo que considerando que o contrato de comodato firmado entre as empresas é legal, não foi trazido ao processo nenhuma prova de que os bens objeto da autuação tenham sido vendidos ou adquiridos, quer seja por meio de documento fiscal ou qualquer forma de pagamento. Assim sendo, embora o estabelecimento autuado tenha a posse dos bens (comodato), não tem a sua propriedade, visto que pertencem a Artplástico, ao contrário do que afirmou o autuante, não ocorreu à tradição dos bens, nem se materializou a hipótese de incidência tributária.

Por sua vez, o art. 42, IX da Lei nº 7.014/96 prevê aplicação de multa de dez por cento do valor comercial do bem, mercadoria ou serviço sujeitos a tributação que tenham entrado no estabelecimento ou que por ele tenham sido utilizados sem o devido registro na escrita fiscal.

Logo considerando que os bens objeto da autuação não foram adquiridos pelo estabelecimento autuado, nesta situação específica considero que não houve entrada de fato dos bens e consequentemente não ocorreu o fato gerador do ICMS. É certo que nesta situação específica, literalmente os bens estavam sendo utilizados no estabelecimento autuado, conforme contagem física procedida pela fiscalização, mas considerando as duas condições, “entrado no estabelecimento ou tenha sido utilizado”, interpreto que não foi preenchida a primeira condição, tendo em vista que o contrato de comodato atesta que os bens não pertenciam ao estabelecimento autuado.

Com relação ao argumento do autuante de que os bens foram adquiridos pela Artplástico no exercício de 2005 e firmado contrato de comodato em 20/12/05 (fl. 98), não pode ser enquadrado como operação com gozo da não incidência tributária por não ter sido objeto de uso por mais de um ano (art. 6º, VIII do RICMS-BA), não pode ser acatado, visto que conforme anteriormente apreciado não houve desincorporação dos bens, constando no Balanço Patrimonial do comodante (Artplástico) e mesmo que tivesse ocorrido, seria objeto de exigência de ICMS daquele estabelecimento e não no destinatário.

Por tudo que foi exposto, entendo que não ficou comprovado que os bens foram desincorporados, visto que as cessões oriundas de comodato não configuram fato gerador do ICMS (art. 6º, XIV, “a” do RICMS/BA), motivo pelo qual considero indevida a exigência fiscal desta infração, visto que não houve infringência à legislação do imposto. Infração não caracterizada.

Relativamente à infração 7, conforme apreciado nas preliminares de nulidade foi aplicada multa de 1% sobre as operações de saídas, em decorrência da constatação de omissão de operações ou prestações informadas em meio magnético, fato não contestado pelo recorrente.

Quanto ao pedido de redução da multa, com base nos princípios da razoabilidade, equidade e proporcionalidade (art. 42, §7º da Lei nº 7.014/96), deixo de acatar, tendo em vista que mesmo que se admita que a infração tenha sido praticada sem dolo, fraude ou simulação, tendo sido constatado diferença entre valores e quantidades informadas nos arquivos magnéticos em relação aos documentos fiscais escriturados, tal procedimento além de dificultar as atividades da fiscalização, como ressaltado pelo autuante, não foi feita a correção dos arquivos no prazo concedido, o que pode ter implicado em falta de recolhimento do imposto, condição estabelecida no citado dispositivo legal. Por isso, a multa deve ser mantida na sua totalidade.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, conforme demonstrativo resumo abaixo, devendo ser homologado os valores já recolhidos.

Inf.	Base de Cálculo	Aliq %	Multa Fixa	Multa %	Valor do Débito	Julgado
1	7.190.166,47	17		100	1.222.328,30	Procedente
2	1.577.905,06	17		60	268.243,86	Procedente em parte
3	1.530,18	17		60	260,13	Procedente
4	31.849,59	17		60	5.414,43	Procedente
5	4.787,06	17		70	813,80	Procedente em parte
6	0,00	10	0,00			Improcedente
7	4.724.491,00	1	47.244,91			Procedente
8	4.799,06	17		60	815,84	Procedente
			47.244,91		1.497.876,36	

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 210365.0020/08-3, lavrado contra **TOTAL FLEX INDÚSTRIA DE EMBALAGENS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.497.876,36**, acrescido das multas de 100% sobre R\$1.222.328,30, 70% sobre R\$813,80 e 60% sobre R\$274.734,26, previstas no art. 42, IV, “j”, III, II, “f” e VII, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além de multa por descumprimento de

obrigação acessória no valor de R\$47.244,91, prevista no art. 42, XIII-A, “f” da citada Lei e dos acréscimos moratórios na forma prevista pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologado os valores já recolhidos.

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, I, “a”, 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/99, com efeitos a partir de 10/10/00.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de fevereiro de 2009.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE/RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – JULGADORA

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR