

PROCESSO - A. I. Nº108580.0011/11-7
RECORRENTE - FLEX PACK INDÚSTRIA DE EMBALAGENS FLEXÍVEIS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF Nº 0074-03/13
ORIGEM - INFAZ INDÚSTRIA
INTERNET - 08/10/2014

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0293-11/14

EMENTA: ICMS. PROGRAMA DESENVOLVE. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. USO INDEVIDO DE INCENTIVO FISCAL. Em diligência ao Conselho Deliberativo do Desenvolve, restou comprovado que as mercadorias autuadas estão abrigadas na Resolução nº 166/2005, demonstrando que o Contribuinte utilizou corretamente o incentivo fiscal que fazia jus. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de Recurso Voluntário, em razão da decisão proferida pela 3ª JJF, constante no Acórdão nº 0074-03/13, que concluiu pela Procedência do Auto de Infração, em face de recolhimento do ICMS efetuado a menos decorrente de uso indevido de incentivo fiscal – dilação de prazo para pagamento de ICMS – relativo às operações próprias, em desacordo com a legislação do DESENVOLVE, modificando as características essenciais da obrigação tributária principal, de modo a reduzir o montante do imposto devido. Período: fevereiro, abril a dezembro de 2007; janeiro de 2008 a outubro de 2009; fevereiro de 2010 a maio de 2011. Valor: R\$299.081,67. Multa: 100%.

Após análise dos argumentos delineados pelo Autuado e pelo fiscal Autuante, a 3ª JJF proferiu a decisão transcrita abaixo (fls. 277/280):

Inicialmente, rejeito a preliminar de nulidade argüida pelo autuado, uma vez que o Auto de Infração preenche todas as formalidades legais, não ensejando em qualquer violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante o levantamento fiscal e documentos acostados aos autos, não se constatando os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99, para determinar a nulidade do presente Auto de Infração.

No mérito, foi exigido ICMS, acrescido da multa de 100%, em razão de recolhimento do imposto efetuado a menos, decorrente de uso indevido de incentivo fiscal relativo ao prazo para pagamento de ICMS correspondente às operações próprias, em desacordo com a legislação do DESENVOLVE, nos meses de fevereiro, abril a dezembro de 2007; janeiro de 2008 a outubro de 2009; fevereiro de 2010 a maio de 2011.

O Programa Desenvolve tem como objetivos, estimular a instalação de novas indústrias, bem como estimular a expansão, reativação ou modernização de empreendimentos industriais, estando previsto no art. 3º do Regulamento do mencionado Programa, que o Conselho Deliberativo do DESENVOLVE poderá conceder dilação de prazo de até 72 meses para o pagamento de até 90% do saldo devedor mensal do ICMS, relativo às operações próprias, gerado em razão dos investimentos constantes dos projetos aprovados pelo Conselho Deliberativo.

Na descrição dos fatos foram informados os motivos que levaram os autuantes a efetuar o levantamento fiscal e apurar o imposto exigido: o contribuinte solicitou o benefício fiscal do DESENVOLVE para fabricação de embalagens plásticas, e jamais produziu tais embalagens. Era para produzir embalagens para seringas descartáveis, mas produziu a parte de papel destas embalagens, nunca adquiriu polietileno de baixa densidade para produzir a parte plástica deste tipo de embalagem.

O autuado não contestou os dados numéricos do levantamento fiscal e alegou nas razões de defesa que o benefício não é eletivo por produto, mas sim a toda a atividade da empresa e que o benefício foi concedido para a atividade desenvolvida na região.

Nas razões defensivas também foi informado que a atividade do estabelecimento autuado consiste na produção de embalagens de diversos tipos, compostas por diversos materiais, e que no momento da autuação seu foco estava maior na produção de embalagens para seringas, as quais, como mencionado pelo fiscal, são compostas em grande parte por um material assemelhado ao papel, sendo este de natureza bastante específica, tendo em vista a necessidade de respeitar diversas características de assepsia, resistência a perfuração, leveza, durabilidade, etc.

Observe que nas cópias das Resoluções correspondentes ao benefício concedido ao defendente (fls. 16 a 22 dos autos) consta expressamente que o contribuinte foi habilitado aos benefícios do Programa DESENVOLVE para produzir embalagens plásticas, prevendo o diferimento do lançamento e do pagamento do ICMS nas aquisições internas de polietileno de baixa densidade, de estabelecimentos industriais enquadrados com CNAE-FISCAL sob o código de atividade nº 2431-7/00.

O incentivo previsto no Programa Desenvolve têm a finalidade de estimular a instalação de novas indústrias e expansão, reativação ou modernização de empreendimentos industriais já instalados, e a exigência do imposto no presente Auto de Infração é decorrente da falta de preenchimento de condição para fruição do benefício fiscal sem que haja o cancelamento, haja vista que, nos períodos seguintes, sendo preenchido o requisito regulamentar, inclusive, em relação ao recolhimento do imposto no prazo, o benefício volta a prevalecer e o contribuinte retoma o gozo do benefício.

Os elementos acostados aos autos pelos autuantes levam à conclusão de que não foram cumpridos os requisitos necessários ao gozo do incentivo fiscal, e o defendente não comprovou ter produzido embalagens plásticas como previsto na concessão do benefício. Neste caso, se não foi satisfeita a condição estabelecida, é devido o imposto, conforme apurado pelos autuantes.

Quanto à multa decorrente da autuação, que foi objeto de contestação pelo autuado, a sua aplicação é consequência da falta de recolhimento espontâneo do imposto, o que resultou na lavratura do presente Auto de Infração, tendo sido indicado corretamente o percentual de 100%, conforme estabelece o art. 42, inciso IV, alínea “j” da Lei 7.014/96.

Vale ressaltar, que esta Junta de Julgamento Fiscal não tem a competência para apreciação de pedido de dispensa ou redução da multa por infração de obrigação principal, haja vista que esta competência é da Câmara Superior deste CONSEF, consoante o art. 159, do RPAF/99.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, considerando que restou comprovado que o autuado utilizou incentivo fiscal para recolhimento do imposto sem o cumprimento das condições previstas no Programa DESENVOLVE.

Inconformado com a Decisão proferida em Primeira Instância, interpõe o Autuado Recurso Voluntário, requerendo a nulidade da Decisão recorrida, ou que no mérito, o Auto de Infração seja julgado improcedente.

Preliminarmente, questiona a multa imputada, tendo em vista que somente poderia ser aplicada nos casos de prática de ato, omissivo ou comissivo, que encerre uma conduta fraudulenta.

Sustenta que a existência de fraude não se presume, depende de prova, de evidência da má-fé do contribuinte.

Diz que no caso em apreço, contudo, não há indícios de que tivesse a Recorrente, consciente ou propositadamente, violado a norma jurídica tributária para obter benefício em proveito próprio, em prejuízo do Erário estadual.

Neste contexto, argui que a fundamentação é indispensável à validade dos atos da administração pública e que neste caso não restou comprovado a motivação que culminou na aplicação da multa de 100%, o que implicaria em nulidade absoluta por falta de motivação.

Passando a enfrentar o mérito, expõe que cabe à Norma nº 14990-3, da ABNT – Associação Brasileira de Normas Técnicas, especificar os requisitos e métodos de ensaio para papel utilizado na fabricação de embalagens de artigos médico-hospitalares.

Com base nessa norma, assevera que o papel destinado à embalagem de seringas de grau cirúrgico deve ser revestido com **laca**, que é o “plástico” mais indicado para a barreira microbiológica.

Assevera que o fato de a empresa não fazer uso de polietileno não quer dizer que não tenha fabricado as embalagens, haja vista que os materiais usados foram empregados na fabricação de

embalagens e em partes de embalagens para seringas.

Alega que o benefício fiscal foi concedido para fabricação de embalagens de seringas, que podem, ou não, fazer uso de material plástico (polietileno de baixa densidade).

Admite que o seu produto não é plástico, mas a embalagem, posto que o plástico é apenas um dos componentes que pode, ou não, ser utilizado na embalagem.

Repisa que o benefício foi concedido para a fabricação de embalagens de seringas, e não para embalagens plásticas.

Com base em seu objeto social, ressalta que a empresa tem por objetivo a industrialização, comercialização e importação de embalagens destinadas a materiais médico-cirúrgicos, restando inimaginável que o seu foco fosse a produção de embalagens plásticas.

Argumenta que o Auto de Infração reconhece que o benefício foi concedido para “produzir embalagens para seringas descartáveis”, mas isso não quer dizer que toda e qualquer embalagem deva ter uma parte de polietileno de baixa densidade, haja vista que não há nada nas normas técnicas sobre as embalagens desse produto que assim determine.

Afirma que o Programa DESENVOLVE não determina como deva ser o modo de produção, transcrevendo o art. 3º, §1º, IV, da Lei nº 7.980/2001, que dispõe sobre a modernização, a incorporação de novos métodos e processos de produção ou inovação tecnológica dos quais resultem aumento significativo da competitividade do produto final e melhoria da relação insumo/produto ou menor impacto ambiental.

Ato contínuo, entende que a decisão viola o princípio da razoabilidade, porque com base na Decisão recorrida a habilitação nos benefícios Programa DESENVOLVE para produzir embalagens plásticas, com o diferimento do lançamento e do pagamento do ICMS somente ocorreria com as aquisições internas de polietileno de baixa densidade, de estabelecimentos industriais, por onde conclui que sem ter Registro de Entrada desse produto, não faria jus ao benefício.

Desta forma questiona se o benefício era em razão da produção das embalagens para seringas ou por força da aquisição de polietileno de baixa densidade?

Assegura que o benefício não foi concedido à empresa fabricante do polietileno, mas à recorrente.

Aventa a hipótese de se o produto (polietileno de baixa densidade) destinado à fabricação das embalagens estivesse em falta ou com preços abusivos? Nesse caso, não caberia à recorrente continuar exercendo a produção das embalagens (ou de partes destas)?

Argumenta que se a beneficiária do incentivo fiscal é a Recorrente, é irrelevante a origem e a natureza dos bens empregados na fabricação das suas mercadorias, desde que produza as embalagens de seringa que se comprometeu em razão da adesão ao Programa DESENVOLVE, terá satisfeito a exigência legal.

Repete que o benefício não foi concedido em razão da compra do polietileno ou do seu emprego na produção das embalagens, mas em decorrência de sua própria atividade fabricação de embalagens para seringas.

Alega que entender o contrário seria estabelecer um benefício às empresas produtoras do polietileno de baixa densidade, quando, na verdade isso não fez parte do projeto da recorrente e nem foi uma condição para a sua habilitação ao benefício fiscal em apreço.

Por fim, argui que ainda que fosse devido o tributo, não se poderia falar na exigibilidade da pena pecuniária imposta à Recorrente, tendo em vista que a multa prevista no art. 42, IV, j, da Lei nº 7.014/1996 apenas é cabível quando evidenciada a fraude, isto é, o fato manifestamente contrário ao direito e eivado de má-fé, o que entende não ter restado provado.

Instada a se pronunciar, a PGE/PROFIS, através de parecer da lavra da procuradora Dra. Maria

Helena de Mendonça Cruz, às fls. 311/314, opina pelo improvimento do Recurso Voluntário, por entender que os argumentos apresentados foram insuficientes para modificar a Decisão recorrida.

Primeiramente diz que não é causa de nulidade a multa aplicada, pois ainda que se modifique a multa, tal fato não induz nulidade da decisão, haja vista que a JJF tratou sobre o tema.

Quanto à análise do mérito, transcreve o art. 1º da Resolução 24/2006 que habilitou a empresa Recorrente aos benefícios do DESENVOLVE, para concluir que a Resolução prevê expressamente que para fruição do benefício a empresa deve produzir embalagens plásticas.

Diz que a Recorrente admite que produz diversos tipos de embalagens, composta por diversos materiais.

Restringe o cerne da controvérsia em interpretar o benefício fiscal concedido, se deve ser aplicado tão somente às embalagens plásticas, não havendo discussão que as embalagens autuadas não são plásticas, ou se estende à produção de todos os tipos e materiais.

Neste diapasão pontua que o art. 111 do CTN prevê que deve ser interpretado de maneira literal a legislação tributária que disponha sobre isenção, exclusão ou suspensão do crédito tributário, concluindo que o benefício fiscal concedido à empresa deve ser dado tratamento restritivo apenas para embalagens plásticas.

Por fim, quanto à multa imposta, considera que a mesma deve ser aplicada apenas para os casos em que haja dolo, caso contrário, poderá ser alterada para a prevista na alínea “f” do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96, caso a CJF assim entenda.

Em assentada de julgamento, esta CJF decidiu por converter os autos em diligência aos Autuantes para intimar a empresa para apresentar cópia do processo que requereu habilitação dos benefícios fiscais ao Conselho Deliberativo do DESENVOLVE, bem como para apresentar um memorial descritivo do processo produtivo, indicando cada etapa do processo, insumos utilizados e produtos produzidos, por fim, em sendo possível, que fosse juntado aos autos amostragem produtos produzidos, ou cópia de fotografias.

Em cumprimento à diligência foram anexados aos autos o requerimento de habilitação do DESENVOLVE; estudo viabilidade econômico financeira da empresa, elaborado pela SKN Projetos econ-financeiros Ltda., bem como cópia das Resoluções nºs 166/2005 e 23/2006.

Intimada para elaborar parecer conclusivo, a PGE/PROFIS, à fl. 373, opina pelo Improvimento do Recurso Voluntário, haja vista que o Recorrente não apresentou memorial descritivo do processo produtivo, nem carrou aos autos, mesmo que por amostragem a juntada dos produtos produzidos.

Em assentada de julgamento, esta CJF decidiu, novamente, por converter os autos em diligência ao presidente do CONSEF para que encaminha-se ofício ao Conselho Deliberativo do DESENVOLVE solicitando esclarecimento se as mercadorias autuadas, P.G.C. P/SERINGA diversas; P/EQUIPO; TUBETES DE PAPELÃO; P/COMP HERICA, estão contempladas no benefício fiscal a que a Empresa faz jus.

Em cumprimento à diligência, às fls. 379/382, foi anexado nota técnica, contendo os esclarecimentos solicitados por esse Conselho sobre a amplitude da Resolução nº 166/2005 do DESENVOLVE, concluindo que as produções de PGC para seringas, equipo, comp herica e tubetes de papelão estão abrangidas na referida Resolução.

Foi anexado, às fls. 473/443, o Protocolo de Intenções acordado entre o Estado da Bahia e a Recorrente.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra o Acórdão nº 0074-03/13, que concluiu pela

Procedência do Auto de Infração epígrafado, em razão do suposto recolhimento do ICMS efetuado a menor, decorrente de uso indevido de incentivo fiscal – dilação de prazo para pagamento de ICMS – relativo às operações próprias, em desacordo com a legislação do DESENVOLVE, modificando as características essenciais da obrigação tributária principal, de modo a reduzir o montante do imposto devido.

Pela análise do quanto trazido aos autos, entendo haver reparo a fazer na Decisão recorrida.

Como dito pela JJF, o Programa DESENVOLVE incentiva a instalação de novos empreendimentos industriais ou agroindustriais e a expansão, reativação ou modernização de empreendimentos industriais ou agroindustriais já instalados, concedendo alguns benefícios, tais como dilação de prazo de 72 meses para o pagamento de 90%, 80% ou 70% do saldo devedor mensal do ICMS; diferimento do ICMS na aquisição de bens destinados ao ativo fixo; diferimento na aquisição interna de insumos.

Neste contexto, a Recorrente apresentou requerimento de habilitação do DESENVOLVE, destinando à ampliação da capacidade da fábrica de 35 para 150 toneladas/ano de PGC em bobina para embalagens.

No estudo viabilidade econômico financeira da empresa, consta que os produtos fabricados pela Recorrente são papel grau cirúrgico em bobina para embalagem; filme coextrusado para embalagem; pouch papel grau cirúrgico com filme laminado.

Assim não há dúvidas que foi requerido o benefício do DESENVOLVE especificadamente para as mercadorias autuadas, apesar da resolução ter habilitado a Recorrente para produzir “embalagens plásticas”.

Objetivando esclarecer se a habilitação ao DESENVOLVE está atrelada ao projeto apresentado pela Recorrente, esta CJF converteu os autos em diligência ao presidente do CONSEF para que encaminhasse ofício ao Conselho Deliberativo do DESENVOLVE solicitando esclarecimento se as mercadorias autuadas, P.G.C. P/SERINGA diversas; P/EQUIPO; TUBETES DE PAPELÃO; P/COMPHERICA, estão contempladas no benefício fiscal a que a Empresa faz jus.

Em cumprimento à diligência, às fls. 379/382, foi anexado nota técnica, contendo os esclarecimentos solicitados por esse Conselho sobre a amplitude da Resolução nº 166/2005 do DESENVOLVE.

O Conselho Deliberativo explicou que o PGC (papel grau cirúrgico) é uma embalagem para esterilização resistente ao estouro, rasgo, corpos estranhos, etc., que deve manter estéril o conteúdo, formando uma barreira contra microrganismos, devido à sua estrutura com entrelaçamento de fibras.

Ressaltou, ainda, que no quadro de produção do projeto apresentado pela empresa para análise consta a produção de PGC em bobina, filme coextrusado e pouch laminado.

Desta forma, concluiu que fica subtendido que as produções de PGC para seringas, equipo, compherica e tubetes de papelão estão abrigadas na referida Resolução.

No mesmo sentido, o Protocolo de Intenções acordado entre o Estado da Bahia e a Recorrente, dispõe em sua cláusula segunda, o seguinte compromisso da empresa:

“Para consecução dos objetivos deste Protocolo, compromete-se a empresa a:

a) Realizar a instalação, no município de Salvador, neste Estado da Bahia, de unidade industrial para produção de pouches papel grau cirúrgico com filme laminado, papel grau cirúrgico em bobinas e filmes coextrusados, com investimentos estimados de R\$1.300.000,00 (um milhão e trezentos mil reais), faturamento estimado de R\$12.100.000,00 (doze milhões e cem mil reais) por ano e capacidade de produção de 1.260 toneladas/ano;”

Ante ao exposto, verifico que o incentivo fiscal do DESENVOLVE, foi utilizado corretamente, haja vista que as mercadorias autuadas estão abrigadas na Resolução nº 166/2005.

Desta forma, entendo assistir razão à Recorrente, razão pela qual voto pelo PROVIMENTO do

Recurso Voluntário, para julgar IMPROCEDENTE o Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **108580.0011/11-7**, lavrado contra **FLEX PACK INDÚSTRIA DE EMBALAGENS FLEXÍVEIS LTDA.**

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de setembro de 2014.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

RAISA CATARINA OLIVEIRA ALVES FERNANDES – RELATORA

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS