

A. I. Nº - 284119.0009/13-5
AUTUADO - JQC VIDROS LTDA.
AUTUANTE - JURACI LEITE NEVES JUNIOR
ORIGEM - INFRAZ FEIRA DE SANTANA
INTERNET - 18.03.2015

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0031-04/15

EMENTA: ICMS. 1. BENEFÍCIO FISCAL CONDICIONADO. PROGRAMA DESENVOLVE. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS PARA O ATIVO FIXO. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. Os bens adquiridos pelo autuado, usufruindo dos benefícios fiscais concedidos pelo DESENVOLVE, não foram empregados no projeto de ampliação da planta industrial da empresa estabelecida no Estado da Bahia. Apesar de integrarem o Ativo Fixo do estabelecimento do adquirente neste Estado, foram transferidos, após as aquisições, para o Estado de Sergipe, mediante contrato de comodato, sem prazo de devolução dos equipamentos, firmado pelo mesmo sócio titular de ambas as empresas situadas nos Estados mencionados. Violação ao estabelecido pelo Art. 1º da Resolução nº 033/2007, bem como o previsto pelo Art. 1º do Dec. 8.205/02. Multa aplicada possui previsão legal. Não se inclui na competência dos órgãos julgadores a declaração de inconstitucionalidade. Acusação subsistente. **2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO NA ESCRITA FISCAL. MERCADORIAS SUJEITAS A TRIBUTAÇÃO.** Multa por descumprimento de obrigação acessória no valor correspondente a 10% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. **3. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. 4. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. SUJEITO PASSIVO POR SUBSTITUIÇÃO. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOS. 5. DOCUMENTO DE INFORMAÇÕES ECONÔMICO FISCAIS. DECLARAÇÃO MENSAL DE APURAÇÃO DO PROGRAMA DESENVOLVE (DPD). DECLARAÇÃO INCORRETA DE DADOS. MULTA.** Infrações 2 a 5 não impugnadas. Itens reconhecidos e mantidos. Auto de Infração **PROCEDENTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em referência foi lavrado objetivando reclamar crédito tributário no montante histórico de R\$167.887,63, em decorrência das infrações abaixo discriminadas:

***Infração 1** - 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. Imposto lançado R\$149.000,00. Enquadramento legal: Arts. 1º, § 2º, incisos I e V, 5º, inciso I, 36, inciso XIV, 69, 72, 111, inciso III, alínea "a", 124, inciso I e 131, todos do RICMS/BA aprovado pelo Decreto nº 6.284/97. Multa de 60% prevista pelo Art. 42, inciso II, alínea "f" da Lei nº 7.014/96.*

Consta na descrição dos fatos as seguintes informações produzidas pelo autuante em relação ao item acima:

"Conforme resolução nº 03/207 publicada no Diário Oficial de 02/11/2007 a empresa JQC VIDROS LTDA (CNPJ 04.83.309/001-13), localizada no município de Feira de Santana foi habilitada a usufruir aos benefícios do Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia - DESENVOLVE.

Segundo a referida resolução, a habilitação ao DESENVOLVE teve como objetivo o projeto de ampliação da JQC VIDROS LTDA, localizado no Município de Feira de Santana/Ba para produção de box para banheiros, portas e janelas de vidro, basculantes, pivotantes, fachadas e vidros temperados.

O autuado, consoante demonstrativo anexo, adquiriu equipamentos sem pagamento do diferencial de Alíquotas utilizando-se dos benefícios do DESENVOLVE.

Ocorre que, os equipamentos adquiridos não foram utilizados para o projeto de ampliação da unidade situada em Feira de Santana e sim foram enviados para o Estado de Sergipe, diga-se, outra unidade da federação onde o autuado mantém uma unidade fabril.

Assim, face a flagrante violação da resolução 03/2007, foi cobrado, através deste auto de infração, o Diferencial de Alíquotas, que deixou de ser recolhido quando da entrada destes equipamentos no estado da Bahia." (sic).

Infração 2 - Deu entrada no estabelecimento de mercadoria (s) sujeita(s) a tributação sem o devido registro na escrita fiscal. Multa no valor de R\$15.175,07. Enquadramento legal: Arts. 217 e 247 do RICMS/BA, aprovado pelo Dec. nº 13.780/2012. Multa de 10% do valor comercial das mercadorias não registradas, prevista no Art. 42, IX da Lei nº 7.014/96.

Infração 3 - Recolheu a menor o ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização. Valor lançado: R\$3.182,35. Multa de 60% prevista pelo Art. 42, inciso II, alínea "d" da Lei nº 7.014/96.

Infração 4 - Efetuou o recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação e/ou do exterior. Enquadramento legal: Art. 8º, inciso II e § 3º, e 23 da Lei nº 7.014/96, c/c art. 289 do RICMS/BA/2012. Multa de 60% prevista pelo Art. 42, inciso II, alínea "d" da Lei nº 7.014/96

Infração 5 - Declarou incorretamente dados nas Informações Econômico-Fiscais apresentadas por meio de arquivo eletrônico "DPD" - Declaração Mensal de Apuração do Programa Desenvolve. Multa no valor de R\$460,00, por infração ao art. 5º do Decreto nº 8.205/02 c/c Portaria 207/2009 do Est. da Bahia. Previsão art. 42, inciso XXII da Lei nº 7.014/96.

As infrações acima relacionadas foram apuradas em conformidade com os demonstrativos de fls. 12 a 19 destes autos, cujas cópias foram entregues, mediante recibo, ao autuado.

Devidamente cientificado, o autuado ingressou com as Razões de Defesa, fls. 20 a 55, onde, inicialmente, declara reconhecer como devidas as infrações 02, 03, 04 e 05, e diz que "anexo documento referente aos créditos fiscais recebidos para o pagamento imputado nos itens reconhecidos deste Auto de Infração - Doc. 2, fl. 40", o qual, a rigor, trata de um requerimento dirigido ao Inspetor da INFAZ em Feira de Santana, solicitando "autorização para transferência do crédito fiscal na forma prevista no RICMS, aprovado pelo Decreto 13.780/12, no valor de R\$24.540,00(...)" protocolado sob nº 201443/2014-8 pela empresa Granphos Fertilizantes Ltda.

Em seguida passa à impugnação do mérito em relação à infração 1, que acusa falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao Ativo Fixo do próprio estabelecimento. Sustenta "que não se trata de ato de mercancia – operação de circulação de mercadorias -, na verdade, refere-se a um contrato de empréstimo firmado entre a Autuada e a empresa JQC Indústria de Vidros Ltda. denominado Comodato, contrato anexo (Doc. 02)".

Diz que o "ajuste entre as partes teve por objeto a entrega de um Equipamento para lapidação de vidro para ser utilizado e posteriormente restituído. Trata-se de um empréstimo gratuito denominado Comodato", acrescentando que essa operação "tem por objeto o empréstimo de coisas/bens não fungíveis, perfaz-se com a tradição do bem, sendo que é o comodante que sede a coisa e o comodatário que recebe a coisa, nos casos do Comodato se transfere apenas a posse do bem, não se transmite a titularidade dos mesmos."(sic). Cita o Art. 579 do Código Civil para afirmar que o comodato é espécie do gênero empréstimo ali previsto.

Passa a tecer comentários sobre os elementos peculiares do contrato de Comodato, pontuando "que este é um negócio jurídico gratuito, ou seja, sem contraprestação por parte do Comodatário, isso porque, caso fosse oneroso iria ser confundido com a locação de bens. A

coisa emprestada deve ser infungível vez que não pode ser substituída por outras do mesmo gênero, qualidade e quantidade o que implica na restituição da mesma coisa recebida ao término do contrato, faz-se necessária também a tradição – entrega da coisa o que o torna um contrato real".

Pontua, também, *"que o prazo do contrato de comodato pode ser determinado ou indeterminado. Se indeterminado, presume-se que o prazo seja o necessário ao uso da coisa, do contrário, se determinado for, o prazo deve ser respeitado por ambas as partes, sob pena de multa contratual".*

Com estes argumentos considera ultrapassadas as questões conceituais, as quais entende que são essenciais para descaracterizar a infração 01, porque não houve desincorporação dos bens do seu ativo permanente, igualmente não ocorreu a mudança de titularidade dos equipamentos, uma vez que estes ainda continuam sob sua propriedade, sendo cedida à Comodatária apenas os direitos de uso e gozo sob os mesmos, conforme contrato (doc.02).

Visando reforçar seus argumentos, cita e transcreve jurisprudência pátria, para concluir que no caso em apreço não ocorreu a operação de circulação de mercadorias, fato gerador do ICMS, e que apenas firmou um contrato de Comodato com único fim de transferir à Comodatária o direito de uso e gozo dos bens, sendo os equipamentos devolvidos quando lhe for solicitado pela Comodante, conforme Cláusula 4ª do contrato.

Menciona que o RICMS/97 traz a previsão da não incidência do ICMS no caso de saídas de bens em decorrência de contrato de comodato, transcrevendo o Art. 6º, inciso XIV do RICMS/BA, e, com o escopo de dirimir quaisquer dúvidas que pairam sobre a questão ora debatida, considerada que é substancial citar a Súmula 573 do STF, a qual transcreveu.

Reporta-se, em seguida, a Resolução nº 033/2007, posteriormente ratificada pelas Resoluções nº 92/2010, 190/2011, que lhe habilitou ao Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – DESENVOLVE, para produzir box para banheiros, portas e janelas de vidro, basculantes, pivotantes, etc, sendo-lhe concedido alguns benefícios, docs. fls. 50 a 53, enquanto que o inciso I (Art. 1º) da Resolução traz o seguinte:

I – diferimento do lançamento e do pagamento do ICMS, nas importações e nas aquisições neste Estado e em outra unidade da Federação, relativamente ao diferencial de alíquotas, de bens destinados ao ativo fixo, **para o momento em que ocorrer sua desincorporação;**

Diante disto, sustenta que, no caso em apreço, *"não ocorreu a desincorporação do equipamento do ativo fixo vez que o contrato de comodato, por sua natureza jurídica de empréstimo, não oneroso, e de coisa não fungível, afasta a tributação, porquanto a coisa **não saiu do âmbito patrimonial do proprietário, que continua com a posse indireta. Não há a desincorporação do bem do ativo permanente do comodante, pois sequer é transferido seu domínio ao Comodatário.** Tal entendimento está pacificado no STF, consoante Súmula 573, já descrita".*

Pontua, em seguida, que a *"desincorporação de ativo fixo é considerada como a retirada de algum bem do patrimônio da empresa. O contrato de comodato entre empresas não retirou o bem dos registros da contabilidade da Comandante, eis que inexistiu alienação. Nesse contexto, não sendo atividade da empresa a venda de bens, o simples empréstimo a título gratuito de imobilizado não caracteriza uma operação de circulação, por isso, não há fato gerador do ICMS na espécie".*

Diante destes argumentos, pugna pela declaração da insubsistência da infração 1 *"por se tratar de contrato de Comodato e não de operação de circulação de mercadorias, ou mesmo desincorporação do bem do seu ativo imobilizado".*

Passa a contestar a multa aplicada, ao argumento de que possui caráter confiscatório, com afronta as garantias constitucionais, e que é facultado ao julgador, diante do fato concreto, o

poder de reduzir a multa excessiva aplicada pelo Fisco. Transcreve jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no tocante *"a reconhecer a auto aplicabilidade do princípio da vedação do confisco em se tratando de aplicação de multa moratória fiscal"*, bem como, por igual, transcreve lição de eminente mestre do direito, concluindo que *"É nítido o caráter confiscatório da presente multa, ficando latente a inconstitucionalidade de tal exigência, por afronta direta ao artigo 150, inc. IV da Constituição Federal"*.

Em conclusão requer: **a)** Seja anulada a infração 01 com base nos fundamentos apresentados nas razões meritórias por inexistir desincorporação dos bens; **b)** cancelamento da multa em face do seu caráter confiscatório e **c)** a produção de todos os meios de provas em direito admitidas, mormente das documentais ora juntadas.

O autuante presta informação fiscal, fls. 58 a 62, onde inicialmente destaca o reconhecimento pelo autuado das infrações 2 a 5, e que este anexou aos autos cópia de processo administrativo de nº 201443/2014-8 que ora tramita na Infaz Feira de Santana tendo como objeto a transferência de créditos para quitação das infrações acima. Mantém a procedência destes itens.

Esclarece, em seguida, em relação à infração 1 que refere-se a falta de recolhimento da diferença de alíquotas nas aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao Ativo Fixo do próprio estabelecimento, citando que:

- Conforme Resolução nº 03/2007 publicada no Diário Oficial de 02/11/2007 a empresa JQC VIDROS LTDA (CNPJ 04.83.309/001-13), localizada no município de Feira de Santana, foi habilitada a usufruir os benefícios do Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia - DESENVOLVE.

- Segundo a citada Resolução, a habilitação ao DESENVOLVE teve como objetivo o projeto de ampliação da JQC VIDROS LTDA, localizado no Município de Feira de Santana/BA para produção de box para banheiros, portas e janelas de vidro, basculantes, pivorantes, fachadas de vidros e vidros temperados.

- O autuado, consoante demonstrativo anexo, adquiriu equipamentos sem pagamento da diferença de alíquotas, utilizando-se dos benefícios do DESENVOLVE.

- Ocorre que os equipamentos adquiridos não foram utilizados para o projeto de ampliação da unidade situada em Feira de Santana CNPJ (04.833.309/0001-13) e, sim, foram enviados para o Estado de Sergipe, diga-se, outra unidade da federação, onde o autuado mantém uma unidade fabril CNPJ (11.738.409/0001-26).

- Assim, em face da flagrante violação da Resolução 03/2007, foi cobrado, através deste auto de infração, a diferença de alíquotas, que deixou de ser recolhido quando da entrada destes equipamentos no Estado da Bahia.

Após transcrever as alegações do autuado passa a esposar seu entendimento a respeito da questão, *verbis*:

"O Programa DESENVOLVE – Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica foi instituído pela Lei Estadual nº 7.980, de 12.12.2001, e regulamentado pelo Decreto nº 8.205, de 3.4.2002, incentiva a instalação, reativação, modernização ou expansão de empreendimentos no Estado da Bahia.

Assim, o Estado da Bahia concedeu a estabelecimentos industriais uma série de incentivos financeiros e fiscais, entre os quais a dilação de prazo de até 72 meses para pagamento de até 90% do saldo devedor mensal de ICMS.

No caso em apreço, a resolução nº 033/2007 que habilitou o contribuinte a utilizar os benefícios do DESENVOLVE, previa, como favor fiscal, a postergação em 72 (setenta e dois) meses para pagamento do saldo devedor do ICMS, relativo a operações próprias, gerado em razão dos investimentos previstos no projeto aprovado.

Ressalte-se que os benefícios fiscais concedidos a cada contribuinte integrante do programa DESENVOLVE são concedidos de forma condicional face dos investimentos previstos no projeto aprovado (frisamos).

Por sua vez, o art. 38 da Lei nº 7.014/96, estabelece 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.

“Portanto, o benefício fiscal do Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – DESENVOLVE é concedido em caráter individual e sob determinadas condições estipuladas pelo Conselho Deliberativo do DESENVOLVE, consignadas na Resolução, as quais o agente público, através do controle administrativo, aprecia o cumprimento dos requisitos básicos estipulados para fruição do benefício fiscal, cujo benefício concedido é utilizado como meio de se conseguir determinado objetivo socialmente desejado e constitucionalmente protegido, com vistas a proporcionar o desenvolvimento econômico e o bem estar social.” (ACÓRDÃO JJF Nº 0063-02/14)” (grifo nosso)

Assim, no vertente caso, o foco da discussão não é o título jurídico da forma que fora feita a saída do ativo do estabelecimento industrial baiano para o estabelecimento industrial sergipano. Irrelevante trata-se de foi por contrato de comodato, ademais, indo mais além, se houve ou não desincorporação contábil do bem do ativo da empresa.

Foca-se a discussão no não atendimento as cláusulas convencionadas na resolução nº 033/2007 firmadas entre o contribuinte e o estado da Bahia no qual prevê que a utilização do favor fiscal de postergação do diferimento bem como outros benefícios, dar-se-ão face ao projeto de ampliação/modernização da fábrica localizada no Estado da Bahia, cidade de Feira de Santana (CNPJ nº 04.833.309/0001-13).

Nesse raciocínio, o contribuinte, conforme planilha anexo aos autos às fls. 12, adquiriu 05 (cinco) equipamentos nos meses: 05/2010, 11/2010, 04/2011 e 04/2011 no valor total de R\$1.490.000,00 (hum milhão, quatrocentos e noventa mil reais) e concomitante os enviou para o Estado de Sergipe (CNPJ: 11.738.409/0001-26), onde, segundo dados obtidos junto a Receita Federal, iniciou atividades industrial em 15/03/2010.

Frise-se que a aquisição do primeiro equipamentos ocorreu no segundo mês de criação da unidade sergipana.

Assim, ao invés de ampliar a unidade fabril no estado da Bahia ao adquirir novos equipamentos, o contribuinte optou por montar uma nova unidade no Estado de Sergipe. Por consequência a Bahia assumiu o ônus financeiro enquanto que o estado de Sergipe o bônus de poder contar como uma nova indústria em seu território.

Forçoso concluir que, de forma dolosa, o contribuinte beneficiou-se do favor fiscal do DESENVOLVE para adquirir equipamentos em outra unidade da federação e os enviar para estado diverso da Bahia.

Evidentemente o mesmo, para não violar o disposto na resolução 033/2007 no que se refere ao instituto da “desincorporação do ativo”, utilizou-se de um pseudo contrato de comodato, diga-se, assinado pelo mesmo sócio, tanto na Bahia quanto em Sergipe, no sentido de dar legalidade a não tributação do ICMS.

Assim, independente do título jurídico que ampara a saída contábil do bem da unidade em Feira de Santana/Ba, o fato de que, esta unidade fabril não dispor daqueles equipamentos, por um lapso temporal de 02 (dois) anos conforme o art. 2º 6º do decreto 8.205/2002, constitui violação aos termos da resolução 033/2007 pois a empresa não cumpriu os requisitos básicos estipulados para fruição do benefício fiscal.

Posto isso, o decreto 8.205/2002 que aprova o regulamento do DESENVOLVE, em seu artigo 2º, § 6º acima citado, impõe a cobrança do diferencial de alíquotas ora não recolhido quando no ingresso destes bens na empresa.

Assim o § 2º do art 2º deste mesmo Regulamento rege:

“Aplica-se ao diferimento de que trata este Decreto as regras previstas no Regulamento do ICMS que com ele não conflitem.”

Face ao exposto, mantemos a infração nos moldes da inicial”.

Quanto à multa aplicada salienta que a penalidade de 60% sobre o valor do imposto exigido é a prevista no art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96, para a hipótese legal materializada através do fato apurado, cuja inconstitucionalidade da aludida lei falece competência a Corte Administrativa (CONSEF), nos termos do art. 167, I, do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Conclui mantendo a autuação na íntegra e pugna pela Procedência do Auto de Infração.

VOTO

Das cinco infrações que integram o lançamento de ofício sob análise, as que estão indicadas nos itens 2 (dois) a 5 (cinco) do presente Auto de Infração foram expressamente reconhecidas em suas Razões de Defesa como devidas pelo autuado. Para confirmar o reconhecimento destas infrações, o autuado juntou aos autos cópia de requerimento protocolado em 23/10/2014, sob nº

201443/2014-8, fl. 40, pela empresa GRANPHOS FERTILIZANTES LTDA., dirigido ao Inspetor Fazendário em Feira de Santana, solicitando “*autorização para transferência do crédito fiscal na forma prevista pelo RICMS, aprovado pelo Decreto nº 11.780/12 e legislação, no valor de R\$24.540,00...*” tendo como beneficiário a autuada. Tal requerimento ainda se encontra pendente de deferimento pela repartição fazendária. Diante de tais circunstâncias, ficam mantidas as mencionadas infrações. Itens subsistentes.

O item que remanesce em discussão, portanto, se refere à infração 1 que trata da falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de bens oriundos de outras unidades da Federação e destinados ao Ativo Fixo do próprio estabelecimento. Imposto lançado R\$149.000,00.

Conforme se verifica a acusação trata de falta de pagamento do imposto estadual a título de diferença de alíquota em **operações de entradas interestaduais** por empresa beneficiada com os incentivos fiscais instituídos pelo Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia - DESENVOLVE. Portanto, não está sendo exigido imposto decorrente de operação de comodato e nem a título de desincorporação de bem do Ativo Fixo, situações estas que apesar de longamente levantadas pela Defesa não se configuram nestes autos. Assim, todos os argumentos trazidos pela defesa, inclusive citações de jurisprudências, não se aplicam ao caso vertente. A discussão se resume na análise de que, em sendo a autuada usuária de um programa de benefício fiscal concedido pelo Estado da Bahia poderia agir da forma consignada nos autos.

A Lei estadual nº 7.980 de 12 de dezembro de 2001, bem como o Decreto nº 8.205 de 03/04/2002, que a regulamentou, definem de forma clara, os objetivos estabelecidos pelo PROGRAMA DE DESENVOLVIMENTO INDUSTRIAL E DE INTEGRAÇÃO ECONÔMICA DO ESTADO DA BAHIA – DESENVOLVE. Assim é que, tal como na Lei, o referido decreto, em seu Art, 1º, define:

Art. 1º 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 por objetivos de longo prazo complementar e diversificar a matriz industrial e agroindustrial do Estado**, mediante diretrizes que tenham como foco: (grifo não original)

- I** - o fomento à instalação de novos empreendimentos industriais ou agro-industriais e à expansão, reativação ou modernização de empreendimentos industriais ou agro-industriais já instalados;
- II** - a desconcentração espacial dos adensamentos industriais e formação de adensamentos industriais nas regiões com menor desenvolvimento econômico e social;
- III** - a integração e a verticalização das cadeias produtivas essenciais ao desenvolvimento econômico e social e à geração de emprego e renda no Estado;
- IV** - o desenvolvimento tecnológico dos processos produtivos e assimilação de novas tecnologias;
- V** - a interação da empresa com a comunidade em que pretenda atuar;
- VI** - a geração de novos produtos ou processos e redução de custos de produtos ou processos já existentes;
- VII** - prevenção dos impactos ambientais dos projetos e o relacionamento da empresa com o ambiente.

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

- I** - novo empreendimento, a implantação de projeto que não resulte de transferência de ativos de outro estabelecimento da mesma empresa ou de terceiros, oriundos da Região Nordeste;
- II** - expansão, o aumento projetado, resultante de investimentos permanentes, de, no mínimo, 35% (trinta e cinco por cento) na produção física anual em relação à produção obtida nos 12 meses anteriores ao pedido;
- III** - reativação, a retomada de produção de estabelecimento industrial cujas atividades estejam paralisadas há mais de 12 meses;
- IV** - modernização, a incorporação de novos métodos e processos de produção ou inovação tecnológica que resulte, cumulativa ou alternativamente, em:
 - a)** aumento significativo da competitividade do produto final;
 - b)** melhoria da relação insumo/produto;

c) menor impacto ambiental.

§ 2º Considera-se, também, expansão, o aumento da transformação industrial que implique em acréscimo no valor real da produção total do empreendimento ou que objetive ganhos de escala, elevação da competitividade ou conquista de novos mercados.

Já o Art. 2º, do mesmo decreto, que trata dos incentivos e das regras para o diferimento do imposto, estatui:

Art. 2º Ficam diferidos o lançamento e o pagamento do ICMS relativo:

I - às aquisições de bens destinados ao ativo fixo, efetuadas por contribuintes habilitados mediante resolução do Conselho Deliberativo do DESENVOLVE, para o momento de sua desincorporação, nas seguintes hipóteses:

(...)

c) nas aquisições de bens em outra unidade da Federação, relativamente ao diferencial de alíquotas;

(...)

§ 1º Os contribuintes destinatários das mercadorias cujas operações estejam sujeitas ao regime de diferimento do imposto deverão providenciar junto a Secretaria da Fazenda habilitação específica para operar com o referido regime.

§ 2º Aplica-se ao diferimento de que trata este Decreto as regras previstas no Regulamento do ICMS que com ele não conflitarem.

Pois bem. À luz do quanto estabelecido pela Lei nº 7.980/01 e pelo Decreto nº 8.205/02, o Conselho Deliberativo do DESENVOLVE, no uso de suas atribuições, através da Resolução nº 033 de 21 de outubro de 2007, fls. 50 e 51, **habilitou** a empresa autuada, JQC Vidros Ltda., CNPJ nº 04.833.309/0001-13, **no projeto de ampliação do seu estabelecimento industrial localizado no município de Feira de Santana, neste Estado da Bahia**, para produzir box para banheiros, portas e janelas de vidro, basculantes, pivorantes, fachadas de vidros e vidros temperados, sendo-lhe, para tanto, **concedido o benefício** do diferimento do lançamento e do pagamento do ICMS relativamente ao diferencial de alíquota nas aquisições em outras unidades da Federação de bens destinados ao Ativo Fixo, para o momento em que ocorrer sua desincorporação.

Desta maneira, o foco da discussão está centrado no fato do não atendimento pelo autuado do quanto acima estabelecido pela Resolução 033/2007 do Conselho Deliberativo do DESENVOLVE, na qual está previsto, de forma clara, que a utilização do favor fiscal do diferimento bem como outros benefícios, dar-se-ão em face do projeto de ampliação da fábrica localizada no Estado da Bahia, cidade de Feira de Santana (CNPJ nº 04.833.309/0001-13).

Ao revés, o Fisco constatou que o autuado adquiriu 05 (cinco) equipamentos nos meses: 05/2010, 11/2010, 04/2011 e 04/2011 no valor total de R\$1.490.000,00 **e concomitante os enviou para o Estado de Sergipe** (CNPJ: 11.738.409/0001-26), através das Notas Fiscais de fls. 41 a 43, a título de comodato, onde, segundo informado pelo autuante, iniciou atividades industriais em 15/03/2010.

Diante deste fato o que se verifica é que o autuado, realmente, ao invés de utilizar tais equipamentos para ampliar a unidade fabril no Estado da Bahia, conforme estabelecido pela Resolução 033/2007, ao adquiri-los, usufruindo dos benefícios fiscais que lhe foram concedidos por este Estado através do Programa DESENVOLVE, optou por montar uma nova unidade no Estado de Sergipe, para onde transferiu esses bens adquiridos com utilização de benefícios fiscais concedidos pelo Estado da Bahia. Em consequência, conforme bem frisou o autuante, “a Bahia assumiu o ônus financeiro enquanto que o estado de Sergipe o bônus de poder contar como uma nova indústria em seu território”.

Importante observar que na tentativa de não violar a Resolução 033/2007 do Conselho Deliberativo do DESENVOLVE, em especial o inciso I, do Art. 1º, que trata do diferimento para pagamento do imposto a título de diferença de alíquota pelas aquisições interestaduais de bens destinados ao seu Ativo Fixo, o autuado se valeu de um contrato de comodato, firmado pelo mesmo sócio, (empresas da Bahia e Sergipe), Sr. Juracy Queiroz Cerqueira, fls. 44 a 48, no qual

sequer consta o prazo para devolução dos equipamentos, significando que, na prática, os equipamentos apesar de, sob o ponto de vista contábil, continuarem incorporados ao Ativo Fixo do estabelecimento industrial situado em Feira de Santana, na Bahia, estes fisicamente estão instalados no estabelecimento localizado na cidade de Nossa Senhora do Socorro, Estado de Sergipe, o que viola o quanto estabelecido pelo Art. 1º da Resolução nº 033/2007, já que não foram empregados no projeto de ampliação do estabelecimento situado no município de Feira de Santana/BA, situação esta que afronta o quanto previsto pelo Art. 1º do Dec. 8.205/02, acima já transcrito.

Como visto, a discussão se concentra no não atendimento pelo autuado de cláusulas convencionadas na Resolução nº 033/2007 firmadas entre o autuado e o Estado da Bahia, e “*não no título jurídico que ampara a saída contábil do bem da unidade em Feira de Santana/Ba*”, logo, ao meu ver, os argumentos de que se trata de operações a título de comodato e de que não houve a desincorporação dos bens do Ativo Imobilizado não são suficientes para descaracterizar a acusação fiscal.

Por fim, considerando que o autuado não cumpriu com o disposto pelo Art. 1º da Resolução 033/2007 do Conselho Deliberativo do DESENVOLVE, que trata de um benefício claramente condicionado, se aplica o previsto pelo Art. 38 da Lei nº 7.014/96:

Art. 38. 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.

No que tange a multa aplicada esta tem previsão legal e está respaldada pelo Art. 42 da Lei nº 7.014/96 e é a corretamente prevista para a situação sob análise, não se configurando nos autos hipótese para sua redução, o que, aliás, foge da competência desta instância julgadora. Convém ainda ressaltar, que não compete aos órgãos julgadores a declaração de inconstitucionalidade (Art. 167, inciso I do RPAF/BA).

Em conclusão, voto pela Procedência integral do Auto de Infração em lide.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **284119.0009/13-5** lavrado contra **JQC VIDROS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$152.252,56**, acrescido das multas de 60% previstas pelo Art. 42, incisos II, alíneas “d” e “f” da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações acessórias no total de **R\$15.635,07** previstas nos incisos IX e XXII do citado dispositivo legal e dos acréscimos moratórios estabelecidos pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, em 10 de março de 2015.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE / RELATOR

MÔNICA MARIA ROTERS – JULGADORA

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - JULGADOR