

PROCESSO - A. I. Nº 269358.3008/16-9
RECORRENTE - MOTECH DO BRASIL LTDA (ENGEFLEX BAHIA INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 2ª JJF nº 0015-02/18
ORIGEM - IFEP SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 14/10/2019

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0268-12/19

EMENTA: ICMS. PROGRAMA DESENVOLVE. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. USO INDEVIDO DE INCENTIVO FISCAL. Restou comprovado que o Autuado utilizou benefício fiscal de dilação do prazo para recolhimento do imposto decorrente de operações com produtos não industrializados no estabelecimento. Infração não elidida. Reduzido o valor da multa em razão da falta de evidência de fraude. Rejeitado o pedido de realização de diligência. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão que julgou pela Procedência do Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 14/12/2016, para exigir crédito tributário em função da seguinte irregularidade:

Infração 01 - 03.08.05 - Recolheu a menor o ICMS em razão de uso indevido de incentivo fiscal - dilação de prazo para pagamento de ICMS - relativo às operações próprias, em desacordo com a legislação do DESENVOLVE, modificando as características essenciais da obrigação tributária principal, de modo a reduzir o montante do imposto devido, evitando, assim o seu pagamento, nos meses de fevereiro a dezembro de 2014, sendo exigido ICMS no valor de R\$379.658,04, acrescido da multa de 100%, prevista no Art. 42, IV, "j", da Lei nº 7.014/96.

Consta que o estabelecimento adquiriu produtos fabricados por outro estabelecimento industrial, sediado em outra UF, incluindo as operações de saída dos mesmos produtos no cálculo do DESENVOLVE, reduzindo indevidamente o valor do ICMS devido sem o incentivo.

A 2ª JJF decidiu pela Procedência do Auto de Infração, por unanimidade, mediante o Acórdão nº 0015-02/18 (fls. 313 a 320), com base no voto do Relator, a seguir transcrito:

"Observo que o autuante na lavratura do Auto de Infração obedeceu ao disposto no artigo 39, do RPAF/99, eis que, contém todos os elementos esclarecedores da acusação fiscal, tais como a descrição do fato, o enquadramento legal, os valores de cada período, a multa aplicada, além do Anexo do demonstrativo de débito, no qual, consta a tabela de redução de multa, tabela de correção dos acréscimos legais. Estando comprovado nos autos que o defendente recebeu cópia do auto de infração e de todos os demonstrativos, levantamentos e documentos integrantes do Auto de Infração, sendo insustentável a alegação de cerceamento de defesa.

Cabe destacar que o autuante, mediante Ordem de Serviço, possuía competência para analisar o cumprimento do "protocolo de intenções", uma vez que, conforme art. 107 do Código Tributário do Estado da Bahia, Lei 9.837/05, e art. 42 do RPAF-BA, os Auditores Fiscais têm competência para realizar o procedimento fiscal. Por seu turno, compete ao Conselho Deliberativo do DESENVOLVE 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, conforme definido no art. 7º da Res. 03/2007.

O Auto de Infração foi lavrado em decorrência da ação fiscal realizada no estabelecimento autuado, no exercício de sua competência privativa, procederam ao exame dos créditos e débitos fiscais do ICMS apropriados mensalmente pelo autuado e a conseqüente repercussão no recolhimento do ICMS devido. Foram cumpridos roteiros de auditoria e após os citados exames, verificou-se que o defendente incorreu na infração apontada, o que ficou comprovado pelo levantamento fiscal.

Assim, inexistiu qualquer conflito entre a ação fiscal e as atribuições do Conselho Deliberativo do DESENVOLVE, pois, uma vez concedido benefícios fiscais mediante edição de resoluções, para empresas integrantes dos programas instituídos, cabe à fiscalização verificar os procedimentos adotados pelos contribuintes em cumprimento das normas contidas na legislação tributária e caso a fiscalização constatare práticas adotadas pelos contribuintes 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 Decreto nº 7.629/99.

Acerca do pedido de diligência formulado pelo sujeito passivo, indefiro o mesmo, com fulcro no art. 147, I, “a”, do RPAF/99, por entender que os elementos acostados aos autos são suficientes para formação de minha convicção em relação aos itens constante do Auto de Infração, possibilitando decidir a presente lide. De igual modo, entendo não ter necessidade da realização de perícia, pois a prova do fato não depende de conhecimento especial de técnicos, conforme previsto no art. 147, inciso II, “a” e “b”, do RPAF/99.

No mérito propriamente dito, após analisar as peças que compõem o presente PAF, constatei que o autuante lavrou o Auto de Infração em tela, imputando ao sujeito passivo ter recolhido a menos de ICMS em razão de uso indevido de incentivo fiscal, dilação de prazo para pagamento de ICMS relativo às operações próprias, em desacordo com a legislação do DESENVOLVE, modificando as características essenciais da obrigação tributária principal, de modo a reduzir o montante do imposto devido, evitando, assim o seu pagamento. Período da autuação fevereiro/dezembro 2014, sendo aplicada a multa aplicada de 100%.

Conforme comprovado nos autos, o compromisso assumido pelo sujeito passivo Estado da Bahia, conforme Protocolo de Intenções e respectivo Projeto Simplificado apresentados pela empresa ao Estado da Bahia e que serviu de fundamento à concessão do Incentivo Fiscal Desenvolve, em especial o consignado no item 3.2 do referido projeto se descreve o processo industrial a ser incentivado e respectivas características dos produtos:

“A tecnologia a ser utilizada está em linha com o que há de mais moderno no mercado, não apenas em termos de máquinas para extrusão de filmes plásticos, como também no avançado controle de qualidade empregado pela Engeflex. Os equipamentos básicos escolhidos são montados pela própria Engeflex, reduzindo assim os custos de aquisição e manutenção do maquinário.

As matérias primas, polietileno de alta densidade e baixa densidade linear (BRASKEM), polietileno de baixa densidade (POLITENO), polipropileno (POLIBRASIL) e o dióxido de titânio (MILLENIUM), todas oriundas do Polo Petroquímico de Camaçari, são transportadas para a área de armazenagem e em seguida transferidas para os silos para alimentação das extrusoras, onde a resina é transformada em massa plástica que atravessa os orifícios de uma matriz gerando o filme que sofre um tratamento físico para facilitar a impressão, sendo em seguida submetido a um processo de refilamento enquanto é também realizado o embobinamento.

A bobina de filme é impressa por processo flexográfico e encaminhada para os equipamentos de produção de sacolas plásticas, filmes gofrados e masterbatches, que são os produtos comerciais da empresa.”

Não resta dúvida de o sujeito passivo, nas operações objeto da autuação, não adquiriu nenhuma matéria prima prevista no protocolo acima transcrito. As aquisições são, conforme reconhece o contribuinte autuado, de filmes e sacolas, portanto não existindo o processo produtivo objeto especificado no Benefício Fiscal concedido. Assim, ficaram prejudicados os objetivos originais que deram causa ao Protocolo de Intenções, dentro do espírito do Programa DESENVOLVE.

Ocorre que a concessão de benefícios fiscais implica renúncia de receitas tributárias em detrimento de outros benefícios. 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, significou, de fato, redução do seu valor.

Conforme previsto na legislação, o imposto devido a ser pago no futuro pode ser pago em valor presente com deságio. A contrapartida desta renúncia fiscal é o que a empresa se comprometeu a fazer, investimento no Estado, implementação de nova tecnologia, geração de empregos e renda, o que de fato não provou ter realizado.

Acolho o pedido para enviar o PAF à PROFIS por falta de previsão legal, nessa fase processual.

No tocante à multa indicada no Auto de Infração, de 100%, com base no art. 42, IV “j” da Lei 7.014/96, entendo que de acordo com a natureza da infração apurada e, considerando que o levantamento fiscal foi efetuado com base nos livros fiscais devidamente escriturados pelo autuado, inexistindo qualquer informação de que houve fraude na escrituração dos mencionados livros ou na emissão dos documentos fiscais, a multa deve ser corrigida para 60% do valor do imposto, com base no art. 42, inciso II, alínea “f”, da Lei 7.014/96.

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

O Autuado apresentou Recurso Voluntário (fls. 330 a 341), nos termos do Art. 169, I, “b”, do RPAF/99, no qual elaborou uma síntese da lide e disse que a Decisão ora recorrida concluiu que o mesmo:

1. não adquiriu as matérias-primas polietileno de alta densidade e baixa densidade linear (BRASKEM), polietileno de baixa densidade (POLITENO), polipropileno (POLIBRASIL) e o dióxido de titânio (MILLENIUM);

2. não industrializou tais produtos, transformando-os em filmes e sacolas;
3. adquiriu filmes e sacolas;
4. não provou ter realizado “investimento no Estado, implementação de nova tecnologia, geração de empregos e renda”;
5. não entregou a contrapartida da renúncia fiscal e, conseqüentemente, o Estado deixou de arrecadar valores devidos, sendo, por isso, o Auto de Infração procedente.

Afirmou que a Decisão ora recorrida também entendeu que a infração foi apurada com base na análise dos livros fiscais devidamente escriturados e que, inexistindo fraude, a multa de 100% deveria ser corrigida para 60% do valor do imposto, com base no Art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96, o que resultou em significativa redução do valor total devido.

Aduziu que, com exceção da redução da multa, a Decisão ora recorrida se equivocou quanto às demais razões, já que o Autuante reconheceu que a atividade de impressão constitui atividade industrial e que o Autuado adquiriu as citadas matérias-primas, possui capacidade para efetuar os processos de impressão de filmes lisos que fabrica ou adquire de terceiros e cumpriu suas obrigações de “investimento no Estado, implementação de nova tecnologia, geração de empregos e renda”.

Destacou que a autuação se refere a pequena parte das operações, relativa a algumas notas fiscais de saídas em alguns meses de todo o período fiscalizado, quando, segundo a imputação fiscal, teria revendido filmes e sacolas prontos, fabricados por estabelecimento industrial situado em outro Estado, e teria incluído as operações de saída desses mesmos filmes e sacolas no cálculo do valor do incentivo como se fossem de fabricação própria.

Ressaltou que, ao contrário do alegado, os filmes e sacolas adquiridos são submetidos a processo de industrialização em seu estabelecimento, consistente na impressão em escala industrial de imagens, caracteres e cores sobre os citados produtos de acordo com as marcas e especificações de seus clientes.

Asseverou que juntou declaração do seu fornecedor de que adquiriu filmes lisos, a qual foi presumida como falsa em função do citado fornecedor pertencer ao seu mesmo grupo econômico, apenas as presunções legais previstas em lei podem determinar inversão do ônus da prova contra o contribuinte.

Alegou que a Decisão ora recorrida se equivocou no enquadramento da controvérsia, com fulcro no fato que a renúncia fiscal exige uma contrapartida que não teria sido efetuada e, por isso, não teria direito ao gozo do benefício.

Explicou que o questionamento do Autuante se deu porque, em relação à pequena parte das operações questionadas, a nota fiscal de aquisição contém a especificação detalhada do destino final dos filmes e sacolas, como se entrassem e saíssem os mesmos produtos, sendo que os “modelos/formas” desses produtos são fabricados pelo seu fornecedor de acordo com as especificações e demandas dos seus clientes e, pelo fato de serem encomendados produtos semiacabados com destinação certa, o fornecedor já coloca tais informações na nota fiscal para facilitar a recepção, guarda e encaminhamento para impressão no seu estabelecimento.

Exemplificou que, nas descrições dos itens das Notas Fiscais nº 68613 e 59086, respectivamente, “SACOLA IMP 40x50x0.04 CESTA DO POVO – PARCEIROS” e “FILME EMBALAGEM ANTARCTICA SUB ZERO 12 LATAS – 350 ML”, constam tais informações porque a forma das embalagens e sacolas é realizada de acordo com as especificações e demandas dos seus clientes, sendo sabido que a embalagem para 12 latas de 350 ml da cerveja “Antarctica Sub Zero” é diversa da sacola plástica do cliente “Cesta do Povo”, que, assim como aquela, possui tamanhos e especificações próprias.

Lecionou que o processo administrativo fiscal e os procedimentos administrativos da Administração Tributária devem ser pautados no princípio da verdade material, conforme determina o Art. 2º do RPAF/99, incumbindo ao Autuante verificar o processo industrial, o que não foi realizado, motivo pelo qual anexou fotografias e vídeos do processo produtivo, ordens de serviço, amostras dos filmes lisos e impressos, bem como das sacolas do cliente Cesta do Povo

que, inclusive, contém a sua marca.

Defendeu ser absurdo o argumento no sentido de que o seu procedimento não se adequaria ao escopo da Resolução DESENVOLVE nº 52/2003, bem como do Decreto nº 8.205/02, pois a vinculação à Administração Tributária não está nos termos dos protocolos de intenções, mas na Resolução DESENVOLVE nº 52/2003, impondo-se revisita-la para compreender que o benefício alberga toda e qualquer operação de natureza industrial do estabelecimento realizada em função dos investimentos incentivados, desde que o produto final esteja ali previsto, não havendo qualquer vedação legal à aquisição de produtos semiacabados para realizar a parte final do processo de industrialização, desmembrando o processo produtivo.

Citou que o processo de impressão de imagens, cores e caracteres em filmes lisos para geração de filmes impressos e sacolas impressas é pacificamente considerado industrial, conforme dispõe cristalinamente a legislação aplicável ao Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) e a Solução de Consulta nº 336, da Superintendência Regional da Receita Federal do Brasil da 8ª Região/Disit, de 30/09/2009, que foi acostada à sua Defesa.

Consignou que a única hipótese em que restaria afastada a natureza de industrialização do processo de impressão ocorreria se esta fosse realizada por encomenda direta do consumidor ou usuário, na residência do preparador, ou em oficina, desde que fosse preponderante o trabalho profissional.

Mencionou que o Autuante julgou “inusitado” que o código utilizado pela indústria fabricante para identificar o filme liso é igual ao código de identificação que utilizou, além da mesma descrição, sendo que esta similitude entre as identificações visa que o fabricante possa proceder à produção das embalagens lisas conforme as especificações técnicas requeridas pelos seus clientes, sendo somente uma questão lógica e de organização empresarial, na qual o Autuante quis presumir ilícito tributário.

Requeru o provimento do seu Recurso para julgar improcedente o Auto de Infração, pugnando pela realização de diligência fiscal, para que seja acompanhado o processo industrial de impressão realizado sobre os filmes e sacolas plásticas, conforme o Art. 145 do RPAF/99, bem como o funcionamento da Procuradoria Fiscal como “*custus legis*”.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão que julgou pela Procedência do presente Auto de Infração, lavrado para exigir ICMS recolhido a menor em razão de uso indevido de incentivo fiscal do Programa DESENVOLVE, dilação de prazo para pagamento de ICMS relativo às operações próprias, por ter incluído produtos acabados industrializados por terceiros em suas operações incentivadas.

Indefiro o pedido de diligência, com base no Art. 147, I, “a” do RPAF/99, por entender que os elementos acostados aos autos são suficientes para formação de minha convicção.

Observe que, ao contrário do alegado pelo Autuado, a Decisão ora recorrida, em nenhum momento, afirmou que o Autuado não adquiriu as citadas matérias-primas, não possui capacidade para efetuar os processos de impressão de filmes lisos que fabrica ou adquire de terceiros ou não cumpriu suas obrigações de “investimento no Estado, implementação de nova tecnologia, geração de empregos e renda”.

Apenas destacou que, em relação às operações objeto da autuação, não houve a aquisição das matérias-primas indicadas no Protocolo de Intenções, quais sejam polietileno de alta densidade e baixa densidade linear (BRASKEM), polietileno de baixa densidade (POLITENO), polipropileno (POLIBRASIL) e o dióxido de titânio (MILLENIUM), o que ficou demonstrado nos autos.

Também não restou qualquer dúvida da sua capacidade para produção de filmes e sacolas plásticas e/ou sua impressão, bem como de que estas operações são consideradas processos de industrialização pelas legislações tributárias federal e estadual ou de que pertençam ao escopo da Resolução DESENVOLVE nº 52/2003.

Portanto, a controvérsia residiu apenas se os filmes e sacolas adquiridos foram submetidos ao processo de impressão pelo Autuado ou ocorreu apenas uma operação de revenda de produtos acabados.

Saliento que ficou patente nos autos que tanto os códigos de identificação dos produtos quanto as suas descrições eram idênticas nas notas fiscais de saídas do Autuado e de seu fornecedor, indicando que se trata das mesmas mercadorias, não se tratando de um código universal como EAN, GTIN ou similar.

É certo que há diferença entre os produtos descritos como “SACOLA IMP 40x50x0.04 CESTA DO POVO – PARCEIROS” e “FILME EMBALAGEM ANTARCTICA SUB ZERO 12 LATAS – 350 ML”, mas não é razoável a diferenciação do fornecedor de acordo com a destinação que o Autuado ainda vai efetuar após a impressão do filme.

A declaração do seu fornecedor no sentido de que as notas fiscais se referem a filmes lisos não está de acordo com o descrito nas próprias notas fiscais.

Se a aquisição fosse de filmes lisos, não teria como o fornecedor saber se seria impresso no filme as informações do produto, se Antarctica, Skol, Brahma ou outra marca qualquer. Assim como no caso das sacolas, se a impressão seria efetuada com a marca Cesta do Povo, Wal-Mart, Extra ou qualquer outra marca.

Logo, em relação a estas operações, ficaram prejudicados os objetivos originais que deram causa ao Protocolo de Intenções, dentro do espírito do Programa DESENVOLVE.

Apesar da Decisão ora recorrida ter concluído pela correção da multa indicada no Auto de Infração no percentual de 100%, prevista no Art. 42, IV, “j”, da Lei nº 7.014/96, para o percentual de 60% do valor do imposto, estabelecida no Art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96, tal resultado não foi implementado no lançamento do julgamento, apropriado ao montante de Auto de Infração (fl. 322), que foi consignado como PROCEDENTE.

Reputo adequada a referida correção, tendo em vista que não há qualquer informação de que houve fraude na escrituração dos mencionados livros ou na emissão dos documentos fiscais, tendo o levantamento fiscal sido efetuado com base nos livros fiscais devidamente escriturados pelo Autuado.

Diante do exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, para adequação da multa indicada no Auto de Infração para o percentual de 60% do valor do imposto, estabelecida no Art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269358.3008/16-9**, lavrado contra **MOTECH DO BRASIL LTDA. (ENGEFLEX BAHIA INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$379.658,04**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de setembro de 2019.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

MARCELO MATTEDI E SILVA – RELATOR

LEÔNCIO OGANDO DACAL – REPR. DA PGE/PROFIS