

PROCESSO	- A. I. N° 147323.0014/04-2
RECORRENTE	- NORPET INDÚSTRIA, COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES DE EMBALAGENS PLÁSTICAS LTDA.
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão da 2ª JJF n.º 0203/02-04
ORIGEM	- INFAS SIMÕES FILHO
INTERNET	- 29/10/2004

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0273-12/04

**EMENTA:** ICMS. 1. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS PARA O ATIVO FIXO. Infração não contestada. 2. CRÉDITO FISCAL. BENEFÍCIO DE CRÉDITO FISCAL PRESUMIDO INDEVIDO. O incentivo fiscal do BAHIAPLAST concedendo crédito presumido nas operações de saídas de produtos transformados, promovidas por estabelecimento industrial, não se aplica às operações de revenda de produtos adquiridos de terceiros, sem submissão de qualquer processo de transformação por parte do beneficiário. Infração subsistente. Não acolhida a preliminar de nulidade. Vencido o voto do relator. Decisão por maioria. Mantida a Decisão. Recurso NÃO PROVADO. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo autuado contra Decisão da 2ª Junta de Julgamento Fiscal que houvera julgado Procedente o Auto de Infração referenciado, exigindo pagamento de ICMS no valor de R\$261.585,47, em razão de diferença entre a alíquota interna e a interestadual e de recolhimento a menos do imposto, decorrente do cálculo indevido ou a maior do benefício do “Bahioplast”.

O autuado, através de seu advogado, apresentou defesa esclarecendo que o “Bahioplast”, instituído pela Lei nº 7.351/98 e regulamentado pelo Decreto nº 7.439/98, consiste na concessão de deferimento do lançamento e pagamento de ICMS nas saídas internas de produtos petroquímicos; bem como no crédito presumido de 41,1765% do imposto destacado nas saídas internas e 50% nas operações interestaduais, conforme comprovam o Certificado de Habilitação de Diferimento nº 21003059.000-0 e a Resolução Bahiaplast nº 03/2002. Assim, entende ser nula a autuação, por absoluta falta de fundamentação legal, haja vista que não infringiu o artigo 9º do Decreto nº 7439/98, uma vez que é estabelecimento industrial e utilizou o crédito presumido nas operações de saídas de pré-formas de PET-Polietileno Tereftalato, que são produtos plásticos transformados, do que conclui ter cumprido as condições de aplicação do incentivo fiscal.

Teceu considerações sobre as dificuldades econômicas do mercado de sopro de garrafas PET, o que o levou a fazer, além da transformação da pré-forma em garrafa com sua venda posterior, também a revenda de pré-forma, cuja mudança operacional garantiu sua existência. Pediu a improcedência do Auto de Infração, por entender que atendeu a todos os pré-requisitos legais.

Por fim, defende a inaplicabilidade da multa de 60%, vez que não houve má-fé do contribuinte. O autuante, em sua Informação Fiscal, assevera que o dispositivo legal foi transgredido, uma vez que o crédito fiscal presumido foi autorizado para incidir sobre o valor das saídas de produtos transformados, promovidos por estabelecimento industrial devidamente autorizado a receber o benefício fiscal. Aduz que no caso concreto, o crédito glosado refere-se a operações de mera

revenda de produtos no seu estado de aquisição, sem submissão a qualquer processo de transformação.

O ilustre relator da Decisão recorrida, em seu voto, inicialmente rejeitou o pedido de nulidade do Auto de Infração, pois entendeu notória a existência da fundamentação legal, reproduzida pelo próprio impugnante e quanto ao fato de ter infringido o dispositivo, é uma questão de mérito.

No julgamento do mérito, apresentou a fundamentação a seguir transcrita:

*"...da análise do Decreto de nº 7.439/98, constata-se que o benefício fiscal relativo ao crédito presumido é condicionado às operações de saídas de produtos transformados do beneficiário, no caso a indústria de transformação plástica, estritamente relativas às empresas interessadas em instalar ou ampliar projetos industriais no território baiano, habilitadas para o uso do tratamento tributário previsto no Programa BAHIAPLAST, após concessão e deliberação através Resolução específica do Conselho Deliberativo do aludido Programa, como no caso concreto do contribuinte mediante Resolução de nº 03/2002.*

*Assim, conforme previsto nos §§1º e 4º do art. 5º do Regulamento, aprovado pelo citado Decreto nº 7.439/98, a concessão de qualquer dos benefícios previstos fica condicionada a que o Conselho Deliberativo do BAHIAPLAST, mediante solicitação do interessado, profira resolução específica autorizando a habilitação para fruição do benefício.*

*Portanto, não é cabível a aplicação deste incentivo fiscal sobre as operações de revendas de produtos adquiridos a terceiros, sem submissão a qualquer processo de transformação pelo beneficiário.*

*Quanto a multa aplicada é a prevista legalmente, independente de ter havido dolo do contribuinte".*

Diante desse entendimento, manteve a autuação.

O recorrente, por seu advogado, interpôs Recurso Voluntário reiterando o conceito e os fins do “Bahiaplast”, instituído pela Lei nº 7.351/98, que consiste na concessão de diferimento do lançamento e pagamento de ICMS nas saídas internas de produtos petroquímicos, bem como crédito presumido de 41,1765% do imposto destacado nas saídas internas e 50% nas operações interestaduais.

Salienta os aspectos extrafiscais da norma e sua interpretação funcional, citando doutrina, na qual concentra a análise no “porque a lei dispõe” e não “como ela dispõe”. Destacando que os próprios autuantes não negaram que o “Bahiaplast” existiu, como comprovam os documentos já anexados aos autos.

Aduz que o julgamento recorrido não abordou com profundidade o problema da Nulidade do Auto de Infração, no tocante à indicação dos dispositivos infringidos, porquanto os auditores fundamentaram sua ação fiscalizadora no artigo 9º do Decreto nº 7.439/98, ao seu ver, totalmente inaplicável, porque o recorrente, estabelecimento industrial e tendo utilizado o crédito presumido nas operações de saídas de pré-formas de PET – Polietileno Tereftalato, produto plástico transformado, estariam cumpridas as condições de aplicação do incentivo fiscal.

Reitera, assim, pela Nulidade da autuação por absoluta falta de fundamentação legal, como determina o artigo 28, V, do RPAF.

Em relação ao mérito, destacam as condições econômicas do mercado de sopro de garrafas PET, os investimentos realizados pelo recorrente e a criação de empregos.

Aponta que a partir de novembro de 2001, com a suspensão do IPI na aquisição de pré-formas para transformação de garrafas PET, os envasadores deixaram de comprar na indústria de transformação, passando a fabricá-las, reduzindo o faturamento do recorrente, que para garantir

sua sobrevivência, passou a fazer também a revenda da pré-forma aos seus clientes, produto que já são plásticos transformados o que atenderia todos os pré-requisitos legais do “Bahiaplast”.

Afirma que, assim, a finalidade teleológica do “Bahiaplast”, o estímulo à instalação de novas fábricas no segmento de transformação petroquímica, foi cumprido pelo recorrente.

Insurge-se, ao final, em relação à aplicação da multa de 60%, destacando que não houve má-fé do recorrente, apontando que o artigo 106, inciso I, do Código Tributário Nacional, uma vez que retroação só quando a lei comine penalidade para o ato menos severa que a prevista em lei contemporânea à sua prática.

Conclui requerendo que seja acolhida a preliminar suscitada para julgar Nula a autuação fiscal ou que, no mérito, seja julgada Improcedente.

A Procuradoria Fiscal, em Parecer de Dra. Maria José R. Coelho Lins de A. Sento Sé, observa que a infração apontada está devidamente tipificada, fundamentada na legislação tributária vigente e comprovada mediante constatação de aplicação de incentivos fiscais sobre operações de revenda de produtos adquiridos de terceiros, sem submissão a qualquer processo de transformação pelo beneficiário.

Acrescenta que o Decreto nº 7.439/98 determina que a concessão de benefícios fiscais fica condicionada a que o Conselho Deliberativo do Bahiaplast, mediante solicitação do interessado, profira resolução específica autorizando a habilitação para fruição do benefício.

Com isso, opina que o Recurso Voluntário não deve ser Provido.

#### **VOTO (VENCIDO PRELIMINAR DE NULIDADE)**

O recorrente reitera a argüição de Nulidade do Auto de Infração, afastada na Decisão recorrida, aduzindo que o julgador recorrido não abordou com profundidade o problema, no tocante à indicação dos dispositivos infringidos.

Acato a nulidade solicitada pelo recorrente porque vejo claramente o cerceamento do direito à ampla defesa, pela fundamentação da infração no art. 9º do Decreto nº 7439/99, sem que fosse citada a alteração introduzida pelo Decreto nº 7732/99, de 29.12.99.

Assim é que, desde a impugnação, o contribuinte aponta que não infringiu o citado dispositivo.

Verifico, no entanto, que restou comprovada a utilização indevida pelo contribuinte do benefício fiscal, uma vez que o crédito glosado refere-se a operações de mera revenda de produtos no seu estado de aquisição, sem submissão a qualquer processo de transformação pela empresa recorrente, conforme consta na informação fiscal.

Embora compreensíveis, as razões de ordem econômica que impuseram ao contribuinte a revenda de produtos industrializados por terceiros, haveria que submeter novo pedido ao Conselho Deliberativo da Bahiaplast, conforme aponta a douta Procuradora, para pleitear a extensão dos benefícios a essa nova atividade.

No presente caso, o benefício fiscal relativo ao crédito presumido foi concedido ao contribuinte, condicionado às operações de saídas de produtos transformados pelo próprio beneficiário. Assim, entendo que a Decisão recorrida deve ser mantida.

Diante do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário apresentado.

#### **VOTO VENCEDOR (PRELIMINAR DE NULIDADE)**

Quanto à preliminar de nulidade, discordo do entendimento do ilustre relator, pois considero que o enquadramento legal utilizado pelo autuante está correto e não cerceou o direito de defesa do recorrente, tendo sido a preliminar enfrentada e refutada na Decisão recorrida.

De acordo com o art. 144 do Código Tributário Nacional, o lançamento é efetuado com base na legislação vigente à época da ocorrência dos fatos geradores. No caso em apreço, a redação do Decreto nº 7.439/98 vigente na data da ocorrência dos fatos geradores tinha sido modificada pelo Decreto nº 7.732, de 29/12/99, publicado no Diário Oficial do Estado de 30/12/99, com efeitos a partir de 30/12/99. Dessa forma, não há dúvida que quando o autuante fundamentou a exigência fiscal no art. 9º do Decreto nº 7.439/98, ele estava se reportando ao Decreto nº 7.438/98 com a redação vigente à época da ocorrência dos fatos geradores, isso é, com a alteração dada pelo Decreto nº 7.732/99.

Além do já exposto, ressalto que a descrição dos fatos contida no Auto de Infração foi satisfatória e deixou evidente o enquadramento legal, portanto, nos termos do art. 19 do RPAF/99, um eventual erro na capitulação do dispositivo legal infringido – o que não ocorreu – não seria razão para a nulidade do lançamento.

Em face do comentado acima, voto pelo NÃO ACOLHIMENTO da preliminar de nulidade suscitada.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração nº 147323.0014/04-2, lavrado contra NORPET INDÚSTRIA, COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES DE EMBALAGENS PLÁSTICAS LTDA., devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$261.585,47, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

### QUANTO À PRELIMINAR DE NULIDADE

VOTO VENCEDOR: Conselheiros Álvaro Barreto Vieira, César Augusto da Silva Fonseca e Tolstoi Seara Nolasco.

VOTO VENCIDO: Conselheiros (as) José Carlos Barros Rodeiro, Fauze Midlej e Maria do Carmo Santana Marcelino Menezes.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de setembro de 2004.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

JOSÉ CARLOS BARROS RODEIRO – RELATOR\VOTO VENCIDO (PRELIMINAR DE NULIDADE)

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – VOTO VENCEDOR (PRELIMINAR DE NULIDADE)

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE – REPR. DA PGE/PROFIS