

A. I. Nº - 207090.0007/09-7
AUTUADO - IPLASA INDÚSTRIA DE PLÁSTICOS SALVADOR LTDA
AUTUANTE - MARIA CONSUELO PIRES BARROS
ORIGEM - INFAZ INDÚSTRIA
INTERNET 28.05.2010

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0109-05/10

EMENTA: ICMS. 1. BAHIAPLAST. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS a) BENS DESTINADOS AO ATIVO IMOBILIZADO b) MATERIAL DESTINADO AO USO E CONSUMO. FALTA DE PAGAMENTO. Considerando que a Resolução nº 29/1999, específica do autuado, não contempla o benefício do diferimento do ICMS relativo à diferença entre as alíquotas interna e interestadual relativo a aquisição de bens para o ativo fixo, restou caracterizada a infração 1. Vencido o voto da relatora. No que concerne aos bens adquiridos para uso e consumo, restou caracterizada a infração. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. BENS DO ATIVO IMOBILIZADO.– CREDITAMENTO EM VALOR SUPERIOR AO PRMITIDO MENSALMENTE. Provada a utilização do crédito total destacado nas Notas Fiscais de aquisição de bens destinados ao Ativo Permanente do estabelecimento, sem observar que a apropriação do crédito deveria ser feita à razão de 1/48 (um quarenta e oito avos) por mês. Indeferido o requerimento de perícia ou diligência. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão não unânime. Vencido Voto da Relatora quanto a infração 01.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 29/09/2009, exige ICMS no valor de R\$ 126.178,48 em razão das seguintes irregularidades:

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, ICMS no valor de R\$ 113.922,05 e multa de 60%. Exercício de 2004, 2005 até março de 2006.
2. Deixou de recolher 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, ICMS no valor de R\$ 5.988,34 e multa de 60%. Exercícios de 2004, 2005 e 2006.
3. Utilizou crédito fiscal de ICMS relativo a entrada de bem do ativo imobilizado apropriando-se de valor superior ao permitido pela legislação. ICMS no valor de R\$ 6.268,08 e multa de 60%. Meses de maio de 2005 e de dezembro de 2006.

O autuado ingressa com defesa, fls. 818 a 821, na qual esclarece que é beneficiária do Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Es conforme Resolução 29/2006 do Conselho Deliberativo do Desenvol

Nos termos daquela Resolução, afirma que goza do benefício do diferimento do lançamento e pagamento do ICMS, nas hipóteses de importações e nas aquisições no Estado da Bahia e em outra unidade da Federação relativamente ao diferencial de alíquotas, de bens destinados ao ativo fixo, para o momento em que ocorrer a sua desincorporação. Assim, discorre sobre o Programa Desenvolve que substituiu o Programa Estadual de Desenvolvimento da Indústria de Transformação Plástica, Bahiaplast, e por estar amparado por ambos os programas, não poderia haver exigência do pagamento da diferença de alíquota, quando da entrada de máquinas e equipamentos para a ampliação do seu parque tecnológico.

Quanto à infração 2, aduz que o seu processo produtivo implica na utilização de materiais auxiliares que são consumidos durante o processamento e que foram classificados de forma equivocada quando da entrada. Ressalta que nos termos do art. 2º §, 2º, IV, do RICMS/97, o ICMS não incide quando o serviço não estiver vinculado a operação ou prestação subsequente, e neste caso as entradas estão vinculadas a operação ou prestação subsequente não sendo alcançadas pelo instituto da diferença de alíquota, previsto na legislação, sendo portanto improcedente a acusação fiscal.

Na infração 3, diz que o aproveitamento dos créditos relativos à entrada no estabelecimento de bens destinados ao ativo imobilizado, foi feito rigorosamente dentro do que dispõe o art. 339 do RICMS, não tendo procedência a acusação fiscal.

Requer seja declarado improcedente o lançamento, seja por encontrar-se formalmente ilegal, (erro de tipicidade, erro na aplicação da penalidade), seja porque se encontra materialmente viciado por cobrança declaradamente indevida. Requer ainda seja o auto de infração revisto integralmente por estranho ao feito.

O autuante presta informação fiscal, fls. 826/829, e com relação à infração 1, esclarece que o contribuinte utilizou-se dos benefícios do Bahiaplast desde 01/01/00 até 01/05/06, o que pode ser comprovado através da consulta a folha 23 e 24 deste processo, onde consta a Resolução n. 29/1999. Nela não consta, em nenhum momento, exoneração ao recolhimento do diferencial de alíquota, por aquisições interestaduais de produtos destinados ao ATIVO da empresa beneficiária.

A partir de 28/04/06, entra em vigor para a IPLASA, o Desenvolve, através da Resolução n. 29/2006 (vide folhas 21 e 22 deste processo), que expressamente, entre outros benefícios, no seu art. 1, II, a, difere o ICMS devido nas aquisições em outras unidades da Federação, relativamente ao diferencial de alíquotas, de bens destinados ao ativo fixo da beneficiária, para o momento em que ocorrer sua desincorporação.

Quanto ao Levantamento Fiscal – DIFAL – USO / CONSUMO / ATIVO, referido nesta infração 1, relativo aos exercícios de 2004, 2005 e 2006, constante das folhas 62 a 66 deste processo (todas as xerox das nota fiscal ali elencadas encontram-se entre as folhas 67 a 412 deste processo), verifica-se :

- a) Que, foram considerados, conjuntamente, no Levantamento supra referido, os CFOP 2352 (vide art. 93, parágrafo 11, II, b, 1.3 do Dec. 6284 / 97), 2551 e 2556, pois o mesmo tanto foi usado para fundamentar a infração 1 do Auto de Infração lavrado (DIFAL – ATIVO), quanto a infração 2 (DIFAL – USO/CONSUMO);
- b) Que o contribuinte não contesta sequer uma NF/CTRC dos elencados no Levantamento Fiscal que embasa a autuação;
- c) Que, o contribuinte ao efetuar o lançamento como outros débitos, nos seus LRAICMS (xerox anexadas entre as folhas 666 a 815 deste processo), não faz a diferenciação do que se refere a diferença de alíquota de Ativo ou de Uso Consumo;
- d) Que, quando foi verificado (através de pesquisa individualizada em outros Estados) que o vendedor do produto, era microempresa, adepto ao Simples Estadual, não era devido o diferencial de alíquota, reduzindo o valor apurado, naquela nota fiscal de aquisição, a ZI

no exame do Levantamento Fiscal referido. Assim, no cômputo mensal, o contribuinte foi beneficiado, pois tudo que ele ofereceu a tributação, através do lançamento a débito – diferença de alíquota, nos seus LRAICMS n. 09, 10 e 11, foi considerado (veja folhas dos LRAICMS indicadas, no Levantamento), reduzindo o valor total mensal apurado como devido;

- e) Que, as ocorrências referentes a DIFAL – ATIVO, só foram apuradas até março/06, uma vez que a partir de maio/06, a Resolução nº 29/2006, exonerava o contribuinte do lançamento daquele débito;
- f) Que a partir de maio/06 (veja Levantamento de folhas 65 e 66), as aquisições de Ativo efetuadas foram registradas no Levantamento aqui examinado, porém nenhum valor foi atribuído como devido por aquela nota fiscal de aquisição (conforme a recomendação legal);
- g) Que as autuações por DIFAL – USO / CONSUMO (que compuseram o item 2 do Auto de Infração examinado), só ocorreram nos meses em que não houve ocorrência de aquisição de Ativo (ou havendo, estavam exoneradas);
- h) O contribuinte, na sua defesa, não apresenta nenhum argumento impeditivo, modificativo ou extintivo da infração autuada;

Diante das razões acima expostas, embasadas no Levantamento Fiscal supra referido – 2004, 2005 e 2006, nas xerox das nota fiscal acostadas e dos LRAICMS anexados, mantém a infração 1 do Auto examinado, em todos os seus termos e valores.

Quanto à infração 2, nas folhas 820/821 deste processo, o contribuinte defende-se desta infração de maneira inespecífica, alegando que os materiais constantes das nota fiscal elencadas no Levantamento Fiscal – DIFAL – Uso/Consumo/Ativo, são de materiais auxiliares que são consumidos durante o processo e que foram classificados (por seu próprio setor fiscal) de forma “equivocada” quando da entrada.

Não acata as alegações da defesa e ressalta que o art. 93, I, “b”, do Decreto nº 6284/97, é bastante específico quanto ao direito ao crédito, e a definição do contribuinte, para os produtos constantes das notas fiscais de entradas, cujos créditos foram glosados, não se enquadra na definição legal que autoriza o aproveitamento do crédito. Tudo confirmado pelo exame das Notas Fiscais de Entrada (que se encontram entre as folhas 67 a 412 deste processo), não restando dúvida quanto ao acerto da autuação.

No que concerne à infração 3, a mantém integralmente, pois o contribuinte foi regularmente intimado (veja folhas 45, 47, 52), deixou de apresentar o CIAP, apresentando duas folhas soltas, assinadas, (veja folhas 422 e 423 deste processo), onde elenca Notas Fiscais referentes a aquisição de Ativo.

Na folha 821 deste processo, em sua defesa, o contribuinte alega simplesmente que o aproveitamento dos créditos, relativos à entrada no estabelecimento de bens destinados ao Ativo Imobilizado foi feito rigorosamente dentro do disposto no art. 339 do RICMS.

Inicialmente é ressalta que o contribuinte, em seu LRAICMS (vide folhas 750 e 716 deste processo) lança, de maneira englobada, em outros créditos, energia elétrica / imobilizado e frete . Assim, foi necessário apurar, separadamente, qual o valor do ICMS autorizado para crédito de energia elétrica, qual o ICMS referente a ST, para se chegar ao ICMS lançado no LRAICMS, a título de crédito oriundo de aquisição do Ativo da empresa.

A seguir, com base nas notas fiscais apresentadas, informa que refez o CIAP desde 2001 (vide folha 421 deste processo) 2002 (folha 420), 2003 (folha 419), 2004 (folha 418), 2005 (folha 417), 2006 (folhas 415/416).

Depois apurou a proporcionalidade prevista no art. 93, parágrafo 1º do Decreto nº 6284/97 (vide folha 413). Constatou então, que nos meses de maio/05 e dezembro de valores de Ativo, superiores aos autorizados pela legislação, mot

VOTO

Inicialmente nego o pedido de diligência, pois todos os elementos constantes neste processo administrativo fiscal são suficientes para a formação de meu juízo de valor, na qualidade de relatora, a teor do que dispõe o art. 147, I, “a” do RPAF (Decreto nº 7.629/99).

Ademais, o auto de infração foi lavrado com estrita obediência ao disposto no art. 39 do citado diploma legal, e faz-se acompanhar de cópias dos termos lavrados na ação fiscal, e dos demonstrativos e dos levantamentos elaborados pelo fiscal autuante e das provas necessárias à demonstração dos fatos arguidos.

Isto posto passo à análise do mérito das infrações impugnadas, eis que na infração 1 está sendo exigido ICMS não recolhido, em decorrência 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, nos exercícios de 2004, 2005 e 2006 (apuradas até o mês de março), com ICMS originariamente lançado no valor de R\$ 113.922,05.

Quanto à fundamentação legal desta imputação, determinam os artigos 2º, inciso IV, e 4º, inciso XV, ambos da Lei nº 7.014/96:

Lei nº 7.014/96:

Art. 2º. O ICMS incide sobre:

IV - a entrada ou a utilização, conforme o caso, efetuada por contribuinte do imposto, de mercadoria, bem ou serviço, em decorrência de operação interestadual (...), quando a mercadoria ou bem forem destinados ao seu uso, consumo ou ativo permanente ou quando o serviço não estiver vinculado a operação ou prestação subseqüentes;

art. 4º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

XV- da entrada ou da utilização, conforme o caso, efetuada por contribuinte do imposto, de mercadoria, bem ou serviço, em decorrência de operação interestadual (...), quando a mercadoria ou bem forem destinados ao seu uso, consumo ou ativo permanente ou quando o serviço não estiver vinculado a operação ou prestação subseqüentes alcançadas pela incidência do imposto.

Disposição regulamentada pelo artigo 5º, inciso I, do RICMS/BA:

Art. 5º Para efeitos de pagamento da diferença de alíquotas, ocorre o fato gerador do ICMS no momento:

I - da entrada, no estabelecimento de contribuinte, de mercadoria ou bem oriundos de outra unidade da Federação, quando destinados a uso, consumo ou ativo permanente do próprio estabelecimento;

A tese de defesa prende-se ao fato de que sendo a empresa beneficiária do Programa Bahiaplast, desde 01/01/00 até 01/05/06, o que pode ser comprovado através da consulta a folha 23 e 24 deste processo, onde consta a Resolução n. 29/1999. E posteriormente do DESENVOLVE, a partir de 28/04/06, quando entra em vigor para a IPLASA, através da Resolução n. 29/2006 (vide folhas 21 e 22 deste processo), que expressamente, entre outros benefícios, no seu art. 1, II, “a”, difere o ICMS devido nas aquisições em outras unidades da Federação, relativamente ao diferencial de alíquotas, de bens destinados ao ativo fixo da beneficiária, para o momento em que ocorrer sua desincorporação. Assim, aduz o autuado, que não poderia haver a exigência do pagamento da diferença de alíquota quando da entrada de máquinas e equipamentos para a ampliação de seu parque tecnológico.

As leis que instituíram ambos os programas, a Lei nº 7.351 de 15.07.1998 (Bahiaplast) e Lei nº 7.980 de 12 de dezembro de 2001, (Desenvolve), tem na essência, o mesmo objetivo esculpido no seu art. 1º, qual seja o de fomentar e diversificar a matriz industrial e agro industrial, com formação de adensamentos industriais nas regiões econômicas e integração das cadeias produtivas essenciais ao desenvolvimento econômico e social e à geração de emprego e renda no Estado.

Na presente autuação, no período objeto do lançamento fiscal, a empresa era beneficiária do programa Bahiaplast, instituído pela Lei nº 7.351/98, com os objetivos:

- I. fomentar a instalação de novos empreendimentos in transformação petroquímica e plástica;

- II. interagir com organismos internos e externos dedicados a estudos na área de desenvolvimento industrial e tecnológico com vistas a instalação, expansão, modernização, consolidação e manutenção de empresas do setor de transformação petroquímica e plástica no parque industrial baiano;
- III. promover medidas visando a instituição de instrumentos fiscais e financeiros para o fortalecimento de indústrias de transformação de produtos de base petroquímica e a diversificação industrial no Estado.

Entre os benefícios constantes da Lei do BAHIAPLAST consta o diferimento do lançamento e pagamento do Imposto sobre Operações Relativas a Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS) devido; (art. 3º, II), como segue:

Art. 3º Constituem benefícios do BAHIAPLAST:

I - infra-estrutura física;

II - diferimento do lançamento e pagamento do Imposto sobre Operações Relativas a Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS) devido;

III - crédito presumido nas operações de saídas de produtos transformados, desde que derivados de produtos químicos e petroquímicos básicos e intermediários, promovidas por empresa industrial inscrita no Cadastro de Contribuintes do ICMS do Estado da Bahia (CAD-ICMS) sob os códigos de atividade econômica e nas condições estabelecidos em regulamento.

Parágrafo único. O crédito presumido previsto neste artigo será:

I - nas operações que destinem mercadorias para este Estado, o equivalente a 41,1765% (quarenta e um inteiros e um mil setecentos e sessenta e cinco décimos de milésimos por cento), do imposto destacado;

II - nas operações que destinem mercadorias para outras unidades federativas, o equivalentes a:

a) 70% (setenta cento) do imposto destacado, para empresas com projetos de implantação e ampliação que sejam de relevância para a matriz industrial do Estado, na forma que dispuser o regulamento;

b) 50% (cinquenta por cento) do imposto destacado, para as demais empresas.

Portanto, estes benefícios estavam previstos na Lei para as empresas beneficiárias, sendo que consoante o art. 7º do mesmo diploma legal, “as condições necessárias à utilização dos benefícios previstos nesta lei serão estabelecidas na forma que dispuser o regulamento.” Ou seja, as condições é que serão estabelecidas, mas os benefícios que as empresas habilitadas no Bahiaplast tinham direito, já estavam determinados na Lei nº 7.351/98 que o instituiu.

O Programa Bahiaplast possui regulamentação própria, singular, consoante o Decreto nº 7.439/98 que aprovou o Regulamento do Programa Estadual de Desenvolvimento da Indústria de Transformação Plástica, Bahiaplast, e entre seus objetivos consta interagir com organismos internos e externos dedicados a estudos na área de desenvolvimento industrial e tecnológico com vistas à instalação, expansão, modernização, consolidação e manutenção de empresas do setor de transformação petroquímica e plástica no parque industrial baiano. (art. 2º, II).

Prevê o art. 5º daquele regulamento que, entre os incentivos vinculados ao Programa às empresas interessadas em instalar ou ampliar projetos industriais no território bahiano, com incentivos do Programa Bahiaplast, poderão pleitear os seguintes benefícios:

- I. infra-estrutura física;
- II. diferimento do lançamento e pagamento do Imposto sobre Operações Relativas a Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS) devido;
- III. crédito presumido nas operações de saídas de produtos
produtos químicos, petroquímicos básicos e petroq
estabelecimentos onde sejam exercidas atividades indicadas
desde que fabricados nesses estabelecimentos.

O §1º deste artigo dispõe que a concessão de qualquer benefício previsto neste Capítulo fica condicionada a que o Conselho Deliberativo do BAHIAPLAST, mediante solicitação do interessado, profira decisão, obedecidas a disposições dos parágrafos seguintes; e sendo atendidas as disposições nele contidas baixará Resolução específica autorizando a habilitação para fruição do benefício. Constatado que este procedimento foi adotado pelo sujeito passivo, que habilitou-se no Programa por meio da Resolução nº 29/1999.

Constatado ainda que o programa foi tão amplo que contém o seguinte dispositivo, que abarca outras empresas, não inscritas no Programa Bahiaplast, desde que venham a perder competitividade no mercado: § 5º do art. 5º: *“Poderá ser concedido qualquer dos incentivos previstos neste Capítulo a empresa com estabelecimento já instalado neste Estado, sem a exigência do contido no parágrafo anterior, nos casos em que, comprovadamente, venha esta a perder competitividade nas linhas de produção incentivadas em projeto novo aprovado pelo Conselho do BAHIAPLAST.”*

Na presente situação, a empresa autuada, IPLASA, em atendimento ao contido na Lei nº 7.351/98, habilitou-se ao BAHIAPLAST, Resolução nº 29/1999, por ter preenchido as condições para usufruir dos benefícios fiscais, por meio da Secretaria Executiva do Bahiaplast, previsto no art. 4º, parágrafo único, III, “a”, qual seja: *“habilitação de estabelecimento para o uso do ratamento tributário previsto no Programa.”* Assim, tendo se habilitado e preenchido as condições específicas para tal, terá direito aos benefícios previstos na Lei nº 7.351/98.

No presente lançamento está sendo exigido o ICMS relativo aos exercícios de 2004, 2005 até março de 2006, constante nas fls. 62 a 66 do PAF, com cópias das notas fiscais de fls. 67 a 412, período em que a empresa autuada afirma que era credora do benefício do não pagamento da diferença de alíquotas, por fazer parte do Bahiaplast, conforme a Resolução nº 29/1999 do Bahiaplast.

Em consulta à citada Resolução, como pode ser observado na cópia anexa de fls. 23/24, verifico que nela constam expressamente os seguintes benefícios:

Art. 1º

I – crédito presumido – fixa em 41,1765% do imposto destacado o percentual a ser utilizado pela Iplasa Industria Plastica Ltda, nas saídas para o mercado estadual e em 50% nas operações de saídas interestaduais de sacaria industrial, filmes contráteis, bobinas técnicas e laminados.

II – Diferimento – nas aquisições de polietileno de estabelecimentos industriais inscritos no CAD-ICMS, sob o código de atividade economica nº 2431-7/00.

Contudo, não obstante ser omissa a citada Resolução, quanto ao diferimento do diferencial de alíquotas, esta hipótese contida no art. 8º, do Regulamento do Bahiaplast, cuja redação foi dada pelo Decreto nº 7.732 de 29/12/99, DOE de 30/12/99, efeitos a partir de 30/12/99, prevê que fica igualmente diferido o lançamento e o pagamento do ICMS nas operações com máquinas, equipamentos, instrumentos e aparelhos industriais de controle de qualidade, ferramental, moldes e modelos, e seus sobressalentes, destinados ao ativo imobilizado, para o momento em que ocorrer a desincorporação dos bens. O inciso III do mesmo artigo prevê o diferimento:

III - nas aquisições de outra unidade da Federação, relativamente ao diferencial de alíquotas, desde que destinados a implantação ou ampliação de empreendimentos.

Saliento que a redação atual do inciso III do art. 8º foi dada pelo Decreto nº 7.732 de 29/12/99, DOE de 30/12/99, efeitos a partir de 30/12/99. A redação original, com efeitos até 29/12/99, não previa o diferimento nas aquisições de outra unidade da Federação, relativamente ao diferencial de alíquotas, desde que destinados à implantação ou ampliação de empreendimentos. A redação original, do inciso III, efeitos até 29/12/99, previa: *“seja reconhecido caso a caso, mediante solicitação do interessado, na forma prevista em dispositivo próprio do Regulamento do ICMS ou outra norma extravagante”*.

Portanto, a partir de 30/12/99, o lançamento e o pagamento do diferimento nas aquisições em outras unidades da Federação, de máquinas, e aparelhos industriais, destinados ao ativo imobilizado, para in

empreendimentos, estavam diferidos para o momento em que ocorresse a desincorporação dos bens, independente da solicitação da empresa beneficiária do Programa Bahioplast.

Deste modo, entendo que procedem as alegações do sujeito passivo, vez que no período autuado era beneficiária do Bahioplast, e o Regulamento do Programa contemplava o diferimento do lançamento e do pagamento do ICMS, nas importações e nas aquisições neste Estado e em outras unidades da Federação, relativamente ao diferencial de alíquotas, de bens destinados ao ativo fixo, para o momento em que ocorrer a sua desincorporação. Fica ainda dispensado do pagamento do diferencial de alíquotas, se a desincorporação dos bens do ativo imobilizado ocorrer após o primeiro ano de uso no estabelecimento, conforme § 3º, acrescentado ao art. 8º pelo Decreto nº 7.732/99, efeitos a partir de 30/12/1999.

Ademais, independe de prévio reconhecimento o diferimento previsto, consoante o § 1º, inciso II do art. 8º, além do fato de que a empresa estava beneficiado com o diferimento, de forma ampla, previsto na Lei nº 7.439/98, tanto assim, que foi reconhecido e estendido no Programa Desenvolve, do qual o autuado passou a ser beneficiário por meio da Resolução nº 29/2006 (fls. 21/22 do PAF). Diante do exposto e da interpretação da Lei nº 7.351/98, fica elidida a infração em sua totalidade.

A infração 2, refere-se à exigência de ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, nos exercícios de 2004, 2005 e 2006.

Ocorre o fato gerador do ICMS para fins de pagamento da diferença de alíquotas, no momento da entrada, no estabelecimento de contribuinte, de mercadoria ou bem oriundos de outra unidade da Federação, quando destinados a uso, consumo ou ativo permanente do próprio estabelecimento, bem como da utilização ou recepção, por contribuinte, de serviço de transporte ou de comunicação cuja prestação tiver sido iniciada em outra unidade da Federação, quando o serviço não estiver vinculado a operação ou prestação subsequentes.

Conforme a previsão contida na Lei Complementar nº 87/96, somente a partir de 01/01/2011, não será devido o pagamento da diferença de alíquotas, nas aquisições de bens de uso e materiais de consumo.

O contribuinte alega que os materiais objeto da infração são auxiliares e consumidos durante o processo produtivo, e que foram classificados por seu próprio setor fiscal, de forma equivocada.

O art. 93, I, “b” do Decreto nº 6.284/97, que regulamenta o ICMS no Estado da Bahia, estabelece:

Art. 93. Constitui crédito fiscal de cada estabelecimento, para compensação com o tributo devido em operações ou prestações subsequentes e para fins de apuração do imposto a recolher, salvo disposição em contrário:

I - o valor do imposto anteriormente cobrado, relativo às aquisições ou recebimentos reais ou simbólicos:

a) de mercadorias para comercialização, inclusive material de embalagem;

b) de matérias-primas, produtos intermediários, catalisadores e material de embalagem, para emprego em processo de industrialização;

V - o valor do imposto anteriormente cobrado em operações de que tenha resultado a entrada, real ou simbólica, no estabelecimento, de mercadorias, bens ou materiais, bem como do imposto relativo aos respectivos serviços de transporte, inclusive o imposto pago a título de diferença de alíquotas, sendo as mercadorias, bens ou materiais destinados:

a) a partir de 01/11/96, ao seu ativo imobilizado, assim entendidos os bens destinados à manutenção das atividades do estabelecimento, atendida a legislação federal (§§ 11 e 12);

b) a partir de 01/01/2011, ao uso ou consumo do próprio estabelecimento, assim entendidas as mercadorias que não forem destinadas a comercialização, industrialização, produção, geração, extração ou prestação, por não serem consumidas nem integrem o produto final ou o indispensável ou necessário à sua produção, composição ou prestação (§

Da análise das notas fiscais de fls. 67 a 412 do PAF, verifico que traça fita isolante, jogo de lima, (Nota Fiscal nº 343762, fl. 174), rolete pa-

nº 032893, fl. 187), fita dupla face (Nota Fiscal nº 38038, fl. 254, 165), lima (Nota Fiscal nº 5863, fl. 204), todos destinados a uso ou consumo do próprio estabelecimento.

Como não foram comprovados os pagamentos no montante exigido, fica mantida a infração.

Por último a infração 3 trata de utilização indevida de crédito fiscal de ICMS relativo a entrada de bem do ativo imobilizado, por ter se apropriado de valor superior ao permitido pela legislação, nos meses de maio de 2005 e de dezembro de 2006.

Consta na descrição fática que o contribuinte regularmente intimado, (fls. 45, 47 e 52), deixou de apresentar o CIAP, nos termos do art. 339, § 2, I e II do RICMS/97, e em seu lugar apresentou duas folhas soltas, assinadas, (fls. 422 e 423), contendo uma relação de notas fiscais referente à aquisições do Ativo, cujas xerox foram anexadas ao PAF, fls. 415 a 417. A partir destes documentos o autuante refez o CIAP, entregou cópia ao contribuinte, com o levantamento fiscal de outros créditos e energia elétrica.

O autuante ressaltou na informação fiscal que o sujeito passivo lança no RAICMS, (fls 750 e 716), de maneira englobada, em “outros créditos”, energia elétrica/imobilizado e frete. Diante deste fato, apurou separadamente o valor do ICMS de energia elétrica, que o contribuinte faz jus ao creditamento, o ICMS relativo à substituição tributária. Em seguida, com base nas notas fiscais apresentadas, refez o CIAP desde 2001, até o exercício de 2006. Apurou, por conseguinte a proporcionalidade prevista no art. 93, § 17 do RICMS/97, (fl. 413) e constatou que nos meses de maio de 2005 e de dezembro de 2006, o contribuinte creditou-se de valores superiores aos autorizados pela legislação, motivo porque foi autuado.

Diante do comprovado pelo autuante e da falta de demonstração da ocorrência de equívocos no seu levantamento, mantenho a infração.

Pelo exposto voto pela PROCEDENCIA EM PARTE do Auto de Infração.

VOTO VENCEDOR (Infração (01))

Primeiramente quero manifestar meu respeito pelo abalizado voto da Ilustre Relatora neste processo, dizendo que a acompanho no que se refere às infrações 2 e 3.

Entretanto, divirjo do seu entendimento em relação à Infração 1, no que diz respeito ao mérito, pelas razões que passo a expor.

No caso em comento, a ação do Fisco foi dirigida à exigência tributária em decorrência da falta de recolhimento de ICMS relativo à diferença entre as alíquotas interna e interestadual em face de aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação, destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento.

A fundamentação legal da Infração 01 está determinada nos artigos 2º, inciso IV, e 4º, inciso XV, da Lei nº 7.014/96:

Art. 2º O ICMS incide sobre:

...

IV- a entrada ou a utilização, conforme o caso, efetuada por contribuinte do imposto, de mercadoria, bem ou serviço, em decorrência de operação interestadual ou de serviço cuja prestação tenha sido iniciada em outra unidade da Federação, quando a mercadoria ou bem forem destinados ao seu uso, consumo ou ativo permanente ou quando o serviço não estiver vinculado a operação ou prestação subseqüentes;

Art. 4º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

...

XV- da entrada ou da utilização, conforme o caso, efetuada por contribuinte do imposto, de mercadoria, bem ou serviço, em decorrência de operação interestadual ou de serviço cuja prestação tenha sido iniciada em outra unidade da Federação, quando a mercadoria ou bem forem ativo permanente ou quando o serviço não estiver vinculado a operação alcançadas pela incidência do imposto.

E, quanto ao pagamento, assim determina o artigo 5º, inciso I, do RI

Art. 5º Para efeitos de pagamento da diferença de alíquotas, ocorre o fato gerador do ICMS no momento:

I - da entrada, no estabelecimento de contribuinte, de mercadoria ou bem oriundos de outra unidade da Federação, quando destinados a uso, consumo ou ativo permanente do próprio estabelecimento;

A tese defensiva do Impugnante é a de que sendo o autuado beneficiário do Programa BAHIAPLAST no período compreendido pela infração pela Resolução nº 29/1999, e, a partir de 28/04/2006, beneficiário do programa DESENVOLVE, através da Resolução nº 29/2006, que expressamente, entre outros benefícios, no seu art. 1º, inciso I, alínea “a”, lhe confere o diferimento do ICMS relativo à diferença entre as alíquotas interna e interestadual, relativamente a operações de aquisição de bens destinados ao ativo fixo, para o momento em que ocorreu sua desincorporação, não procede a Infração 01.

Embora, como bem expôs a nobre Relatora, os programas BAHIAPLAST e DESENVOLVE, possuem, na essência, o mesmo objetivo, qual seja o de fomentar e diversificar a matriz industrial e agro industrial, com formação de adensamentos industriais nas regiões econômicas e integração das cadeias produtivas essenciais ao desenvolvimento econômico e social e à geração de emprego e renda na Bahia, o usufruto a qualquer dos benefícios de ambos os programas se estabelecem através de resoluções específicas do Conselho Deliberativo dos respectivos programas.

Trata-se, no caso, de questionamento de benefício fiscal abrangido pelo programa BAHIAPLAST.

Pois bem, os benefícios do BAHIAPLAST estavam definidos no capítulo II do Dec. nº 7.439/98, entre eles, no inciso II do art. 5º, o diferimento do lançamento e pagamento do ICMS devido, inclusive o diferimento do ICMS relativo à diferença entre as alíquotas internas e interestadual nas aquisições de bens destinados a implantação ou ampliação de empreendimentos, conforme inciso III do art. 8º do decreto citado – que é o caso em discussão.

Entretanto, o §1º do art. 5º do decreto citado, condicionava a concessão de qualquer benefício do BAHIAPLAST a Decisão do Conselho Deliberativo do BAHIAPLAST, mediante solicitação do interessado, obedecidas as disposições dos parágrafos que o seguem.

Ora, a específica Resolução de nº 29/1999 (fl.23), exclusivamente, concedeu ao autuado os seguintes benefícios:

I – Crédito presumido – fixa em 41,1765% do imposto destacado o percentual a ser utilizado pela IPLASA INDÚSTRIA PLÁSTICA LTDA, nas saídas para o mercado estadual e em 50% nas operações de saídas interestaduais de sacaria industrial, filmes, contráteis, bobinas técnicas e laminados.

II – Diferimento – nas aquisições de polietileno de estabelecimentos industriais inscritos no CAD-ICMS, sob o código de atividade econômica nº 2431-7/00.

O §4º do art. 5º do decreto do BAHIAPLAST diz que para comprovar as condições previstas nos parágrafos anteriores (inclusive a do §1º acima), o interessado deve apresentar pedido ao Conselho Deliberativo do BAHIAPLAST, que baixará resolução específica autorizando a habilitação para fruição do benefício. Pedido que o autuado fez, tanto que obteve a sua resolução específica.

É certo que o §5º do art. 5º do Decreto nº 7.439/1999, abre a possibilidade de concessão de qualquer dos incentivos do BAHIAPLAST sem a exigência do contido no parágrafo anterior, ou seja, sem resolução específica do Conselho Deliberativo autorizando a habilitação para fruição do benefício, desde que seja para estabelecimento já instalado neste Estado (que é o caso do autuado), inclusive o relativo ao diferimento da diferença entre as alíquotas interna e interestadual na aquisição de bens para o ativo fixo, quando, comprovadamente, o estabelecimento perder competitividade nas linhas de produção incentivadas em projeto novo aprovado pelo Conselho do BAHIAPLAST, sendo que a empresa que pretenda se beneficiar do disposto no §5º, ou seja, usufruir do benefício sem resolução específica do BAHIAPLAST deverá encaminhar requerimento ao Conselho do equiparação ao projeto novo, devendo demonstrar a perda da comp

Entretanto, compulsando os autos, constato que nele não há essa prova de perda de competitividade por parte do autuado e nem que ele encaminhou o requerimento ao Conselho Deliberativo do BAHIAPLAST com essa finalidade.

Além do mais, o §7º do art. 5º, diz que a concessão do benefício em razão de pleito que tenha como base o disposto no §5º, terá validade a partir da data de entrada em operação do projeto novo e a sua fruição deverá abranger o mesmo prazo aprovado para esta espécie de projeto.

Assim, tendo em vista o exposto, extraio a seguinte conclusão:

1º) Que para usufruir qualquer benefício do BAHIAPLAST, exceto por razão de perda de competitividade conforme dispõe o §5º do decreto, é indispensável que o benefício esteja previsto em específica resolução do Conselho Deliberativo;

2º) Que, excepcionalmente, no caso de estabelecimento já instalado que comprovar a perda de competitividade em relação a projeto novo aprovado pelo programa, o contribuinte enquadrado no BAHIAPLAST pode usufruir de qualquer dos benefícios do programa sem resolução específica do Conselho (§5º do art. 5º do Decreto 7.439/99), desde que mediante requerimento ao Conselho Deliberativo pleiteando sua equiparação ao projeto novo (§6º do dispositivo citado), o que só terá validade a partir da data de entrada em operação do projeto novo e sua fruição deverá abranger o mesmo prazo aprovado para esta espécie de projeto (§7º do mesmo dispositivo).

Considerando, que a Resolução nº 29/1999, específica do autuado (fl. 23), não contempla o benefício de diferimento do ICMS relativo à diferença entre as alíquotas interna e interestadual relativo a aquisição de bens para o ativo fixo, e que ele não se enquadra na condição para uso do benefício sem resolução nos termos do §5º, entendo caracterizada a Infração 01 e procedente no valor autuado.

Ademais, discordo da tese de automatismo ao benefício do diferimento do ICMS relativo à diferença entre as alíquotas interna e interestadual na aquisição de bens para o ativo fixo argüida pelo autuado e acolhida pela nobre Relatora, pois além do entendimento que aqui esposo, verifico a existência de várias decisões de procedência da mesma infração em processos fiscais de outros contribuintes também enquadrados no BAHIAPLAST, tais como JJJ Nº 0026-0208, JJJ Nº 0129-05-07 e CJF Nº 00117-12-06.

Deste modo, voto pela PROCEDÊNCIA da Infração 01.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **207090.0007/09-7**, lavrado contra **IPLASA INDÚSTRIA DE PLÁSTICOS SALVADOR LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$126.178,48**, com a multa de 60%, prevista no art. 42, II, “F”, da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de maio de 2010.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - RELATORA

JORGE INÁCIO DE AQUINO – III GADOR/VOTO VENCEDOR