

A. I. N° - 269197.0002/10-9
AUTUADO - CHIACCHIO INDÚSTRIA DE EMBALAGENS LTDA.
AUTUANTE - MARCELO DE AZEVEDO MOREIRA
ORIGEM - INFRAZ VITÓRIA DA CONQUISTA
INTERNET - 04.05.2011

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF N° 0094-05/11

EMENTA: ICMS. 1. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. VENDAS PARA CONTRIBUENTES LOCALIZADOS NESTE ESTADO. FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Infração não contestada. 2. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. a) CONTRIBUENTES NORMAIS. b) CONTRIBUENTES INAPTOS. c) DESCONTO NÃO REPASSADO AO ADQUIRENTE. 3. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS DESTINADOS AO ATIVO FIXO. FALTA DE PAGAMENTO. É devido o pagamento da diferença de alíquota nas aquisições interestaduais de bens destinados ao ativo fixo. Infrações elididas em parte. 4. ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. PRESUNÇÃO LEGAL DA REALIZAÇÃO DE OPERAÇÕES SEM PAGAMENTO DO IMPOSTO. A diferença das quantidades de entradas de mercadorias, apurada mediante levantamento quantitativo de estoques, indica que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos de tais entradas com recursos decorrentes de operações também não contabilizadas. Infração comprovada. Rejeitadas as preliminares de nulidade suscitadas. Auto de Infração. **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 29/03/2010, lança crédito tributário no total de R\$413.995,43, em razão do cometimento das seguintes infrações:

INFRAÇÃO 1. Deixou de proceder à retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado. Foi acrescentado que a falta de retenção se deu nas vendas para contribuintes com inscrições inaptas. Sendo lançado o valor de R\$ 6.373,96 e aplicada multa de 60%.

INFRAÇÃO 2. Recolheu a menor ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. O autuado efetuou vendas para contribuintes normais com o uso indevido do benefício do Dec.nº 7466/98. Sendo lançado o valor de R\$ 16.786,81 e aplicada multa de 60%.

INFRAÇÃO 3. Recolheu a menor ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. O autuado efetuou vendas para contribuintes inaptos com uso indevido do benefício do Dec.nº 7.466/98. Sendo lançado o valor de R\$ 11.013,32 e aplicada multa de 60%.

INFRAÇÃO 4. Recolheu a menor ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Foi acrescentado que o autuado aplicou alíquota de 7% sem conceder o desconto ao contribuinte do Dec.nº 7.466/98. Sendo lançado o valor de R\$ 417,15 e aplicada multa de 60%.

INFRAÇÃO 5. 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. Sendo lançado o valor de R\$ 166.511,93 e aplicada multa de 60%.

INFRAÇÃO 6. Falta de recolhimento do ICMS relativo a operações de saídas de mercadorias não declaradas, com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamento dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado. Foi acrescentado que no levantamento de estoque através do Registro de Movimentação de Materiais foi constatada a divergência do lançamento das quantidades (kg) para os constantes nas notas fiscais de saídas, acarretando uma omissão de matéria-prima no processo produtivo, conforme Demonstrativo de Estoque no ANEXO VI. Sendo lançado o valor de R\$ 212.892,26 e aplicada a multa de 70%.

O autuado apresenta defesa, às fls. 654 a 663, transcreve os termos das infrações, suscita preliminar de nulidade da Infração 6, com a alegação de que houve erro na determinação da data de ocorrência do fato gerador. Aduz que, no primeiro item da infração o autuante consignou como data de ocorrência do fato gerador 31/12/2006, mas quanto ao segundo item, considerou ocorrido o fato gerador em 31/01/2007, com vencimento em 09/02/2007, sendo, inclusive, calculados acréscimos moratórios em valor maior que o devido, por este motivo diz que deve ser declarada sua nulidade por erro essencial na caracterização da ocorrência tributária, por consignar data de ocorrência do crédito tributário diversa da ocorrida.

No mérito, no que se refere à Infração 05, que trata da cobrança de ICMS relativo à diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, diz que é improcedente a referida infração, porque desde 22 de março de 2002, data da publicação da Resolução nº 02/2002, se encontrava habilitado aos benefícios do BAHIAPLAST, nos termos do art. 5º, do Decreto nº. 7.439/98.

Justifica que, conforme o art. 8º, III, do referido Decreto, datado de 17/09/1998, fica igualmente diferido o lançamento e o pagamento do ICMS nas operações com máquinas, equipamentos, instrumentos e aparelhos 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 nas aquisições de outra Unidade da Federação, relativamente ao diferencial de alíquotas, desde que destinados à implantação ou ampliação de empreendimentos.

Aduz que na hipótese, até 22/12/2006, data da publicação da Resolução nº 149/2006 se encontrava habilitado aos benefícios do BAHIAPLAST, não sendo, assim, exigível o pagamento do diferencial de alíquota, entende que devem ser excluídos da infração os valores referentes ao citado período.

Acrescenta que melhor sorte não assiste à parcela da autuação referente ao período posterior a 22/12/2006, quando foi publicada a Resolução que habilitou o autuado aos benefícios do Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – DESENVOLVE, regulamentado pelo Decreto nº 8.205, de 03 de abril de 2002 e posteriores alterações.

Discorre sobre os artigos 1º e 2º do Decreto mencionado acima, que tratam das diretrizes e dos objetivos do referido programa.

Destaca que o art. 1º do Regulamento do DESENVOLVE estabelece como diretrizes do programa, a complementação e diversificação da matriz industrial e agroindustrial do Estado, fomentando a

instalação, expansão, reativação ou modernização de empreendimentos, formação de adensamentos industriais nas regiões com menor desenvolvimento econômico e social, desenvolvimento tecnológico, geração de novos produtos ou processos e prevenção de impactos ambientais.

Narra que para cumprir tais objetivos, faz-se necessário oportunizar ao empreendedor exoneração tributária na aquisição de bens para o ativo fixo, porque não é por outra razão, que os contribuintes habilitados ao DESENVOLVE gozam do incentivo previsto no art. 2º, I, “c” do citado Decreto, pois, pelo qual fica diferido o lançamento e o pagamento do diferencial de alíquota do ICMS relativo às aquisições de bens destinados ao ativo fixo.

Pelo exposto entende que a infração 5, no que se refere aos fatos geradores ocorridos após 22 de dezembro de 2006, deverá ser julgada improcedente, tendo em vista que, à época, gozava de benefício que lhe permite diferir o lançamento e o pagamento de ICMS relativo ao diferencial de alíquota.

Em relação à Infração 6, enfatiza que o autuante se equivocou no cálculo do imposto, deixando de considerar que parcela significativa das operações de saídas são tributadas à alíquota de 7%, prevista no art. 51, I, “c”, do RICMS/BA.

Cita o art. 15, §3º, da Lei n. 7.014/1996, para dizer que referida Lei exige que se aplique, para o cálculo do imposto resultante das omissões de saídas presumidas as alíquotas, observando a natureza da operação realizada, ainda que ocorrida em situação fiscal irregular. Aduz que corroborando essa interpretação, o art. 22, §2º, da referida Lei nº 7.014/1996 impõe que, na hipótese de arbitramento da base de cálculo, situação mais gravosa ao contribuinte que a presunção da base de cálculo procedida, a aplicação do percentual de alíquota considere, sempre que possível, a natureza das operações e a espécie das mercadorias, admitindo-se, na impossibilidade de discriminação exata, o recurso ao critério da proporcionalidade.

Entende que se o contribuinte é tratado pelo Fisco com o método extremo merece o benefício da proporcionalidade para aplicação das alíquotas, e a medida de equidade, sob pena de ter a anulação da autuação. No mérito, entende que deve ser reduzida sua autuação pela aplicação da alíquota de 7% na proporção da base de cálculo. Reproduz ementas dos Acórdãos JJF nº0345-01/06 e JJF nº 0293/99, que decidiram pela aplicação da proporcionalidade.

Argumenta que a infração em questão merece reparo, no que se refere ao cálculo do preço médio das omissões de entradas para presunção das supostas saídas anteriores não oferecidas à tributação. Diz que o art. 60, “b”, 1, do RICMS/BA dispõe que a base de cálculo do ICMS, nos casos de presunção de omissão de entradas é o custo médio das compras no último mês de aquisição. Salienta que, nos demonstrativos fiscais o cálculo do preço médio considerou todo o período, quando deveria ter se limitado ao último mês.

Apresenta no corpo da defesa demonstrativos fiscais com base na proporção das operações encontradas em livros fiscais, conforme cálculo realizado pelo autuante, tanto no que se refere ao cálculo do preço médio das entradas quanto no que se refere ao cálculo do imposto.

Conclui, requerendo que seja acolhida a defesa, a fim de ver desfeitos os equívocos cometidos pelo autuante, bem como o funcionamento no processo da Procuradoria Fiscal.

O autuante presta informação às fls. 683 a 686, dizendo que o autuado acata as infrações 1, 2, 3 e 4 e impugna as infrações 5 e 6, transcreve as razões defensivas, reconhece que na Infração 6 houve um erro de digitação na informação da data de ocorrência, a qual a data correta é 31/12/2007 e não 31/01/2007, entende no entanto que pelas peças processuais que fundamentaram a infração e na descrição da infração, deixa bem claro se tratar de levantamento de estoque em exercício fechado englobando todo o ano de 2007. No seu entendimento tal item da infração não é passível de nulidade. Transcreve o art. 18 do RPAF para fundamentar sua arguição.

No mérito, relativamente à Infração 5, aduz que na resolução 02/2002 do benefício do autuado ao

BAHIAPLAST (fl.130) não menciona o direito ao benefício do diferimento do diferencial de alíquota nas aquisições de bens destinados ao ativo imobilizado. Salienta que o Decreto nº 7.439/98, que regulamenta os benefícios do BAHIA PLAST, no seu Art. 5º, define o escopo dos benefícios e no §1º e §4º do mesmo artigo cita de forma bem clara que todos os benefícios deverão constar em Resolução específica, consoante descreve.

Frisa que a alegação de sua habilitação conforme artigo o art. 8º, inc. III do mencionado Dec. 7.439/98 não se dá de forma automática, e sim, mediante ato resolutivo.

Ressalta que os art. 6º, e 8º do Dec. 7439/98 vêm estratificar os possíveis benefícios a serem pleiteados conforme mencionados nos incisos I, II e III do art. 5º e, especificamente, o inciso III do art. 8º, onde consta a previsão legal para o diferimento do pagamento de diferencial de alíquota nas aquisições do ativo imobilizado.

Enfatiza que na carta de intenção de migração do BAHIA PLAST para o DESENVOLVE, o autuado solicita o benefício para o diferimento do pagamento do diferencial de alíquota do ativo imobilizado (fl 678), no entanto a RESOLUÇÃO 149/2006 não contemplou o referido benefício, que também deverá ser concedido de forma expressa na referida resolução, conforme preceitua o Art. 14 do Decreto nº 8.205/02, que transcreve. Pontua que, assim, fica bem caracterizada a fundamentação da autuação e a improcedência das alegações da defesa.

Quanto à Infração 06, com relação à aplicação da proporcionalidade, assinala que, inicialmente, tinha feito os levantamentos das saídas por alíquotas para a presunção proporcional das saídas (fl. 680), uma vez que é conhecida e possíveis de serem mensuradas as suas saídas, diz que, no entanto, a interpretação da Instrução Normativa nº 56/2007 que trata da aplicabilidade da proporcionalidade não é clara, levando o autuante a solicitar esclarecimento a DITRI, que se posicionou contra aplicação da proporcionalidade, conforme documento às fls. 213 a 215, uma vez que a Instrução Normativa nº 56/2007 não faz referência à aplicação da proporcionalidade em razão de saídas tributadas por alíquotas diferentes, e tão-somente a saídas tributadas e não tributadas. Diz que, em razão do esclarecimento da DITRI, não aplicou a proporcionalidade.

Frisa que em relação ao cálculo do preço médio, acata a argumentação da defesa, onde o preço unitário de 2006 era de R\$ 3,44 e no ano de 2007 era de R\$ 4,19.

Conclui, fazendo as seguintes solicitações: não acatar a argumentação preliminar de nulidade, por falta de previsão legal; pela procedência total da infração V; e pela procedência parcial da Infração VI, fazendo as alterações referentes aos valores do cálculo do preço médio.

O processo foi convertido em diligência à fl. 699, para a Inspeção fazer a entrega ao sujeito passivo, mediante recibo a ser juntado aos autos, de cópias da informação fiscal, das novas planilhas elaboradas pelo autuante, às fls. 683 a 689, e deste pedido, reabrindo o prazo de 10 dias para que o autuado possa se manifestar, se quisesse.

O autuado apresenta manifestação às fls. 703 a 708, reitera os termos das preliminares de nulidade suscitadas na defesa, aduz que o autuante argumenta que a consignação da data de ocorrência do fato gerador como sendo o dia 31/01/2007 foi um mero erro de digitação, não devendo ser julgada a nulidade. Defende que não se tratou de um mero erro de digitação, mas da consignação errônea de aspecto essencial do fato jurídico tributário, implicando em indevidos acréscimos moratórios a favor do Estado. Pede que, no julgamento seja observado o princípio da indisponibilidade do crédito tributário, quando são consignadas em períodos anuais e não em períodos mensais, conforme ocorre o vencimento do crédito tributário.

Frisa que, no presente caso, o tratamento isonômico, diante do erro na consignação da data de ocorrência do fato gerador, que gera acréscimos moratórios indevidos, deverá implicar nulidade da autuação, razão pela qual os argumentos da defesa deverão prevalecer.

No mérito, no que se refere à Infração 5, reitera os mesmos argumentos da defesa, aduz que não assiste razão ao autuante, uma vez que o art. 8º, III, do Regulamento do BAHIA PLAST é claro em

favorecer os incluídos no referido programa com o diferimento do ICMS nas operações de aquisição de bens para o ativo imobilizado que cumpram os objetivos do incentivo fiscal. Ressalta que a condição é que tais aquisições sejam relativas à implantação ou ampliação de empreendimentos, conforme redação do citado dispositivo legal.

Quanto ao período abrangido pelo DESENVOLVE, diz que a questão não se resume simplesmente à alegação do benefício não haver sido previsto na Resolução, mas do uso da extrafiscalidade, concedendo exoneração tributária, com vistas a incentivar o desenvolvimento industrial do Estado da Bahia, com base no art. 170 da CF. Traz os mesmos argumentos defensivos ao discorrer sobre os artigos 1º e 2º do Decreto nº. 8.205, de 03 de abril de 2002, que tratam das diretrizes e dos objetivos do referido programa DESENVOLVE.

Salienta que, ainda que se entenda que tais benefícios devam estar expressamente previstos na Resolução, deve-se observar que seria inconstitucional qualquer ato administrativo que os concedesse para um contribuinte e não os concedesse para outros, tais benefícios.

Conclui que a infração 5, no que se refere aos fatos geradores ocorridos após 22 de dezembro de 2006, como também quanto aos anteriores, deverá ser julgada improcedente, porque no seu entendimento à época, gozava de benefício que lhe permite diferir o lançamento e o pagamento de ICMS relativo a diferencial de alíquota.

Em relação à Infração 6, observa que o autuante fundamentou seu entendimento em consulta feita à DITRI, assevera que errou a DITRI, porque, com o seu entendimento, induziu o autuante a erro.

Salienta que reitera as razões da impugnação, dizendo que a Lei exige que se aplique, para o cálculo do imposto resultante das omissões de saídas presumidas na forma regulamentar, as alíquotas, observando a natureza da operação realizada, ainda que ocorrida em situação fiscal irregular. Argumenta que a ilegalidade do ato fiscal está nítida, quando posto em confronto com o art. 15, §3º, da Lei nº 7.014/1996.

Conclui, pedindo que o Auto de Infração seja julgado improcedente.

O autuante presta nova informação fiscal, à fl. 720, aduz que o autuado não traz nada de novo em relação à Informação Fiscal apresentada nas folhas 686 a 686. Diante disto solicita a manutenção na íntegra dos elementos já informados, na informação fiscal anterior.

VOTO

O Auto de Infração foi lavrado para lançar crédito tributário do ICMS em decorrência do cometimento de seis infrações, sendo que, em relação às Infrações 1, 2, 3 e 4, o contribuinte não se defendeu, considerando que as controvérsias relativas às mencionadas infrações deixaram de existir, as considero desde já subsistentes. Assim, cabe-me apreciar as Infrações 05 e 06 da autuação.

Preliminarmente, quanto à constitucionalidade da exigência de pagamento de diferença de alíquota, relativa à Infração 5, assinalo que o artigo 125, inciso I, do COTEB, exclui da competência deste Órgão Colegiado a apreciação de constitucionalidade de dispositivo normativo em vigor, e a exigência de ICMS em razão de diferença de alíquota está prevista nos artigos 2º, inciso IV, e 4º, inciso XV, da Lei nº 7.014/96, e do artigo 5º, inciso I, do RICMS/BA, pelo que não acolho a arguição de nulidade com este escopo.

O sujeito passivo suscitou preliminar de nulidade da Infração 6, com a alegação de que houve erro na determinação da data de ocorrência do fato gerador no segundo item da mencionada infração.

Trata-se de levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias exercício fechado, realizado quando o exercício financeiro da empresa já se encontrava encerrado, na situação

presente, em 31/12/2007. Nesses casos, nos termos do §2º do artigo 39, do RPAF/99, não sendo possível discriminar o débito por períodos mensais, considerar-se-á o tributo devido no último mês do período fiscalizado.

Analisando as peças processuais verifico que, quanto ao erro mencionado acima, assiste razão ao contribuinte, posto que, relativamente ao segundo item da infração 6, embora as operações objeto do levantamento fiscal reportem-se ao período de janeiro a dezembro de 2007, consoante demonstrativos fiscais que embasaram a autuação, o autuante, em vez de consignar no Auto de Infração e no demonstrativo de débito a data de ocorrência como sendo o último dia do exercício (31/12/2007) e a data de vencimento, o dia 09 do mês subsequente (09/02/2008) para fins de atualização monetária e cálculo dos acréscimos legais, consignou nas peças mencionadas, como sendo data de ocorrência o dia 31/01/2007, e de vencimento 09/02/2007. Entretanto, tal erro, não se caracteriza insanável, posto que o mesmo é passível de correção. Pelo que, ao final do voto, será orientado o setor competente da repartição a corrigir a falha apontada, no sentido de indicar a data de ocorrência, de vencimento e os valores dos acréscimos moratórios corretos no demonstrativo de débito do Auto de Infração, consignando como referência à data de ocorrência o dia 31/12/2007, e à data de vencimento do lançamento tributário o dia 09/01/2008. Saliento que esta falha, que será corrigida, não acarreta a nulidade do procedimento fiscal, posto que, pelos elementos constantes dos autos, está determinada com segurança a imputação. Portanto, não acolho a preliminar de nulidade suscitada em decorrência de erro na determinação da data de ocorrência do fato gerador no segundo item da mencionada infração 6, uma vez que, com as correções mencionadas que serão realizadas pelo setor competente da SEFAZ, será excluída do Auto de Infração, a possibilidade de qualquer prejuízo ao contribuinte por tal motivação.

No mérito, a Infração 5 lança crédito tributário em decorrência do contribuinte ter deixado 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

A fundamentação legal da Infração 5 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 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.

E, quanto ao pagamento, assim determina o 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 defensiva do contribuinte é a de que, desde 22 de março de 2002, data da publicação da Resolução nº 02/2002, até o dia 22/12/2006, encontrava-se habilitado aos benefícios do BAHIAPLAST, nos termos do art. 5º, do Decreto nº 7.439/98, e conforme o art. 8º, III, do referido Decreto, datado de 17/09/1998, fica igualmente diferido o lançamento e o pagamento do ICMS nas operações com máquinas, equipamentos, instrumentos e aparelhos 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 nas aquisições de outra Unidade da Federação, relativamente ao diferencial de alíquotas, desde que destinados à implantação ou ampliação de empreendimentos. Acrescentou que melhor sorte não assiste à parcela da autuação referente ao período posterior a 22/12/2006, quando foi publicada a Resolução que habilitou o autuado aos benefícios do Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – DESENVOLVE, regulamentado pelo Decreto n°. 8.205, de 03 de abril de 2002 e posteriores alterações.

Saliento que, embora os programas BAHIAPLAST e DESENVOLVE, possuem, na essência, o mesmo objetivo, qual seja o de fomentar e diversificar a matriz industrial e agroindustrial, 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 estabelece através de resoluções específicas do Conselho Deliberativo dos respectivos programas.

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

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

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

Ora, a específica Resolução de n° 02/2002, à fl. 130, exclusivamente, concedeu ao autuado os seguintes benefícios:

I – Crédito presumido – fixa em 41,1765% do imposto destacado, o percentual a ser utilizado pela CHIACCHIO INDÚSTRIA DE EMBALAGENS LTDA., nas saídas para o mercado estadual e em 50% nas operações de saídas interestaduais de sacos, sacolas e bobinas;

II – Diferimento – nas aquisições de polietileno de estabelecimentos industriais enquadrados na CNAE-FISCAL sob o código de atividade econômica n° 2431-7/00.

O §4° do art. 5° do decreto do BAHIAPLAST diz que para comprovar as condições previstas nos parágrafos anteriores (inclusive a do §1° 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, mencionada acima.

É certo que o §5° do art. 5° do Decreto n° 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 §5°, ou seja, usufruir do benefício sem resolução específica do Conselho Deliberativo do BAHIAPLAST, deverá encaminhar requerimento ao Conselho do BAHIAPLAST, pleiteando sua equiparação ao projeto novo, devendo demonstrar a perda da competitividade.

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, fico convencido da 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).

De outro lado já existem neste CONSEF decisões de procedência da mesma infração em processos fiscais de outros contribuintes também enquadrados no BAHIAPLAST, tais como JF N° 0026-0208, JF N° 0129-05-07 e CJF N° 00117-12-06.

Considerando, que a Resolução nº 02/2002, específica do contribuinte à fl. 130, não contempla o benefício de diferimento do ICMS relativo à diferença entre as alíquotas interna e interestadual atinente 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, do mencionado do Decreto 7.439/99, fica caracterizada a Infração 5.

Quanto à Infração 6, com relação à pretensão da aplicação da proporcionalidade das operações de saídas do sujeito passivo, tributadas à alíquota de 7%, prevista no art. 51, I, “c” do RICMS/BA, saliento que não pode ser acolhido este pleito do contribuinte, posto que tal proporcionalidade não pode ser aplicada no presente caso, uma vez que, segundo disposição da Instrução Normativa nº56/2007, só poderão ser excluídas da base de cálculo do ICMS lançado de ofício, quando apuradas omissões de saídas presumidas, nos termos do §3º do art.2º do RICMS/97, com matriz no §4º, do art. 4º da Lei nº7.014/96, os valores relativos às operações isentas, não tributadas e/ou sujeitas à antecipação ou substituição tributária, desde que provado pelo contribuinte autuado, por meio de dados e informações das operações mercantis que costumeiramente realiza.

A autuação se deu em decorrência da falta de recolhimento do ICMS apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercícios fechados – 2006 e 2007, consoante relatado.

Verifico que o contribuinte apontou inconsistência no levantamento fiscal relativa ao cálculo do preço médio das entradas. O autuante, por sua vez, acolheu a argumentação da defesa, realizou revisão dos seus trabalhos, corrigiu as falhas apontadas pelo sujeito passivo, considerando o preço médio informado pelo contribuinte no valor de R\$ 3,44, para 2006 e de R\$ 4,19 para 2007, elaborou nova planilha, apurou novos valores, forneceu cópia da planilha ao contribuinte, que, por sua vez, se manifestou, e não contestou os números apurados.

Ressalto que a falta de contabilização de entradas de mercadorias autoriza a presunção da ocorrência de operações tributáveis realizadas anteriormente sem emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem pagamento do imposto.

Assim, tendo em vista que, no caso presente, o levantamento quantitativo foi efetuado com base na documentação exclusivamente do autuado, fato, inclusive não objetivamente contestado, coaduno com o levantamento fiscal e com a revisão realizada pelo autuante que considerando o preço médio das entradas no valor de R\$3,44, e R\$ 4,19 indicados pelo sujeito passivo, reduziu o valor do primeiro item da infração relativo ao exercício de 2006, do montante de R\$ 60.874,75 para

R\$ 53.971,43, e do segundo item, concernente ao exercício de 2007, da importância de R\$ 152.017,51 para R\$ 150.580,01 respectivamente, conforme planilhas às fls. 688 e 689 do PAF. Infração parcialmente subsistente, devendo ser considerado no segundo item da Infração 6 como data de ocorrência, o dia 31/12/2007, e data de vencimento, o dia 09/01/2008, para fins de atualização monetária e cálculos dos acréscimos legais.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE**, o Auto de Infração nº **269197.0002/10-9**, lavrado contra **CHIA CCHIO INDÚSTRIA DE EMBALAGENS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$405.654,61**, acrescido da multa de 60% sobre R\$201.103,17 e 70% sobre R\$204.551,44, previstas no art. 42, incisos II, alíneas “a”, “e” e “f”, e III, “a”, da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de abril de 2011.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - PRESIDENTE

FRANCISCO ATANASIO DE SANTANA – RELATOR

ILDEMAR JOSÉ LANDIN - JULGADOR