

A. I. N° - 207090.0008/12-3
AUTUADO - REMPLARI EMBALAGENS PLÁSTICAS LTDA.
AUTUANTES - MARIA CONSUELO PIRES BARROS
ORIGEM - INFRAZ INDÚSTRIA
INTERNET - 30/04/2013

5^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0033-05/13

EMENTA: ICMS. 1. BENEFÍCIOS FISCAIS. DESENVOLVE UTILIZAÇÃO INCORRETA DO BENEFÍCIO. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. Restou configurada a ocorrência do recolhimento de ICMS a menos, em virtude da inclusão indevida no cálculo das parcelas sujeitas à dilação de prazo, de operações não contempladas no benefício, envolvendo transferência de mercadorias para estabelecimento filial da mesma empresa. Falta de atendimento de requisito regulamentar para fruição do benefício. Não acolhida a argüição de nulidade. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS DE CONSUMO. PAGAMENTO Não acolhidos os argumentos defensivos. Exigência respaldada em disposições expressas da legislação do ICMS. Mantido o lançamento. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração lavrado em 28/09/2012, para exigir ICMS no valor total de R\$ 1.018.892,95, em razão do cometimento das seguintes infrações:

INFRAÇÃO 1: Recolheu a menor o ICMS em razão da falta de recolhimento, na data regulamentar da parcela não sujeita a dilação de prazo, perdendo o direito ao benefício em relação à parcela incentivada prevista pelo Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – Desenvolve. Valor da infração: R\$ 1.018.677,95. Multa de 60% - art. 42, II, letra “f”, da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 2: Deixou de recolher o 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. O contribuinte deixou de recolher o ICMS devido por diferença de alíquotas sobre produtos recebidos por transferência da Matriz, para uso/consumo do estabelecimento filial, oriundos de outro estado da federação (NF 31.150, de 14/07/2009 – anexada – fl. 88). Valor da Infração: R\$ 215,00. Multa de 60%. – art. 42, II, letra “f”

O contribuinte foi notificado do Auto de Infração, em 02/10/2012. Apresentou defesa, em 01/11/2012, acostada às fls. 231/241 do PAF, subscrita por advogado, com procuração e substabelecimento, anexadas às fls. 240/241.

Inicialmente a defesa discorreu sobre a não incidência do ICMS sobre operações de transferência, pedindo a improcedência da infração 1 e da infração 2.

Registrhou que na infração 1, a autuação exige do contribuinte o valor de ICMS sobre transferência de mercadorias acrescido da parcela incentivada do ICMS, cujo pagamento estava diferido em razão do benefício do DESENVOLVE, posto que, segundo o entendimento do autuante, a autuada perdera o direito a tal benefício fiscal de deferimento do imposto em razão de que, supostamente, não teria recolhido, no prazo regulamentar, a parcela não sujeita a dilação de prazo do ICMS.

Disse que a autuante entendeu que não houve o pagamento do ICMS sobre a parcela não dilatada, aplicando de forma automática o art. 18 do Decreto nº 8.205/2001, mas que houve equívoco na autuação, posto que as operações, cuja parcela supostamente não teria sido paga, ensejado o cancelamento do benefício, sequer estariam sujeitas à incidência do ICMS. A partir do Levantamento Fiscal de Apuração do ICMS – 2009, o qual faz parte do Auto de Infração, as parcelas não incentivadas, cujo ICMS não fora pago, são justamente as transferências de mercadorias entre seus próprios estabelecimentos.

Discorreu que houve remessa de suas mercadorias para outro estabelecimento da empresa, localizado em São Paulo, conforme comprovariam os próprios documentos anexados ao processo administrativo. Sendo operação de mera transferência entre estabelecimentos do mesmo titular e não poderia ser caracterizada a operação de venda mercantil sujeita ao ICMS.

Citou jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, consolidada na Súmula nº 166, na linha de que não incide o ICMS nas operações de transferência de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo contribuinte. Este fundamento jurídico dos Tribunais assentaria o entendimento de que na hipótese não há circulação de mercadoria, pois não há venda. Não há também cessão de propriedade com conteúdo econômico e o fato não estaria, portanto, sujeito à incidência do ICMS.

Transcreveu o texto da Súmula nº 166, do STJ, conforme abaixo:

Não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte.

Sustenta também inexistir incidência do ICMS nas operações de transferência interestadual de mercadorias. Colacionou nos autos decisão judicial, que adotou esta linha de entendimento, lavrada nos seguintes termos:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ICMS. NÃO INCIDÊNCIA. TRANSFERÊNCIA DE MERCADORIAS ENTRE ESTABELECIMENTOS DO MESMO TITULAR, MESMO QUE ENTRE UNIDADES DA FEDERAÇÃO DISTINTAS. TESE JULGADA NA FORMA DO ART. 543-c DO Código de Processo Civil - CPC (REsp 1.125.133-sp). CORTE ESPECIAL. QO NO AG 1.154.599/SP. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO.

1. *A tese central posta no presente recurso é a de que a QO no Ag. 1.154.599-SP não se aplica ao caso dos autos, sob os argumentos de que o entendimento firmado no referido processo é posterior à interposição do agravo em recurso especial. Em outras dizeres, não poderia haver aplicação retroativa do referido entendimento.*

2. *A Corte Especial do STJ, ao julgar a Questão de Ordem no agravo de instrumento nº 1.154.599/SP, de Relatoria do ilustre Ministro César Rocha, interpretando o inciso I, do § 7º do CPC, entendeu que "não cabe agravo de instrumento contra decisão que nega seguimento a recurso especial com base no art. 543, § 7º, inciso I, do CPC", objetivando dar plena efetividade à Lei 11.672/2008 (Lei dos Recursos Repetitivos).*

3. *Não há falar em violação ao princípio da irretroatividade da orientação jurisprudencial nova, pois "o postulado da irretroeficácia das normas não pode ser evocado para obstar a aplicação de nova súmula desta Corte" (EDcl nos EDcl nos EAg 1056751/RJ, Rel. Min. Humberto Martins, Primeira Seção, DJe 19/08/2011).*

4. *Agravo regimental não provido.*

(AgRg no AREsp 24.353/RS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 01/12/2011, DJe 07/12/2011)

Disse que o mesmo raciocínio se aplica à infração 2, posto que não incide ICMS diferencial de alíquota sobre a operação de transferência de mercadoria recebida de outro estabelecimento da autuada (mesmo titular), uma vez que não há incidência do imposto sobre essa remessa de mercadoria, o que tornaria insubstancial a infração irrogada.

Suscitou em seguida a nulidade do Auto de Infração, pela perda do direito em relação à parcela incentivada – com fulcro no art. 18 do RPAF.

A defesa sustenta que o autuante declarou a perda do direito ao benefício do Desenvolve da Impugnante, de forma automática. Todavia, a empresa argui que o Decreto nº. 8.205/2002 exige que a Declaração de perda ou suspensão do benefício seja realizada por órgão competente, qual

seja, o Conselho Deliberativo do DESENVOLVE e que somente este órgão pode declarar a suspensão do benefício.

Com base neste entendimento a impugnante invoca a aplicação do art. 18, I, em razão do ato ter sido praticado por autoridade incompetente, conforme redação abaixo:

Art. 18. São nulos:

I - os atos praticados por autoridade, órgão ou servidor incompetente;

De forma exemplificativa, o contribuinte discorre que se uma operação de saída “X” está sob dúvida e em virtude dessa situação dúbia o contribuinte deixa de recolher o ICMS no valor de R\$ 1.000,00, poderia a fiscalização estadual considerar que aquela operação estava sujeita ao recolhimento do ICMS normal e aplicar a penalidade, desconsiderando o benefício do contribuinte na parcela incentivada, gerando uma autuação de R\$ 300.000,00, para cada mês em que houve a pseudo falta de recolhimento. Argumenta que esta interpretação é absurda. No caso concreto, em se tratando de operações de transferência entre estabelecimentos da mesma empresa, cuja jurisprudência dos Tribunais Superiores é pela não incidência não haveria razão para se aplicar o entendimento constante do Auto de Infração impugnado.

Em síntese: o contribuinte sustenta que não sentido a autuação, formalizada por autoridade incompetente, que cancela o benefício do contribuinte, exigindo, de forma antecipada, todo o imposto que se encontrava deferido em razão do benefício fiscal, e que a parcela que supostamente não foi paga sequer estava sujeita à incidência do tributo.

Frisou, em seguida, que o próprio CONSEF já decidiu dessa forma e cancelou a autuação, por entender que a perda do benefício somente poderia ser declarada pelo Conselho Deliberativo do DESENVOLVE, conforme decisão exarada pela 2ª Câmara, constante do Acórdão nº 0351-12/08, abaixo transcrita na parte relativa ao objeto deste lide:

**2ª CAMARA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO CJF Nº 0351-12/08**

EMENTA: ICMS. 1. BENEFÍCIO FISCAL. PROGRAMA DESENVOLVE. a) ERRO NA DETERMINAÇÃO DOS VALORES DO IMPOSTO. RECOLHIMENTO A MENOS. Infração caracterizada. Mantida a Decisão recorrida. b) PERDA DO DIREITO EM RELAÇÃO À PARCELA INCENTIVADA. É da competência exclusiva do Conselho Deliberativo do DESENVOLVE a decretação da perda do direito ao incentivo fiscal concedido por meio de suas Resoluções. Por falta de competência, a decretação pela autuante da perda do direito ao incentivo fiscal é nula, nos termos do art. 18, inc. I, do RPAF/99 e, em consequência, é nula a infração. Modificada a Decisão recorrida. c) RECOLHIMENTO A MENOS EM RAZÃO DE ERRO NA DETERMINAÇÃO DA PARCELA SUJEITA A DILAÇÃO DE PRAZO. A autuante acata alegações defensivas e refaz os cálculos reduzindo o valor do débito exigido. Infração parcialmente procedente. Mantida a Decisão recorrida. (...). Recurso de Ofício NÃO PROVIDO. Decisão unânime. Recurso Voluntário PARCIALMENTE PROVIDO. Decisão não unânime quanto ao item 2. (grifos do julgado)

Ao concluir a peça defensiva a impugnante formulou os seguintes pedidos:

- a) Improcedência da autuação, tendo em vista que as operações de transferência entre os estabelecimentos da própria empresa não estariam sujeitas à incidência do ICMS;
- b) sucessivamente, julgar nula a infração 1 da autuação, na parte em que cancelou o benefício do DESENVOLVE da Impugnante e cobrou a diferença de ICMS, de forma imprópria.

Foi prestada informação fiscal apensada às fls. 251 a 255 do PAF. A autuante após fazer uma síntese da autuação e dos argumentos defensivos ingressou no exame dos argumentos apresentados na peça defensiva.

No tocante à infração 1, circunscrita ao exercício de 2009, a autuante discorreu que o contribuinte usufrui do Benefício Fiscal do DESENVOLVE (Lei nº 7.980/01, Decretos nºs 8.205/02 e 8.435/03 Parecer GETRI n. 15.307/10 e 8.873/10) desde setembro/2003, através da Resolução nº 54/2003 (folhas 25 a 27, do PAF), para a produção de filmes lisos termoencolhíveis, filmes tubulares lisos, filmes impressos até 6 cores, sacarias lisas e sacarias impressas até 6 cores. Pelo Decreto nº 8.205/02, art. 18, a empresa habilitada ao Desenvolve, que não recolher ao Tesouro do Estado, na

data regulamentar, a parcela do ICMS não sujeita à dilação de prazo, perderá o direito ao benefício em relação à parcela incentivada naquele mês (fl. 72 do PAF).

Que o contribuinte assim procedeu em relação aos fatos geradores dos meses de março, abril, junho, agosto, setembro, outubro, novembro e dezembro/ 2009. Refeita a apuração do ICMS, em conformidade com as disposições da Instrução Normativa 27/09, foi quantificado o ICMS devido nas Operações Próprias – incentivadas. Verificada a falta de recolhimento, na data regulamentar, da parcela não sujeita à dilação de prazo (fato posteriormente confirmado pela constituição dos Processos Administrativos Fiscais n. 8500000126107, 8500000269102, 8500000656106 - DEMONSTRATIVOS DOS DÉBITOS DECLARADOS NAS DMAS, anexados ao Auto lavrado – folhas 69 a 71 deste processo - art. 333 do Decreto nº 6284 / 97), foi calculado o ICMS devido, conforme determinações do art. 18 do Decreto nº 8205/02. O autuante enquadrou a conduta do contribuinte em infração aos art. 11, 116, 124, I do Decreto nº 6.284 / 97 (RICMS/97).

Foi anexado também ao PAF cópia do livro RUDFTO da autuada, onde está anexado o AI 108580.0102/10-4, lavrado anteriormente contra o mesmo contribuinte (folhas 84 a 86 deste processo). Foi ainda acostado, cópia do LRAICMS (livro Registro de Apuração do ICMS), referente a 2009 (folhas 203 a 227), cópia do Acórdão JJF 0013 - 04 / 11, da 4^a Junta de Julgamento fiscal, que julgou PROCEDEnte aquele Auto (folhas 53 a 55 deste processo), cópia das DMAs do contribuinte, entre março e dezembro / 2009 (folhas 14 a 23) e cópia do Acórdão JJF n. 0336-05/11 da 5^a. Junta de Julgamento Fiscal (folhas 36 a 52 deste processo – em especial a folha 45).

Ao contestar os argumentos jurídicos do contribuinte, a autuante inicialmente destacou que para o Direito Positivo Nacional, a Jurisprudência, por mais abalizada que seja não tem poder coercitivo. Apenas a Lei obriga. O Decreto 6.284/97, no seu art. 1, inc. I, prevê que o ICMS tem como fato gerador as operações relativas à circulação de mercadorias, concluindo, no seu parágrafo 3º, inc. IV, que são irrelevantes para a caracterização do fato gerador o resultado financeiro obtido com a operação ou prestação. Assim, da leitura da folha 26 deste processo – que contém a Resolução do Desenvolve n. 54/2003 – fica patente para a autuante quais são os produtos cujas saídas estão vinculadas ao projeto aprovado (*filmes lisos termoencolhíveis, filmes tubulares lisos, filmes impressos até 6 cores, sacarias lisas e sacarias impressas até 6 cores*). Assim, toda e qualquer saída tributada distinta não estararia vinculada ao Projeto Aprovado.

Do exame da folha 57 deste Auto – Instrução Normativa nº 27 / 2009 – se encontra enumerado quais débitos fiscais – *a priori* – não estão vinculados ao projeto aprovado, sendo possível observar entre elas as transferências de mercadoria adquiridas ou recebidas de terceiros (códigos 5152/6152).

As exclusões, segundo a autuante, não se limitaram aos CFOPs, mas também foi feita análise dos produtos movimentados, sendo ultrapassado o óbice proposto pelo contribuinte para impugnar o lançamento de ofício.

Pontuou a autuante, em seguida, que a empresa autuada, habilitada ao Desenvolve não recolheu ao Tesouro do Estado, na data regulamentar, a parcela do ICMS não sujeita à dilação do prazo e que tal fato, conforme o art. 18 do Decreto nº 8.205/02, resulta em perda do direito ao benefício em relação à parcela incentivada naquele mês. Às folhas 14 a 23 do PAF constam as DMAs do contribuinte, confessando um débito (conforme Demonstrativos dos Débitos Declarados nas folhas 69, 70 e 71 deste processo). Comparando com as folhas 10 e 11 deste processo – Extrato da arrecadação do ICMS, referente a 2009 e 2010, os valores declarados como devidos, nas DMAs, não estão recolhidos, na data regulamentar (dia 09 do mês subsequente)

Da exposição desses fatos, para a autuante o suporte fático da Infração 1 é o lançamento do imposto pelo contribuinte, via a confissão do débito, através das DMAs e o seu não recolhimento na data regulamentar. Por outro lado, o Levantamento Fiscal – Apuração do ICMS – 2009, elaborado com base na Lei nº 7.980/01, Decretos nºs 8205/02, 8413/02 e 8435/03, Instrução Normativa nº 27/09, e Pareceres GETRI nº 15.307 / 10 e 8873 / 10 - promoveu o ajuste dos valores devidos, ao

detectar que os valores declarados pelo contribuinte foram efetivamente inferiores aos devidos. Assim, restou apurado nos demonstrativos constantes das folhas 67 e 68 deste PAF.

No tocante à alegada falta de competência do preposto fiscal requerida pelo autuado na folha 236, invocando o art. 18, I do RPAF e da afirmação de que apenas o Conselho Deliberativo do Desenvolve poderia declarar a perda do benefício da impugnante, nos meses autuados, a autuante, para rebater este tese defensiva, transcreveu o voto da relatora do Acórdão JJF nº 0336/05- 11 da 5ª Junta de Julgamento Fiscal sobre o assunto, *“in verbis”*:

“... a competência da plenária do mencionado Conselho, conforme definido no art. 7º da Resolução nº 03/2007 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. Portanto, uma vez concedido benefícios fiscais mediante resoluções emanadas por aquele Conselho, para empresas integrantes dos programas instituídos, cabe à fiscalização verificar se os procedimentos adotados pelos contribuintes atendem o que determina a legislação tributária e, caso se constate práticas adotadas 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. Outrossim, rejeito também a nulidade pretendida, sob o argumento de que só poderia ser feito o lançamento de ofício mediante a revogação do benefício concedido pelo CD do DESENVOLVE, conformidade com o disposto no art. 39 do mencionado diploma legal, notificado o autuado, que apresentou sua defesa contestando a exigência fiscal. Conforme apreciado anteriormente, uma vez concedido os benefícios fiscais previstos no DESENVOLVE, constatado descumprimento da legislação tributária, é de competência do Fisco fazer o lançamento de ofício para exigir o tributo devido, independentemente do cancelamento dos benefícios”.

A autuante ressaltou ainda que seria assegurado o benefício do DESENVOLVE, em relação à parcela incentivada (calculada a menor) e escriturada pelo contribuinte, se o recolhimento desta parcela do ICMS não sujeita a dilação de prazo, ocorresse na data regulamentar. Todavia, como o contribuinte não efetuou os pagamentos, foi aplicado com acerto, pela autuação, o caput do art. 18 do Decreto nº 8205 / 02, sobre os fatos geradores apurados na ação fiscal, nos meses constantes do Auto de Infração lavrado.

Informou ainda que o art. 11 do Dec.reto nº 6.284/97, citado na autuação, prescreve que se a fruição ou o reconhecimento do benefício fiscal depender de condição, não sendo esta satisfeita, o tributo será considerado devido, no momento em que houver ocorrido a operação ou prestação sob condição.

Pediu pela manutenção da infração 1.

Relativamente à infração 2, relativa ao DIFAL, a autuante discorreu que o Auto de Infração está instruído com cópia do Levantamento Fiscal – DIFAL / USO / CONSUMO (folha 87 deste Auto). Ainda em anexo, consta à cópia reprográfica das Notas Fiscais relacionadas no Levantamento (folhas 88 e 89 deste processo), cópia do LRAICMS do contribuinte, referente a julho/09 (folha 217) e do Parecer GETRI nº 9042/07(folhas 90 e 91 deste Auto).

Ao contestar os argumentos defensivos, no tocante à infração 2, a autuante expôs que o entendimento da Fazenda Estadual é outro, conforme Parecer GETRI nº 9042/2007, constante da folha 90 deste processo, uma vez que nas entradas de material de uso/consumo, recebidos em transferência interestadual de outro estabelecimento da empresa, é devido, pelo adquirente, o ICMS o diferencial de alíquota. Ressaltou que na qualidade de preposta fiscal é obrigada a dar cumprimento à Legislação Estadual.

Pediu também pela manutenção integral da Infração 2.

VOTO

O sujeito passivo, na defesa apresentada suscitou a inicialmente nulidade do lançamento por incompetência legal da autuante para lavrar Auto de Infração antes do cancelamento formal do benefício pelo Conselho Deliberativo (CD) do DESENVOLVE de acordo com o seu Regulamento (Decreto nº nº 8.205/02).

Rejeito a nulidade suscitada tendo em vista que a competência da plenária do mencionado Conselho, conforme definido no art. 7º da Resolução nº 03/2007 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.

Concedido benefício fiscal, mediante resoluções emanadas por aquele Conselho, para empresas integrantes dos programas instituídos, cabe à fiscalização verificar se os procedimentos adotados pelos contribuintes atendem o que determina a legislação tributária e, caso se constate práticas que conflitem com as normas, é da competência dos auditores fiscais da Secretaria da Fazenda, 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.

Rejeito também o argumento defensivo de que só poderia ser feito o lançamento de ofício mediante a revogação do benefício concedido pelo Conselho Deliberativo do DESENVOLVE. Conforme apreciado anteriormente, uma vez concedido os benefícios fiscais previstos no DESENVOLVE, e verificado o descumprimento da legislação tributária, é de competência do Fisco fazer o lançamento de ofício para exigir o tributo devido, independentemente do cancelamento do benefício.

A fiscalização não tem competência para cancelar o benefício concedido, visando excluir a empresa das operações futuras que irá praticar. Esta competência é exclusiva do Conselho Deliberativo do DESENVOLVE. Mas a fiscalização pode não aplicar o benefício, que é condicionado, e apurar o imposto pelo regime normal de tributação, nos períodos mensais em que o sujeito passivo não atender os regramentos do DESENVOLVE. Assim dispõe o art. 18, do Decreto nº 8.205/02.

Do exposto, não acolho a alegação de que os atos foram praticados por servidor incompetente nos termos do art. 18, I do RPAF/BA, pois inexiste conflito de competência entre a ação fiscal que culminou com o lançamento de ofício, privativa dos auditores fiscais, e as competências do mencionado Conselho, como quis fazer crer o impugnante na sua defesa. Além do mais, o Auto de Infração foi lavrado em conformidade com o disposto no art. 39 do mencionado diploma legal, notificado o autuado, que apresentou sua defesa contestando a exigência fiscal.

Rejeitada a preliminar de nulidade, passo ao exame do mérito das infrações, como segue:

Na infração 1, o sujeito passivo inclui na apuração do ICMS do DESENVOLVE parcelas não alcançadas pelo benefício, correspondente às operações de transferências para filial da mesma empresa, ou seja, o autuado aplicou as regras do DESENVOLVE nas transferências de mercadorias adquiridas de terceiros, de acordo com as cópias do livro Registro de Apuração do ICMS (exercício de 2009, fls. 203 a 227), enquanto a Resolução respectiva (fls. 25 e 27), no seu art. 1º, inciso II, estabelece que o benefício é aplicável nas operações próprias, geradas em razão de investimentos previstos no projeto incentivado.

De acordo com o que já foi exposto no relatório supra, o impugnante não negou os fatos, limitou-se a aduzir que o lançamento não deve subsistir, considerando que as operações de transferência não se sujeitam à incidência do ICMS. Citou a Súmula 166 do STJ e colacionou nos autos decisões judiciais a respeito a matéria, que se posicionaram pela não incidência do ICMS nas operações de transferências de mercadorias entre estabelecimentos da mesma empresa.

No caso em exame o contribuinte deixou de recolher para os cofres do Estado a parcela do ICMS não sujeita à dilação de prazo. Nos termos do “caput” do art. 18, do Decreto nº 8.205/02, temos que:

Art. 18. A empresa habilitada que não recolher ao Tesouro do Estado, na data regulamentar, a parcela do ICMS não sujeita à dilação de prazo, perderá o direito ao benefício em relação à parcela incentivada naquele mês.

A regra é clara. O contribuinte não foi excluído do Desenvolve. Tão somente nos meses em que o mesmo não obedeceu as regras do benefício perdeu o direito ao uso do mesmo, por força de norma do próprio DESENVOLVE, positivada no Decreto nº 8.205/02, acima transcrita.

Por outro lado, a Resolução nº 54/2003, do Conselho Deliberativo do Desenvolve, relativa ao defendant (fls. 25 a 27 do PAF) considerou habilitado ao Programa o seu projeto de implantação para produzir filmes lisos termoencolhíveis, filmes tubulares lisos, filmes impressos em até seis cores, sacarias lisas e sacarias impressas em até seis cores, tendo sido concedidos os seguintes benefícios: (i) diferimento nas aquisições de polietilenos e polipropileno de estabelecimentos enquadrados no CNAE – FISCAL 2431-7/00, nos termos da Resolução 05/2003 - DESENVOLVE; (ii) diferimento nas importações e nas aquisições internas ou interestaduais de bens destinados ao ativo fixo, relativamente à diferença de alíquotas, para o momento da desincorporação e (iii) dilação de prazo de 72 (setenta e dois) meses para pagamento do saldo devedor das operações próprias referentes ao investimento previsto no projeto incentivado.

Do cotejo entre os levantamentos de fls. 69 a 71 do PAF e o livro Registro de Apuração do ICMS percebe-se que, de fato, o autuado não segregou as saídas de mercadorias recebidas de terceiros (CFOP 5152/6152), não incentivadas, daquelas objeto da dilação de prazo, infringindo também o art. 1º, II da Resolução nº 05/2003. O fato verificado no caso concreto foi que o contribuinte não recolheu a parcela do ICMS não incentivada, nos meses de mar, abr, jun, ago, set, out, nov. e dez de 2009, todos objeto de declaração nas respectivas DMA's, perdendo nestes meses, o direito de usufruir a dilação da parcela incentivada do ICMS, via DESENVOLVE

No tocante à alegação de não incidência do ICMS nas operações de transferência de mercadorias para estabelecimento essas operações são definidas na legislação como tributadas, nos termos da Constituição Federal, Lei Complementar nº 87/96 e Lei Estadual nº 7.014/96. A Lei Estadual do ICMS, em define esta questão, em seu art. 4º, inc.I, ao estabelecer a regra do momento da ocorrência do gato gerador do imposto, conforme transcrição abaixo:

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

I - da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular;

A jurisprudência citada, em especial a Súmula nº 166 do STJ, não é vinculante para a Administração Pública, visto que a consolidação desse entendimento não se deu em sede de ação de controle concentrado de constitucionalidade. Não se trata também de súmula vinculante editada pelo STF (Supremo Tribunal Federal).

Do exposto, considero procedente a infração 1.

Em relação à infração 2, correspondente à cobrança do DIFAL (diferença de alíquotas), adoto a mesma linha de entendimento exposta no Parecer DITRI nº 9.042/2007, de 09/01/07.

A regra estabelecida no art. 155, § 2º incisos VII e VIII da Constituição Federal, prescreve que as operações interestaduais com mercadorias ou bens destinados a estabelecimento de contribuinte do ICMS são tributadas com alíquota interestadual, cabendo ao Estado da localização do destinatário o imposto correspondente entre a alíquota interna e a interestadual. As alíquotas internas dos Estados de origem devem ser aplicadas apenas nas operações que destinem mercadoria ou bem para consumidor final.

Nessa esteira, as saídas de mercadorias destinadas a contribuintes do ICMS terão que ser tributadas, obrigatoriamente, à alíquota interestadual, cabendo ao destinatário efetuar, para o seu Estado, recolhimento da diferença de alíquotas.

Nesse sentido, o RICMS-BA/97, no artigo 5º estabelece que, para efeitos de pagamentos da diferença de alíquota, ocorre o fato gerador do ICMS no momento da entrada, no estabelecimento de contribuinte, de mercadoria ou bem oriundos de outra unidade da Federação, quando destinado a uso, consumo ou ativo permanente do próprio estabelecimento. Nas aquisições

interestaduais de mercadoria ou bem destinadas ao uso e consumo do estabelecimento deverá ser efetuado o recolhimento da diferença de alíquotas.

Por sua vez, o RICMS-BA/97, art 2º, inciso I, vigente à época da ocorrência dos fatos geradores, estabelece a incidência do imposto na remessa de mercadoria ou bem de um estabelecimento para outra do mesmo titular, sendo irrelevante para a exação a destinação que o adquirente pretende dar á mercadoria ou bem: se revenda ou uso e consumo do próprio estabelecimento. Sendo assim, nas entradas de material de uso ou consumo, recebidos em transferência de outro estabelecimento da empresa, o estabelecimento destinatário deverá pagar, por força das normas acima mencionadas, a diferença entre a alíquota interna e a interestadual.

A infração 2 deve também ser mantida.

Em face do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **207090.0008/12-3**, lavrado contra **REEMPLARI EMBALAGENS PLÁSTICAS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.018.892,95**, 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, 04 de abril de 2013.

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – PRESIDENTE

TOLSTOI SEARA NOLASCO - RELATOR

ILDEMAR JOSÉ LANDIN – JULGADOR