

A. I. Nº - 149269.0007/10-0
AUTUADO - BANDEIRANTE QUÍMICA LTDA.
AUTUANTES - LELITA VIEIRA TIGRE DA SILVA
ORIGEM - INFAS ATACADO
INTERNET 19.10.2011

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0262-05/11

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. VENDAS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA A CONTRIBUINTES DESTE ESTADO. FALTA DE RETENÇÃO DO ICMS PELO CONTRIBUINTE SUBSTITUTO. As mercadorias objeto da autuação só estariam fora do enquadramento no regime de substituição tributária, se destinadas à empresas beneficiadas pelo PROAUTO (Lei. 7537/99). Não restou comprovado nos autos que a empresa destinatária das mercadorias, GAGE DO BRASIL LTDA, é beneficiária dos benefícios fiscais concedido pelo programa de incentivo fiscal supracitado. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração foi lavrado em 28/12/2010, pelo fato do autuado, ter deixado de proceder a retenção do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, nas vendas realizadas para contribuintes deste Estado, totalizando o valor histórico de R\$149.829,74, com multa de 60%, conforme Art. 42, II, e, da Lei nº 7.014,96.

O autuado apresentou impugnação às fls. 271/278, aduzindo as seguintes razões de defesa: que todas as operações foram relativas às vendas de solvente feitas à filial da empresa GAGE DO BRASIL LTDA, situada na Av. Henry Ford, Camaçari/BA, conforme atestam as notas fiscais anexadas ao processo administrativo fiscal - PAF; que a filial da GAGE está instalada no pólo industrial da Ford Motor Company, pois fornece seus produtos apenas à FORD, empresa beneficiária do PROAUTO, nos termos da Lei nº 7.537/1999 do Estado da Bahia; que na condição de fornecedora da FORD, também é beneficiárias do PROAUTO, conforme parágrafo 1º do Art. 2º da Lei nº 7.537/99 e à luz do Art. 355 do RICMS, não se sujeitam ao regime da substituição tributária, as vendas de mercadorias às empresas beneficiária do PROAUTO. Que a GAGE se dedica tanto à industrialização como à comercialização de produtos químicos, nos termos do art. 4º do seu contrato social, em anexo; sendo de qualquer modo fornecedora da FORD, conforme certificado emitido pela mesma; assim, faz jus ao benefício do PROAUTO, pois está entre os fornecedores das indústrias automotivas, razão pela qual deve ser julgado improcedente o Auto de Infração.

Caso os documentos acostados ao processo não sejam suficientes à comprovação dos fatos narrados, requer diligência para comprovação da sua condição de fornecedora da FORD; por fim, mesmo que em última análise, a impugnante fosse responsável pelo recolhimento do tributo por força de substituição tributária, ainda assim a exigência seria descabida, pois por força do Art. 12 da Lei nº 7.547/99, é certo que a Ford, quando da saída dos produtos por si fabricados, recolheu o ICMS de forma diferida sobre as aquisições dos respectivos insumos, inclusive os adquiridos à GAGE e mesmo que a Ford não tivesse o benefício de pagar o ICMS de forma diferida, ainda assim a GAGE teria pago o imposto sobre as operações próprias.

Em resumo, o ICMS incidente sobre as operações subsequentes às vendas feitas pela impugnante à GAGE foi pago pela FORD ou em última análise, teria sido pago pela própria GAGE, sendo o presente lançamento tributário, caracterizado como bitributação; na remota hipótese de serem

considerados devidos os valores lançados no auto, é indubitável que estariam extintos pela decadência relativos aos meses de fevereiro a novembro de 2005, pois a impugnante só foi cientificada em 29/12/2010, mais de cinco anos após a ocorrência dos fatos geradores de cada um dos débitos nestes meses, tendo como fundamento o Art. 150, parágrafo 4º do CTN. Ante o exposto, requer a produção das provas requeridas na impugnação, inclusive com diligência para apuração dos fatos, e que a infração seja julgada procedente e em qualquer hipótese, reconhecer a decadência dos tributos no período de fevereiro a novembro de 2005.

A autuante, em sede de informação fiscal, às fls. 549/551/180, traz as seguintes ponderações: que de fato a impugnante sempre achou que a GAGE DO BRASIL LTDA, por estar instalada no pólo industrial da FORD, fosse classificada como indústria e assim, não estaria sujeita à substituição tributária, mas embora promova todas as suas vendas para a FORD, não se enquadra na exceção do Art. 355, VIII, do RICMS/BA pelos seguintes motivos:

1. por estar cadastrada neste Estado com a atividade de comércio atacadista e não com atividade de indústria;
2. apurar o ICMS de suas operações normalmente, quando as outras empresas sistemistas da FORD utilizam o diferimento previsto na legislação.

O art. 12º da Lei nº 7.537/99 trata do diferimento do ICMS nas sucessivas saídas internas com destino final ao beneficiário principal do PROAUTO, mas não é ocaso da GAGE que recolhe o ICMS normalmente; que as empresas sistemistas da FORD atendem outros requisitos estabelecidos em lei e um destes requisitos, é a aprovação do FUNDESE dos projetos dos fornecedores, conforme estabelece o art. 12, § 1º da Lei nº 7.537/99 e quanto à decadência reivindicada pela impugnante, o Art. 965, I do RICMS, está previsto que o prazo é contado a partir do primeiro dia do exercício seguinte em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

VOTO

A impugnante trouxe aos autos diversos documentos com o fito de provar que as suas vendas à GAGE estão dentro da previsão legal, por se tratar de empresa sistemista da FORD e gozando dos benefícios concedidos pela Lei nº 7.537/99 que por tal razão não era obrigada a fazer a retenção do ICMS. Estes documentos são o contrato social da própria impugnante, da destinatária dos seus produtos, a GAGE, as notas fiscais de venda que foram objeto da autuação, e um e-mail enviado por funcionária da GAGE, a autuante, a pedido da impugnante, explicando que a GAGE é equiparada à indústria, e tem como único cliente a própria FORD, e é empresa beneficiada do PROAUTO, do qual se beneficia também.

Indefiro inicialmente o pedido de diligência por considerar que prova necessária à solução da lide (de que a GAGE é beneficiária do PROAUTO), não tem complexidade que requeira diligência. O programa especial de incentivo ao setor automotivo da Bahia – PROAUTO foi instituído pela Lei nº 7.537 de 28 de outubro de 1999 com a finalidade de criar estímulos à implantação de empreendimentos industriais no setor automotivo da Bahia, podendo habilitar-se tanto a empresa que fabrica automóveis como também as empresas fornecedoras cujas atividades sejam correlatas ou complementares e de acordo com § 1º, Art. 2 da supracitada lei, é condição “*sine qua non*” ser listado no projeto do empreendimento e ser aprovado pelo Conselho Deliberativo do FUNDESE – Fundo de Desenvolvimento Social e Econômico. Vejamos o que diz a Lei:

Art. 12 da Lei 7.537/99 : O lançamento do ICMS incidente nas sucessivas operações internas e nas decorrentes de importação, com as mercadorias arroladas no § 1º, com destino final a estabelecimentos fabricantes de veículos automotores, beneficiários principais do PROAUTO, fica diferido para o momento das saídas dos produtos por eles promovidas.

§ 1º - O diferimento previsto neste artigo aplica-se às operações com:

I - insumos em geral, destinados à fabricação de:

a) veículos automotores;

b) partes, peças e componentes automotivos.

II - veículos automotores novos, partes, peças e componentes importados, destinados à revenda;

III - partes, peças e componentes nacionais, destinados à revenda;

IV - bens destinados ao ativo fixo, inclusive veículos automotores novos, das empresas beneficiárias.

....

§ 3º - Consideram-se insumos, para os efeitos do inciso I, do § 1º, deste artigo, as matérias-primas, os produtos intermediários, materiais de embalagem, partes, peças, componentes, conjuntos e subconjuntos, acabados e semi-acabados, pneumáticos e acessórios.

....

§ 5º - O diferimento do lançamento do imposto aplica-se, também, às operações realizadas entre os fornecedores das empresas beneficiárias principais do PROAUTO, observadas as condições previstas no caput deste artigo.

Embora comumente se entenda que as empresas vinculadas ao complexo Ford são todas beneficiárias do PROAUTO, a verdade é que nem todas as empresas ditas “sistematistas” da Ford, e que inclusive tem suas instalações anexas ao seu complexo industrial, são beneficiárias do PROAUTO, por não se enquadrarem dentro dos parâmetros estabelecidos em seu artigo 12, assim como há empresas que estão instaladas à distância considerável da FORD e são beneficiárias, como é o caso da PIRELLI em Feira de Santana, fabricante de pneus, que se enquadra na descrição do § 3º, como fornecedora de insumos (pneumáticos). Observando-se a mercadoria presente nas notas fiscais (solvente), o Art. 12 não trata explicitamente deste item como sendo insumo. Esta é a primeira evidencia de que a destinatária das mercadorias não está inclusa entre os beneficiários. Além disso, como informa a autuante, a GAGE realmente apresenta recolhimento normal de ICMS, conforme é possível verificar no sistema INC da SEFAZ, diferentemente das outras empresas beneficiárias da lei de incentivo, cujas saídas são diferidas e não apresentam recolhimento de ICMS normal.

Assim, por força do § 1º do Art. 2º da Lei nº 7.537, a empresa precisa de aprovação do seu projeto pelo Conselho Deliberativo do FUNDESE para habilitar-se ao diferimento. A empresa se torna beneficiária do PROAUTO após o FUNDESE se pronunciar a respeito por meio de resolução, pois o benefício não é automaticamente estendido a todo e qualquer fornecedor da FORD que seja beneficiário do PROAUTO. Vejamos o que diz literalmente o parágrafo 1º do Art. 2º:

§ 1º - A concessão dos benefícios e incentivos previstos nesta Lei, excluído o financiamento de capital de giro, estende-se aos fornecedores das empresas fabricantes de veículos automotores, cuja atividade econômica seja correlata ou complementar, listados no Projeto do empreendimento e aprovados pelo Conselho Deliberativo do FUNDESE.

Assim, um certificado da FORD que atesta a condição de fornecedora não é condição suficiente para que automaticamente uma empresa seja beneficiária do PROAUTO e um simples e-mail enviado por preposto da GAGE do BRASIL é um documento unilateral e informal, portanto é uma prova frágil e não pode garantir que a empresa seja beneficiária do diferimento concedido pelo programa de desenvolvimento estabelecido pelo governo do Estado da Bahia, pois a prova inconteste é a resolução do Conselho Deliberativo do FUNDESE concedendo à GAGE, o direito ao diferimento e isto não foi apresentado.

Quanto ao pedido de reconhecimento da decadência do lançamento tributário de fevereiro a novembro de 2005, a legislação pertinente no Estado da Bahia, o § 1º do art. 28 da Lei. nº 3.956/81 (Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB), fixou *o primeiro dia do exercício seguinte ao da ocorrência da hipótese tributária de incidência como o momento a partir do qual se iniciaria a contagem do prazo decadencial para constituição do respectivo crédito tributário* e o Conselho de Fazenda, por força do Art. 167, I, do RPAF, não tem competência para a declaração de inconstitucionalidade deste dispositivo do COTEB.

Quanto à alegada bitributação, no caso da empresa destinatária ter recolhido o ICMS operações próprias, não procede. Primeiro que se a GAGE eventualmente recolheu o ICMS normal sobre as operações próprias destas operações com a impugnante, provavelmente não recolheu o ICMS ST,

que é maior que o normal, por força da aplicação de margem de valor agregado, e ainda que o tenha feito, isto não caracteriza bitributação, que é o fenômeno pelo qual o mesmo fato gerador vem a ser tributado por dois ou mais entes políticos, ou seja, há concorrência de dois agentes no pólo ativo da relação tributária. Neste caso, poderia haver um “*bis in idem*”, ou seja, o mesmo ente tributando mais de uma vez pela ocorrência do mesmo fato gerador. Tal situação é perfeitamente solucionável, desde quando a GAGE teria direito à restituição do indébito, mas de todo modo, a sujeição passiva legal perante a Secretaria da Fazenda, é de responsabilidade do autuado, não havendo possibilidade prevista em lei que exima a sua responsabilidade, ainda que o imposto devido tenha sido recolhido por terceiros.

Diante do exposto, considerando-se que a GAGE aparece nos sistemas da SEFAZ com recolhimento normal de ICMS, regime incompatível com o de beneficiário do PROAUTO, da falta da resolução do FUNDESE na defesa da impugnante, e pelo fato da mercadoria comercializada não se encontrar entre as beneficiadas pela Lei nº 7.537/99, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **149269.0007/10-0**, lavrado contra **BANDEIRANTE QUÍMICA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$149.829,74**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e”, da Lei nº 7.014/96.7, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de outubro de 2011.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

ILDEMAR JOSÉ LANDIN – RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO - JULGADOR