

A. I. Nº - 279691.0025/19-3  
AUTUADO - GLOBALPLACK DO NORDESTE INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.  
AUTUANTE - JOILSON SANTOS DA FONSECA  
ORIGEM - IFEP NORTE  
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 26/01/2021

**4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0249-04/20-VD**

**EMENTA:** ICMS. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS CONSIDERADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. **a)** EMBALAGENS DE POTE TODDY 800 G RESINA. **b)** EMBALAGENS DE POTE TODDY 400 G RESINA. **c)** FR BOTI BABY ÁGUA DE COLÔNIA 100 ml. SAÍDAS DE PRODUTOS ADQUIRIDOS EM OUTRAS UNIDADES DA FEDERAÇÃO. O tratamento tributário aplicado pelo sujeito passivo de considerar as saídas internas destes produtos sujeitos ao diferimento do imposto, por se tratar de destinatários habilitados a operar neste regime, não encontra guarida na legislação tributária vigente visto que tal tratamento só se aplica as saídas dos produtos fabricados neste Estado, enquanto que a autuação incidiu apenas sobre produtos adquiridos fora deste Estado. Não acolhida a arguição de nulidade. Acusação subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

Trata o presente de Auto de Infração expedido em 10/12/19 para exigir crédito tributário no total de R\$499.527,52, mais multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96 em face das seguintes acusações:

1 - “*Deixou de recolher ICMS no montante de R\$333.898,51, no período de fevereiro/17 a fevereiro/18, em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. Esta infração refere-se as saídas de POTE TODDY 800 G RESINA, fabricados em outras unidades da federação, amparadas indevidamente com diferimento. Segue no anexo da infração a memória de cálculo com a apuração do imposto devido*”.

2 - “*Deixou de recolher ICMS no montante de R\$160.542,28, nos meses de fevereiro e março/17, julho/17 e setembro e outubro/17, em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. Esta infração refere-se as saídas de POTE TODDY 400 G RESINA, fabricados em outras unidades da federação, amparadas indevidamente com diferimento. Segue no anexo da infração a memória de cálculo com a apuração do imposto devido*”.

3 - “*Deixou de recolher ICMS no montante de R\$5.086,73, no mês de abril/18, em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. Esta infração refere-se as saídas de FR BOTI BABY ÁGUA DE COLÔNIA 100 ml, fabricados em outras unidades da federação, amparadas indevidamente com diferimento. Segue no anexo da infração a memória de cálculo com a apuração do imposto devido*”.

O autuado, por intermédio de seus patronos, ingressou com a Impugnação de fls. 28 a 38, onde apóis tecer considerações iniciais e apresentar uma síntese dos fatos, destacou que o autuante não considerou que as mercadorias objeto da autuação foram vendidas para clientes situados neste mesmo Estado e que, à época, gozavam do regime especial de tributação em razão de benefício fiscal, as quais seriam Pepsico do Brasil Ltda. e Botica Comercial Farmacêutica Ltda. (Boticário), em operações que contam com o diferimento do ICMS, em virtude de previsão expressa na própria legislação estadual.

Mencionou, também, que além disso, o enquadramento legal utilizado no Auto de Infração está completamente descasado com as infrações descritas, pois, enquanto fala em realização de operações tributáveis como não tributáveis em razão de amparo em diferimento indevido, foi atribuído descumprimento aos arts. 2º, I e 32 da Lei nº 7.014/96 que, por sua vez, tratam de incidência de ICMS e procedimentos para recolhimento do imposto, condutas que nada tem a ver com a operação autuada, configurando, assim, motivo para cancelamento do Auto de Infração.

Após apresentar a síntese acima, ingressou às razões de direito, onde no tópico intitulado “*Das operações autuadas: Hipóteses de inequívoca possibilidade de diferimento do ICMS – Previsão Legal – Destinatários das mercadorias que fruem de benefício fiscal concedido pelo estado da Bahia*”, onde afiançou que o autuante não levou em consideração elemento fundamental das saídas, cujos produtos vendidos tiveram como destinatários pessoas jurídicas amparadas pelo benefício fiscal do diferimento, cujas empresas nominou.

A este respeito citou e transcreveu o Art. 2º, inciso XIV do RICMS/BA que trata de diferimento do imposto nas operações internas com embalagens destinadas a contribuintes fabricantes dos produtos que mencionou, anexando documentação para efeito de comprovação de que as empresas Pepsico e Boticário possuíam habilitação para operar no regime de diferimento.

Neste sentido afiançou que o diferimento que empregou foi absolutamente correto e se encontra respaldado pela legislação vigente, razão pela qual a exigência fiscal além de indevida é completamente descabida porque o imposto exigido foi pago posteriormente pelos destinatários das mercadorias, beneficiários de incentivo fiscal, não podendo ser confundido o diferimento do ICMS com ausência de pagamento de imposto.

Destacou, ainda, que nas notas fiscais que abarcam as mercadorias objeto da autuação, constam, no campo “Informações Complementares” a explicação de que a operação realizada configurava hipótese de diferimento do ICMS por força do art. 2º, XIV do RICMS/BA, venda de embalagem a estabelecimento de contribuinte fabricante de produtos derivados de cacau e de chocolates, beneficiário de incentivo fiscal, conforme exemplo anexado.

Em seguida passou a arguir a nulidade do Auto de Infração por manifesto equívoco no enquadramento legal, asseverando que, no caso presente, houve erro no enquadramento legal, posto que a capitulação da infração, atinente às condutas citadas, não guarda relação com os fatos narrados no Auto de Infração, que abordam o suposto diferimento indevido do ICMS, matéria que, por sua vez, é tratada com especificidade pelo art. 7º da Lei nº 7.014/96 e não pelos arts. 2º ou 32 da mesma Lei, considerados pelo autuante.

Com isso sustentou que pela falta de subjeção da conduta narrada ao tipo fiscal imputada, o autuante fragilizou o lançamento quanto à matéria tributável bem como ao fato que teria gerado a obrigação tributária, requisitos essenciais de exigência e validade do ato administrativo, conforme prevê o art. 142 do CTN, o que torna, ao seu entender, em vício insanável.

Após transcrever decisões oriundas de Tribunais Pátrios acerca deste tema, concluiu pontuando que como o erro no enquadramento legal da autuação prejudica o lançamento como um todo, esse vício torna o ato administrativo inválido, razão pela qual o Auto de Infração é nulo.

Ao final disse que em face de estar demonstrada a insubsistência e improcedência da ação fiscal, espera que o presente Auto de Infração seja integralmente cancelado, protestando, ainda, pela produção de todas as provas admitidas em direito, a fim de demonstrar a veracidade dos fatos expostos.

O autuante apresentou a Informação Fiscal de fls. 154 e 155, destacando que a autuação versa sobre saídas de produtos tributados que ocorreram como não tributados. Apontou que se tratam de embalagens fabricadas em outras unidades da federação e que foram vendidas sem tributação sob o argumento de que as mesmas estavam amparadas pelo diferimento, acrescentando que na peça defensiva o autuado alegou que o inciso XIV, do art. 2º do RICMS/BA, ampara as referidas saídas.

Por outro ângulo disse que o autuado esqueceu de observar o § 7º do mesmo artigo citado, o qual limita de forma expressa as hipóteses de diferimento apenas para as mercadorias industrializadas neste Estado, restando claro, ao seu entender, que o autuado não poderia dar saídas dos produtos fabricados em outras unidades da federação sob o amparo do diferimento.

Quanto ao pedido de nulidade sob a argumentação de que os dispositivos legais citados no Auto de Infração não condizem com o motivo do lançamento, asseverou que não vislumbra tal possibilidade uma vez que as operações em lide são sujeitas a incidência do imposto, conforme dispõe o Art. 2º, inciso I da Lei nº 7.014/96, acrescentando que a citação a respeito da utilização do diferimento serviu apenas para indicar o que levou o autuado a dar saídas sem tributação, porém, a infração é realmente a capitulada, ou seja, saídas de mercadorias tributadas como não tributadas, amparadas no Art. 2º, inciso I da Lei nº 7.014/96.

Concluiu mantendo a autuação na sua íntegra.

## VOTO

As acusações que versam nos presentes autos estão postas na forma abaixo reproduzidas:

1 - *“Deixou de recolher ICMS no montante de R\$333.898,51, no período de fevereiro/17 a fevereiro/18, em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. Esta infração refere-se as saídas de POTE TODDY 800 G RESINA, fabricados em outras unidades da federação, amparadas indevidamente com diferimento. Segue no anexo da infração a memória de cálculo com a apuração do imposto devido”.*

2 - *“Deixou de recolher ICMS no montante de R\$160.542,28, nos meses de fevereiro e março/17, julho/17 e setembro e outubro/17, em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. Esta infração refere-se as saídas de POTE TODDY 400 G RESINA, fabricados em outras unidades da federação, amparadas indevidamente com diferimento. Segue no anexo da infração a memória de cálculo com a apuração do imposto devido”.*

3 - *“Deixou de recolher ICMS no montante de R\$5.086,73, no mês de abril/18, em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. Esta infração refere-se as saídas de FR BOTI BABY ÁGUA DE COLÔNIA 100 ml, fabricados em outras unidades da federação, amparadas indevidamente com diferimento. Segue no anexo da infração a memória de cálculo com a apuração do imposto devido”.*

Conforme se verifica acima, as acusações tratam de exigência de imposto relacionado a saídas de mercadorias consideradas com amparo no diferimento do imposto, as quais, no entendimento do autuante, não encontram guarida na legislação tributária para aplicação do tratamento empregado pelo autuado, pelo fato de se referirem a saídas de embalagens fabricadas em outras unidades da federação, por isso, tratam de saídas de produtos que deveriam ter sido ser tributados normalmente.

O autuado arguiu a nulidade do Auto de Infração em face de manifesto equívoco no enquadramento legal da infração que lhe fora imputada. Não é isto que vejo na autuação.

O enquadramento legal considerou como infringidos os artigos 2º, I e 32 da Lei nº 7.014/96, os quais se referem, respectivamente a incidência do ICMS nas operações de saídas de mercadorias tributáveis, consideradas indevidamente como alcançadas pelo diferimento do imposto, portanto, consideradas não tributáveis para aquelas operações praticadas, enquanto o art. 32 se refere a data em que o imposto deveria ter sido recolhido, o mesmo ocorrendo em relação ao art. 332, I do RICMS/BA, também indicado.

A questão do diferimento do imposto, cuja especificidade está contida no art. 7º e seguintes da mesma lei, apesar de não ter sido citado no enquadramento legal, não resulta em ocorrência de erro material do lançamento, visto que, a acusação não exige imposto diferido em face de ocorrência do termo final para o diferimento, e está posta de forma clara que se trata de

exigência de imposto “em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. Esta infração refere-se as saídas de POTE TODDY 800 G RESINA, fabricados em outras unidades da federação, amparadas indevidamente com diferimento”. Tal fato se encontra consignado também nas infrações 02 e 03, modificando apenas os produtos comercializados.

Observe-se que os demonstrativos elaborados pelo autuante, juntados aos autos e citados na inicial, indicam que as infrações apuradas se relacionam a “operações tributadas como não tributadas – saídas com diferimento de produtos fabricados em outra unidade da federação”, situação esta que ofereceu, ao autuado, plena condição para o exercício da defesa, o que ocorreu.

Pelo fato de não vislumbrar qualquer prejuízo ao autuado e nenhuma prejudicialidade no lançamento, afasto a arguição de nulidade suscitada pela defesa.

No tocante ao mérito da autuação o autuado arguiu sua improcedência asseverando que as operações que praticou estão amparadas pelo diferimento previsto pelo art. 2º, inciso XIV do Decreto nº 6.734/97, por se tratar de saídas internas destinados a fabricante de produtos derivados de cacau e de chocolates que possuem habilitação para operar no regime de diferimento (infrações 01 e 02), e com base no inciso XXXIX, do mesmo artigo, no caso de saídas internas destinadas à utilização como insumo em estabelecimento industrial de contribuinte fabricante de cosméticos (infração 03), situações estas que fez constar no campo “informações complementares” dos documentos fiscais emitidos.

Analizando os dispositivos supra, mencionados pelo autuado para respaldar seu procedimento, temos o seguinte:

*Art. 2º Ficam diferidos o lançamento e o pagamento do ICMS devido:*

(...)

*XIV - nas operações internas com açúcar, soro de leite e embalagem destinadas a estabelecimento de contribuinte fabricante de produtos derivados do cacau e de chocolates (CNAE - Fiscal 1093-7/2001), que tiverem obtido aprovação técnica para fruição de incentivo fiscal ou financeiro concedido por este Estado, mediante Resolução do Conselho competente, para o momento em que ocorrer a saída dos produtos resultantes de sua industrialização; (Redação do inciso dada pelo Decreto Nº 14249 DE 20/12/2012).*

*XXXIX - nas operações internas das mercadorias a seguir indicadas, destinadas à utilização como insumo em estabelecimento industrial de contribuinte fabricante de cosméticos, produtos de perfumaria e higiene pessoal que tiver obtido, mediante Resolução do Conselho competente, aprovação técnica para fruição de incentivo fiscal concedido por este Estado, para o momento em que ocorrer a saída dos produtos resultantes de sua industrialização:*

(...)

*f) frascos e potes plásticos - NCM 3923.30.00;*

Sob o ponto de vista da norma regulamentar acima posta, o procedimento do autuado estaria correto na medida em que praticou operações de saídas internas para contribuintes habilitados a operar no regime do diferimento, na situação posta. Ocorre, entretanto, que o autuado não atentou para a regra disposta pelo § 7º do mesmo decreto, que assim se expressa:

*§ 7º As hipóteses de diferimento previstas neste artigo para as operações internas somente serão aplicadas sobre as mercadorias industrializadas neste Estado. (Parágrafo acrescentado pelo Decreto Nº 16738 DE 20/05/2016).*

Nesta condição, o diferimento só ocorre para as mercadorias industrializadas neste Estado, enquanto que a exigência tributária recaiu sobre produtos que foram fabricados em outras unidades da federação, portanto, não sujeitos ao diferimento, cujas saídas são tributadas normalmente.

Aliás, não se pode perder de vista, que as aquisições pelo autuado destes produtos adquiridos em outros estados, geraram créditos fiscais nas entradas, enquanto as operações de saídas ocorreram sem tributação, ocasionando um acúmulo de crédito fiscal não previsto pela legislação.

Considerando, por fim, que o autuado não impugnou os cálculos apresentados pelo autuante constantes às fls. 08 a 17, entendo subsistente a autuação, na medida em que as operações objeto da autuação deveriam ter sido tributadas normalmente, ante as razões acima expostas.

Em conclusão voto pela PROCEDÊNCIA do presente Auto de Infração.

### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 4<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 279691.0025/19-3, lavrado contra **GLOBALPACK DO NORDESTE INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$499.527,52**, acrescido da multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 17 de novembro de 2020.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA

JOÃO VICENTE COSTA NETO – JULGADOR