

PROCESSO - A. I. Nº 279691.0025/19-3
RECORRENTE - GLOBALPACK DO NORDESTE INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 4ª JJF nº 0249-04/20-VD
ORIGEM - IFEP NORTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 10/08/2021

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C/JF Nº 0128-12/21-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 às saídas dos produtos fabricados neste Estado, enquanto que a autuação incidiu apenas sobre produtos adquiridos fora deste Estado. Acusação subsistente. Não acolhida a arguição de nulidade. Indefiro o pedido de diligência. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário, contra a Decisão recorrida que julgou Procedente o presente de Auto de Infração, expedido em 10/12/2019, 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. O autuante apresentou a Informação Fiscal de fls. 154 e 155. A 4ª JJF decidiu pela Procedência do Auto de Infração nos seguintes termos:

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, entendendo 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.

Os patronos da empresa autuada/ora recorrente ingressa com Recurso Voluntário às fls. 173/187. Tempestivamente a peça recursal faz uma síntese da autuação referente os períodos autuados, em razão de supostamente ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, com amparo em diferimento indevido.

Destaca que se trata de infrações iguais relativas a produtos fabricados e vendidos pela Recorrente: embalagem do achocolatado “Toddy” (800 e 400g) e frascos de água de colônia “Boti Baby” (100ml), em operações que a Fiscalização entendeu como amparadas por diferimento indevido de ICMS, o que a levou a cobrar da Recorrente a alíquota interna de 18% sobre essas saídas, acrescidas de multa de 60% do valor do imposto.

Salienta que a Fiscalização não considerou no Auto de Infração que as mercadorias autuadas foram vendidas para **clientes situados neste mesmo Estado** que, à época, gozavam de regime especial de tributação em razão de benefício fiscal, quais sejam as empresas Pepsico do Brasil Ltda. (“Pepsico”) e Botica Comercial Farmacêutica Ltda. (“O Boticário”), em operações que contam com o diferimento do ICMS em virtude de previsão expressa da própria legislação estadual.

Assevera que as operações autuadas realmente poderiam (e deveriam) ter sido amparadas com o diferimento do ICMS, ao contrário do que se afirma na autuação, o que torna o Auto de Infração ora impugnado totalmente improcedente.

Discorre que o enquadramento legal utilizado no Auto de Infração está completamente descasado com as infrações descritas: enquanto cogita suposta realização de operações tributáveis como não tributáveis em razão de amparo em diferimento indevido, a Fiscalização atribui à Recorrente descumprimento aos artigos 22, I e 32 da Lei nº 7.014/96, que, por sua vez, tratam da hipótese de incidência do ICMS e procedimentos para recolhimento do imposto, respectivamente, condutas que nada têm a ver com a operação autuada, restando configurado mais um motivo para o cancelamento do Auto de Infração nº 279691.0025/19-3.

Pontua que a decisão proferida pela 4ª Junta de Julgamento Fiscal (Acórdão JJJ nº 0249-04/20-VD), não acatou os argumentos de defesa constantes da impugnação, mantendo na íntegra as acusações, motivo pelo qual é interposto o presente recurso. Reproduz a ementa da decisão.

Alega quanto às **operações autuadas - diferimento do ICMS - previsão legal com destinatários das mercadorias que gozam de benefício fiscal**. Observa-se que o Fisco alega que a Recorrente teria se amparado em diferimento indevido do ICMS para tratar operações tributadas como não tributadas, deixando de recolher o imposto. Reitera que a autuação não considerou um elemento fundamental das saídas dadas pela Recorrente: os produtos vendidos tiveram como destinatários pessoas jurídicas amparadas por incentivo fiscal concedido pelo Estado da Bahia à época, quais sejam as empresas PepsiCo e Boticário, e que tais saídas estão contempladas pelo diferimento de ICMS, conforme previsão do Decreto nº 6.734/97. Transcreve o artigo 22, inciso XIV, que prevê o diferimento de ICMS.

Esclarece que as embalagens para os “potes Toddy”, produtos abarcados nos itens 1 e 2 do Auto de Infração, foram todos fabricados para a Pepsico, empresa fabricante do achocolatado em pó Toddy e que goza de incentivo fiscal perante o Estado da Bahia. Salienta que se confira o Cartão CNPJ da empresa, confirmando sua atividade de fabricação de produtos derivados do cacau e chocolates (CNAE 1093-7/01), bem como o seu Certificado de Habilitação de Diferimento, documento que autoriza a Recorrente a não tributar pelo ICMS as suas vendas de embalagem para sua cliente.

Verifica que o diferimento do ICMS pela Recorrente foi absolutamente correto e encontra respaldo na legislação, razão pela qual a cobrança do imposto pelo Estado da Bahia, além de indevida, é completamente descabida porque o imposto exigido foi pago posteriormente pelo destinatário das mercadorias, beneficiário de incentivo fiscal (o diferimento do ICMS não pode ser confundido com ausência de pagamento do imposto).

Destaca ainda que, nas notas fiscais autuadas, sempre constou no campo “Informações Complementares” a explicação de que a operação realizada configurava hipótese de diferimento do ICMS por força do artigo 2º, XIV do Decreto nº 6.734/97 (venda de embalagem a estabelecimento de contribuinte fabricante de produtos derivados do cacau e de chocolates, beneficiário de incentivo fiscal).

Pondera que a mesma situação ocorre quanto à infração 03. Assevera que o diferimento do ICMS nas vendas de frascos de água de colônia ao Boticário se dá com respaldo no inciso XXIX, do artigo 22 do Decreto nº 6.734/89, que prevê a postergação do pagamento do imposto nas operações internas com produtos destinados à utilização como insumo em estabelecimento fabricante de cosméticos.

E, assim como em relação à Pepsico, o diferimento do ICMS nas operações travadas com o Boticário também foi autorizado por Certificado de Habilitação de Diferimento da empresa, conforme fls. 181.

Afirma que resta demonstrado que o diferimento do ICMS era perfeitamente cabível nas operações em exame e foi utilizado corretamente pela Recorrente, que comprovou estar respaldada pela legislação, o que faz cair por terra o lançamento fiscal, já que o imposto realmente não era devido nas saídas autuadas, mas apenas, posteriormente, quando das vendas das mercadorias pelos clientes da Recorrente. Reproduz § 7º, do art. 2º do Decreto nº 6.734/97.

Sustenta que não prospera e contraria os fatos efetivamente ocorridos. Pede pela checagem das notas fiscais autuadas, juntadas no Doc. 04 da impugnação, para perceber que em todas elas, foi adotado o CFOP 5101, indicando que **houve industrialização no estabelecimento da Recorrente**.

Afirma que a fiscalização analisou os fatos de forma bastante rasa e ao perceber que a Recorrente deu entradas dos produtos (potes Toddy 400 e 800g e frascos água de colônia 100 ml) em notas de CFOP 2102, automaticamente lavrou o Auto de Infração, enquanto deveria, caso houvesse alguma

dúvida acerca da existência de industrialização em solo baiano, diligenciar ao estabelecimento do contribuinte.

Frisa que não foram produzidas provas - em absoluto - nesse sentido, havendo a mera informação que eles teriam sido “*fabricados em outras unidades da federação*” no Auto de Infração. Transcreve o conceito de industrialização que diz ser amplo – Art. 4º e seus incisos.

Assinala que os potes de Toddy e os frascos de água de colônia Boti adentraram o estabelecimento da Recorrente, provenientes de outra unidade da federação, pré industrializados (brutos). No estabelecimento, sofreram mais uma etapa de industrialização, relacionada ao seu acabamento, tendo sido cortadas e/ou aparadas as rebarbas dos potes e frascos, além de os produtos terem sido reacondicionados e embalados para posterior envio ao cliente.

Traz fotos e vídeos na mídia anexa ao Doc. 02 que evidenciam o alegado e deixam clara a existência de industrialização em solo baiano, sendo perfeita a aplicação do diferimento do ICMS, na forma da legislação.

Colaciona nessa oportunidade roteiros do processo produtivo da Recorrente envolvendo os três produtos que foram autuados (Doc. 03).

Alega nulidade do Auto de Infração por equívoco do enquadramento legal - vício de capitulação. Pontua que o enquadramento legal fixado no Auto de Infração não condiz, em absoluto, com as condutas que teriam ensejado o lançamento. Isso porque na autuação foi atribuída a infringência aos artigos 22, inciso I e 32 da Lei nº 7.014/96 pela Recorrente, os quais tratam de matérias alheias aos fatos narrados, quais sejam a descrição da hipótese de incidência do ICMS e os locais e procedimentos corretos para recolhimento do imposto.

Sabe-se que, o lançamento, como espécie de ato administrativo, deve preencher diversos requisitos relativos a seus elementos constitutivos (sujeito, forma, objeto, motivo e finalidade) para que sua validade seja efetivamente constituída, produzindo efeitos. Isso significa que, quando no lançamento há um defeito ou irregularidade que não reflita o motivo adequado de sua realização, está-se diante de um vício material, na construção da autuação, o que impõe a sua nulidade.

Contesta que, no presente caso, houve erro no enquadramento legal: a capitulação da infração, atinente às condutas citadas acima, 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 pelos artigos 72 e seguintes da Lei nº 7.014/96, e não pelos artigos 22 ou 32 da mesma lei, como arguiu o Fisco.

Disse que pela falta de subjeção da conduta narrada ao tipo fiscal imputado, a Fiscalização fragilizou o lançamento quanto à matéria tributável bem como ao fato que teria gerado a obrigação tributária, requisitos essenciais de existência e validade desse ato administrativo, como prevê o artigo 142 do CTN, o que torna o vício insanável.

Salienta que só conseguiu entender com exatidão as razões da autuação, após o advento da decisão de Primeira Instância, que afirmou que a suposta infringência da Recorrente recairia no § 7º, do art. 22 do Decreto nº 6.734/97 - que trata da obrigatoriedade de industrialização no Estado da Bahia para que as saídas se deem com o diferimento do ICMS - que, obviamente, deveria ter sido usado como fundamento legal do Auto de Infração.

Sustenta prejuízo à defesa (pós “*de nullité sans grief*”), eis que caso a Recorrente soubesse disso teria produzido provas específicas nesse sentido (ocorrência de industrialização no Estado da Bahia) desde a impugnação.

Verifica-se que, se o Auto de Infração tivesse sido corretamente embasado, permitiria uma defesa técnica adequada desde o Início e não apenas nesse recurso - inclusive produzindo prova tempestiva sobre o fato. Contudo, como só agora (em sede de recurso) a questão ficou clara,

também só agora a Recorrente produz essa prova.

Colaciona julgados do CARF (Acórdão nº 2202-00.427 - CARF 29 Câmara/2- Turma Ordinária, PA nº 10510.002305/2006-53, sessão de 04.02.2010) para casos de patente do erro no enquadramento legal do Auto de Infração, seguido de prejuízo ao contribuinte, o entendimento da jurisprudência administrativa é firme no sentido do cancelamento da autuação.

Reafirma por erro no enquadramento legal da autuação prejudica o lançamento como um todo, esse vício torna o ato administrativo inválido, razão pela qual, por mais esse aspecto, o auto de infração deve ser anulado.

Finaliza pedindo que:

- insubsistência e improcedência da ação fiscal, consequentemente o conhecimento e provimento desse recurso para que o Auto de Infração seja integralmente cancelado, reformando-se a decisão recorrida;
- protesta pela produção de todas as provas admitidas em direito, a fim de comprovar a veracidade dos fatos acima expostos, notadamente a documental, que já consta dos autos ou que venha a ser solicitada pelas decisões futuras neste processo.

É relatório.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo Contribuinte, nos termos no Art. 169, I, alínea “b” do RPAF, inconformado com a decisão da 4ª JF que julgou Procedente o presente Auto de Infração, no valor original de R\$499.527,52, em decorrência de falta de pagamento do imposto em razão de operações tributáveis como não tributáveis, para as três infrações imputadas, sendo que a primeira é para o produto “POTE TODDY 800 G RESINA”, a segunda é da mercadoria “POTE TODDY 400 G RESINA” e a terceira e última é “FR BOTI BABY ÁGUA DE COLÔNIA 100 ml”, para os exercícios de 2017 e 2018.

De início, informo que irei inverter as alegações feitas pelo recorrente, pois em suas razões, discorreu sobre os fatos de mérito primeiro, e, depois, vieram as alegações de nulidade.

Nas argumentações de **nulidade do Auto de Infração por erro/equívoco de enquadramento legal ou capitulação equivocada**, a recorrente trouxe a explicação de que tais dispositivos expostos nos autos, não condizem com as condutas que teriam ensejado o lançamento. Pontua que a autuação foi atribuída a infringência aos artigos 22, inciso I e 32 da Lei nº 7.014/96, os quais, tratam de matérias alheias aos fatos narrados, quais sejam, a descrição da hipótese de incidência do ICMS e os locais e procedimentos corretos para recolhimento do imposto.

Contesta ainda, que houve erro no enquadramento legal: a capitulação da infração, não guarda relação com os fatos narrados no Auto de Infração, que abordam o suposto diferimento indevido do ICMS, matéria que é tratada com especificidade pelos artigos 7º e seguintes da Lei nº 7.014/96, e não pelos artigos 22 ou 32 da mesma lei, como arguiu o Fisco. Sustenta fragilidade do lançamento quanto à matéria tributável, bem como, ao fato que teria gerado a obrigação tributária.

Disse que só entendeu as razões da autuação após as argumentações da decisão de Primeira Instância, e sustenta que houve prejuízo para a devida defesa da recorrente, pois se “*soubesse disso teria produzido provas específicas nesse sentido (ocorrência de industrialização no Estado da Bahia) desde a impugnação*”, no qual cerceou os argumentos postos.

Na análise dos documentos (demonstrativos), dos dispositivos que embasaram a autuação e dos fatos narrados desde a: impugnação; informação; decisão de primeira instância e as razões recursais que aqui foram colocadas para anular o Auto de Infração, não encontro nenhuma nulidade que se possa prosseguir.

Os demonstrativos, não contestados pelo recorrente os cálculos, já demonstram (as entradas e

saídas dos produtos não industrializadas no Estado da Bahia), que a descrição da autuação está alinhada com os fatos discutidos. Portanto, não há erro no enquadramento dos dispositivos, pois como bem asseverado pelo relator primário da decisão 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...”, assim afastada novamente a arguição de nulidade suscitada, agora, na fase recursal.

No mérito, alega que as **operações autuadas com diferimento do ICMS têm previsão legal com destinatários das mercadorias que gozam de benefício fiscal**. Explica que a autuação não considerou as saídas dadas pela Recorrente: os produtos vendidos tiveram como destinatários pessoas jurídicas amparadas por incentivo fiscal concedido pelo Estado da Bahia, à época, às empresas da PepsiCo e Boticário, e que tais saídas estão contempladas pelo diferimento de ICMS, conforme previsão do Decreto nº 6.734/97.

Esclarece que as embalagens para os “potes Toddy”, infrações 1 e 2 dos autos, foram todos fabricados para a Pepsico, empresa fabricante do achocolatado em pó Toddy, e que goza de incentivo fiscal perante o Estado da Bahia. Diz que constou no campo “Informações Complementares”, a explicação de que a operação realizada configurava hipótese de diferimento do ICMS por força do artigo 2º, XIV do Decreto nº 6.734/97 (venda de embalagem a estabelecimento de contribuinte fabricante de produtos derivados do cacau e de chocolates, beneficiário de incentivo fiscal).

No caso da infração 3, pontuou ser da mesma situação que as infrações anteriores. Explica que vendeu frascos de água de colônia ao Boticário com respaldo no inciso XXIX, do artigo 22 do Decreto nº 6.734/89. Afirma que o imposto não era devido nas saídas autuadas, mas apenas, posteriormente, quando das vendas das mercadorias pelos clientes da Recorrente, conforme se preceitua § 7º, do art. 2º do Decreto nº 6.734/97, onde sustenta que houve industrialização no estabelecimento da Recorrente.

Esclarece que deu entrada dos produtos (potes Toddy 400 e 800g e frascos água de colônia 100 ml), em notas de CFOP 2102, automaticamente lavrou o Auto de Infração. Solicita diligência acerca para a verificação de existência de industrialização em solo baiano, pois sustenta que os potes de Toddy e os frascos de água de colônia Boti adentraram o estabelecimento da Recorrente, provenientes de outra Unidade da Federação, pré industrializados (brutos) e, que depois sofreram mais uma etapa de industrialização, relacionada ao seu acabamento, tendo sido cortadas e/ou aparadas as rebarbas dos potes e frascos, além de os produtos terem sido reacondicionados e embalados para posterior envio ao cliente.

Logo, de início, indefiro a solicitação de diligência. Verifiquei que o contribuinte não comprou resina para a fabricação ou industrialização da mercadoria vendida para a PEPSICO e BOTICÁRIO, resina é muito diferente dos potes de resina já prontos. Também na colação das demonstrações, através das fotos e vídeos juntados no CD – fl. 198, não vejo fabricação dos potes, não está demonstrado claramente a referida industrialização, para se tornar efetiva esta industrialização teria que demonstrar que comprou somente a resina e fez realmente os potes e frascos. Só vejo nas fotos e vídeo a reembalagem da mercadoria, não destacando em si a industrialização.

Nas alegações de que goza do incentivo de diferimento a empresa que comprou os produtos, não vejo também como acolher essa alegação, pois como as embalagens dos potes de 400 e 800, e os frascos de colônia, não provam que a empresa, ora recorrente, realmente industrializou neste Estado, conforme preceitua o art. 2º, inciso XIV do Decreto nº 6.734/97, (infrações 01 e 02), e no inciso XXXIX do mesmo artigo, (infração 03), além do mais, o §7º destaca que o diferimento só acontece para as operações internas aplicadas sobre as mercadorias industrializadas neste Estado,

(Decreto nº 16738/2016), conforme alinhamento exposto pelo relator de primo grau em seu voto.

Portanto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário apresentado, e mantenho a decisão recorrida que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado, e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **279691.0025/19-3**, lavrado contra **GLOBALPACK DO NORDESTE INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$499.527,52**, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 06 de maio de 2021.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO OLIVEIRA PINHO – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE - REPR DA PGE/PROFIS