

A. I. N° - 279757.0002/20-4
AUTUADO - NORPACK INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PRODUTOS PLÁSTICOS LTDA.
AUTUANTE - AGILBERTO MARVILA FERREIRA
ORIGEM - DAT METRO / IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 20/12/2021

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0207-04/21-VD

EMENTA: ICMS. BENEFÍCIO FISCAL. PROGRAMA DESENVOLVE. PERDA DO DIREITO AO BENEFÍCIO. RECOLHIMENTO A MENOS. ILEGITIMIDADE PASSIVA. NULIDADE DO LANÇAMENTO. A exigência tributária recaiu sobre a empresa vendedora que emitiu corretamente os documentos fiscais arrolados na autuação, atribuindo a suspensão da tributação diante de existência de Resolução do Programa PROBAHIA e Habilitação para Diferimento, visto que, no caso presente, deveria recair, acaso devido, sobre a compradora. Declarada a nulidade do lançamento com base no Art. 18, inciso IV, alínea “a” do RPAF/BA. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente auto de infração, lavrado em 26/03/2020, traz a exigência de ICMS no valor histórico de R\$183.641,60, tendo em vista a constatação das irregularidades abaixo citadas:

Infração 01 - 03.02.04 – “Recolheu a menor ICMS em decorrência e erro na apuração dos valores do imposto”.

“Referente às efetivas saídas de mercadorias destinadas à revenda, faturadas para Cata Tecidos e Embalagens Industriais S.A. (matriz- CNPJ: 15.689.185/0001-60- e entregues à CD Embalagens Ltda. – CNPJ 04.235.163/0001-04- e Cata Tecidos e Embalagens Industriais S.A (filial – CNPJ 15.689.185/0002-41, conforme demonstrativo Anexo A e Diferimento Revenda, parte integrante do Auto de Infração”. ICMS exigido no valor de R\$96.653,49, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, inciso II, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96

Infração 02 - 03.08.04 – “Recolheu a menor o ICMS em razão de erro na determinação do valor da parcela sujeita a dilação do prazo prevista pelo Programa de desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – DESENVOLVE”.

“Referente às efetivas saídas de mercadorias destinadas à revenda, faturadas para Cata Tecidos e Embalagens Industriais S. A. (matriz - CNPJ: 15.689.185/0001-60- e entregues à CD Embalagens Ltda. – CNPJ 04.235.163/0001-04- e Cata Tecidos e Embalagens Industriais S.A (filial – CNPJ 15.689.185/0002-41, conforme demonstrativo Anexo A e Diferimento Revenda, parte integrante do Auto de Infração”. ICMS exigido no valor de R\$86.988,11, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, inciso II, alínea “f”, da Lei nº 7.014/96.

O autuado através de advogado habilitado ingressa com defesa, fls. 35/62, e após transcrever as infrações afirma que as mesmas não merecem prosperar, pois representa nítida ofensa à legislação aplicável, à jurisprudência deste Egrégio CONSEF, às provas dos autos e à verdade material.

Diz que em síntese, a infração considerou que deveriam ser tributadas operações de saída de mercadoria realizadas pela Impugnante que estavam acobertadas com o diferimento do ICMS em razão do benefício fiscal do PROBAHIA concedido aos adquirentes das mercadorias, os quais apresentaram à Impugnante, à época, o Certificado de Habilitação de Diferimento.

Por conseguinte, de forma confusa e ilegal, a infração pretendeu retirar o benefício fiscal do Desenvolve, ao qual a Impugnante tem direito, em razão do suposto recolhimento a menor do

ICMS por erro na determinação do valor da parcela sujeita à dilação de prazo, a qual não merece prosperar pois a Impugnante recolheu tempestivamente a totalidade da parcela não incentivada do ICMS devido no período da autuação fiscal.

Outrossim, a autuação representa nítido cerceamento ao direito de defesa da Recorrente, bem como grave insegurança quanto à infração imputada, conforme será demonstrado a seguir.

Segundo determina o art. 129, §1º, inciso V, do Código Tributário do Estado da Bahia (COTEB), é requisito indispensável do Auto de Infração a indicação dos dispositivos da legislação tributária supostamente infringidos pela conduta que é imputada ao contribuinte.

Sendo assim, a autuação fiscal deve deixar claro para o contribuinte quais foram os dispositivos que fundamentaram a exigência do crédito tributário que foi constituído contra si, possibilitando, deste modo, que o sujeito passivo entenda a infração que lhe está sendo imputada a ponto de poder exercer seu pleno direito de defesa.

Lembra que tal exigência decorre do direito à ampla defesa e ao contraditório, garantias fundamentais previstas constitucionalmente no art. 5º, LV, da CF/88. Outrossim, a necessidade da indicação da fundamentação legal é consequência também do princípio da fundamentação, ao qual está adstrito o procedimento de fiscalização.

Assim, será inválido o ato administrativo de lançamento tributário quando este não estiver devidamente fundamentado e não possibilitar ao contribuinte o exercício pleno dos seus direitos à ampla defesa e ao contraditório. Por conta disso, o art. 18, II e IV, “a”, do RPAF/99 determina que são nulos os Autos de Infração que preterirem o direito de defesa e que não tenham elementos para se determinar, com clareza, a infração imputada e o infrator.

No caso em análise, a fundamentação legal da infração é totalmente insuficiente e não justifica a cobrança de ICMS sobre operações acobertadas com diferimento do imposto.

Diz que na infração 01 estão indicados os artigos 24 a 26 da Lei nº 7.014/96 e o art. 305 do RICMS, que tratam de lançamento de compensação do Imposto e do regime de Conta - Corrente Fiscal, todavia não há qualquer fato de que as operações de circulação de mercadorias realizadas pela Impugnante não tiveram o ICMS destacado, porque estão acobertadas pelo diferimento do imposto previsto no art. 2º inciso III do Decreto nº 6.734/96.

Quanto à infração 02 a insegurança é ainda maior, pois tanto a descrição fática como o enquadramento legal não trazem qualquer justificativa para cobrança antecipada da parcela dilatada do programa Desenvolve realizada pela autuação fiscal, com a aplicação do desconto de 90%, conforme indicado no demonstrativo anexo ao Auto de Infração.

Acrescenta que estão indicados os artigos 37 e 38 da Lei nº 7.014/96. O primeiro (art. 37) prescreve que os benefícios fiscais somente serão concedidos ou revogados mediante Lei Complementar que regule a forma de deliberação dos Estados para tal concessão, conforme previsto na Constituição Federal. Vê-se, portanto, que o art. 37 não é aplicável ao caso, haja vista que não se discute a legalidade ou constitucionalidade do benefício fiscal do Desenvolve neste Auto de Infração.

Já o art. 38 da Lei nº 7.014/96 determina que nos casos em que o reconhecimento do benefício do imposto depender de condição, não sendo tal condição satisfeita, o imposto será considerado devido no momento em que ocorreu a operação ou prestação. Ou seja, tal dispositivo legal trata da hipótese legal de perda do benefício fiscal em razão do não atendimento da condição imposta ao contribuinte.

Portanto, tanto a descrição fática como a fundamentação legal do Auto de Infração representam grave insegurança quanto à infração que é imputada à Impugnante, bem como lhe cerceiam o seu direito constitucional à ampla defesa e ao contraditório.

Isso porque a fundamentação legal da presente autuação fiscal é totalmente superficial e genérica, principalmente a da infração 02, pois os dispositivos legais suscitados não se aplicam à

suposta infração descrita no Auto de Infração. Esta falta de clareza na imputação da infração cerceia o direito de defesa da Impugnante, que não tem como saber ao certo do que está sendo acusada.

Frisa que a nulidade de autuação fiscal em razão da falta de clareza na descrição da infração já foi reconhecida por este Egrégio CONSEF e nesse sentido transcreve ementas relativas aos ACORDÃO CJF Nº 0033-13/13, CJF Nº 0076-13/13 e CJF Nº 0249-12/11

Diante do exposto, resta claro que o Auto de Infração deve ser declarado nulo com base no art. 18, incisos II e IV, “a”, do RPAF, uma vez que representa nítido cerceamento de defesa do contribuinte, bem como acarreta insegurança quanto à determinação da infração que lhe é imputada.

Abre tópico denominado DA INEXISTÊNCIA DE RECOLHIMENTO A MENOR DO ICMS EM RAZÃO DO DIFERIMENTO DO IMPOSTO PREVISTO NO DECRETO Nº 6.734/97 (PROBAHIA), dizendo que A autuação fiscal imputa à Impugnante o recolhimento a menor do ICMS decorrente das “*efetivas saídas de mercadorias destinadas à revenda, faturadas para Cata Tecidos e Embalagens Industriais S/A (matriz) – CNPJ 15.689.185/0001-60 – e entregues à CD Embalagens Ltda. – CNPJ: 04.235.163/0001-04 - e Cata Tecidos e Embagagens (sic) Industriais S/A (filial) – CNPJ 15.689.185/0002-41*”. Todavia, estas operações de saída realizadas pela Impugnante foram destinadas a contribuinte com certificado de habilitação do diferimento decorrente do benefício fiscal do Probahia e, portanto, estavam sujeitas ao diferimento do ICMS previsto no art. 2º, III, alíneas “a” e “e” do Decreto nº 6.734/97.

Neste ponto, faz-se necessário descrever sumariamente o processo produtivo da Cata Tecidos e Embalagens Industriais S/A e a sua relação com as aquisições dos produtos “Liner” e “Saco Sanfonado” realizadas pela Cata perante a Norpack (Impugnante), frisando que tais explicações sobre o processo produtivo da Cata poderiam e deveriam ter sido esclarecidas durante a fiscalização, todavia, o Auditor Fiscal Autuante não se aprofundou sobre tal análise. Diante disso buscou informações junto às empresas Cata Tecidos e Embalagens Industriais S/A e CD Embalagens Ltda., que emitiram descriptivos dos processos produtivos referentes aos produtos adquiridos pela Cata Tecidos e Embalagens Industriais S/A junto à Impugnante (Doc. 15).

Passa a prestar esclarecimentos sobre as *operações com o produto “Liner” afirmando que* “Sacaria Revestida com Liner” é um dos produtos do portfólio da Cata Tecidos e Embalagens Industriais S/A, sendo que o “Liner” é um segundo saco colocado internamente em algumas Sacarias e produzido com material e processos diferentes dos utilizados pela Cata, por isso ela precisa adquirir o “Liner” junto à Norpack (Impugnante).

Informa que na época das operações objeto da autuação fiscal, o serviço de industrialização da “Sacaria Revestida com Liner” não era realizada pela Cata Tecidos e Embalagens Industriais S/A (matriz). Portanto, ela contratava a empresa CD Embalagens Ltda. para fazer o processo de industrialização referente ao revestimento da sacaria com Liner. Por conta disso é que o envio físico da mercadoria “Liner” era feito diretamente da vendedora (Impugnante) para a CD Embalagens Ltda., que realizava o serviço de industrialização por encomenda.

Informa que todas estas operações foram realizadas com emissão dos documentos fiscais previstos na legislação: *(i)* emissão, pela Norpack (Impugnante), de nota fiscal de venda por conta e ordem para a Cata, com previsão de entrega na CD Embalagens (Doc. 02); *(ii)* emissão, pela Norpack (Impugnante), de nota fiscal de Remessa de mercadoria por conta e ordem de terceiros, em venda à ordem, destinada à CD Embalagens (Doc. 03); *(iii)* emissão, pela CD Embalagens, de nota fiscal de serviço de industrialização realizado para a Cata (Doc. 04); e *(iv)* emissão, pela CD Embalagens, de nota fiscal de retorno de industrialização destinada à Cata (Doc. 05).

Apresenta fluxograma do processo de industrialização – CD Embalagens e informa que se se aplicava tanto ao produto “Liner” quanto ao produto “Saco Sanfonado”, com a emissão de todos os documentos fiscais legalmente exigidos para registrar as operações: Notas fiscais CFOP 5118 e CFOP 5923, emitidas pela Norpack (Impugnante) e Notas Fiscais CFOP 5124 e CFOP 5902, emitidas

pela CD Embalagens (*vide* docs. 02, 03, 04 e 05).

Em seguida fala sobre as operações com o produto “**Saco Sanfonado**”:

O “Big Bag Revestido com Saco Sanfonado” é outro produto do portfólio da Cata Tecidos e Embalagens Industriais S/A. O revestimento de Big Bag é um saco no formato sanfonado que é colado na parte interna do produto. O “Saco Sanfonado” é produzido com material e processos diferentes dos utilizados pela Cata, por isso ela precisa adquiri-lo perante a Norpack (Impugnante). O “Saco Sanfonado” é colocado em uma estrutura para que seja esticado, uma cola é aplicada e o Big Bag é colocado na sequência.

Informa que produção do “Big Bag Revestido com Saco Sanfonado” não era realizada pela Cata Matriz, e sim por sua filial. Por conta disso é que o envio físico da mercadoria “Saco Sanfonado” era feito diretamente da vendedora (Impugnante) para a Cata Filial, que realizava a industrialização referente à aplicação do saco sanfonado ao big bag.

Todas estas operações foram realizadas com emissão dos documentos fiscais previstos na legislação: **(i)** emissão, pela Norpack (Impugnante), de nota fiscal de venda por conta e ordem para a Cata, com previsão de entrega na Cata Filial (**Doc. 06**); **(ii)** emissão, pela Norpack (Impugnante), de nota fiscal de Remessa de mercadoria por conta e ordem de terceiros, em venda à ordem, destinada à Cata Filial (**Doc. 07**); e **(iii)** emissão, pela Cata Matriz de nota fiscal de transferência do saco sanfonado para a Cata Filial (**Doc. 08**).

Apresenta fluxograma do processo de industrialização realizado na Cata filial que se aplicava tanto ao produto “Saco Sanfonado” quanto ao produto “Liner”, com a emissão de todos os documentos fiscais legalmente exigidos para registrar as operações: Notas fiscais CFOP 5118 e CFOP 5923, emitidas pela Norpack (Impugnante) e Notas Fiscais CFOP 5151, emitidas pela Cata Matriz (*vide* doc. 06, 07 e 08).

Diz que esclarecida a natureza das operações realizadas entre a Norpack (Impugnante) e Cata Tecidos e Embalagens Industriais (matriz), bem como os processos de industrialização realizados pela CD Embalagens e pela Cata Filial para a Cata Matriz, deve-se observar que as operações de saída do “Liner” e do “Saco Sanfonado” da Norpack para a Cata estão contempladas com o diferimento do ICMS previsto no art. 2º, III, alíneas “a” e “e” do Decreto nº 6.734/97 em razão da Cata gozar do benefício fiscal do PROBAHIA, conforme Resolução nº 14/2015 do Conselho Deliberativo do PROBAHIA publicada no Diário Oficial do Estado de 21 de maio de 2015 (**Doc. 09**).

Acrescenta que o art. 1º, inciso II, alínea “b”, da Resolução nº 14/2015 do Conselho Deliberativo do PROBAHIA publicada no Diário Oficial do Estado de 21 de maio de 2015 (*vide* Doc. 09), cujo teor copiou, indica expressamente que a Cata Tecidos Embalagens Industriais Ltda. obtém o benefício fiscal do diferimento e lançamento do ICMS nas operações internas com embalagens para o momento em que ocorrer a saída dos produtos deles decorrentes.

Friza que a Resolução nº 14/2015 (*vide* Doc. 09) prorrogou o benefício já instituído na Resolução nº 13/2006 do Conselho Deliberativo do PROBAHIA (**Doc. 10**), logo, desde 2006 que a Cata Tecidos Embalagens Industriais Ltda. obtém o benefício fiscal do diferimento e lançamento do ICMS nas operações internas com embalagens para o momento em que ocorrer a saída dos produtos deles decorrentes.

Outrossim, a consulta realizada pela Impugnante ao site da SEFAZ/BA em 16/06/2016 (época dos pretensos fatos geradores objetos da autuação), demonstra que a Cata Tecidos Embalagens Industriais Ltda. está habilitada ao diferimento do ICMS nas aquisições internas de embalagens desde 19/05/2006 – Habilitação nº 5153000-7 (**Doc. 11**).

Acrescenta que Além da habilitação para diferimento do ICMS nas aquisições internas de embalagens desde 19/05/2006, à Cata Tecidos Embalagens Industriais Ltda. também está habilitada ao diferimento do ICMS nas operações internas com insumos e componentes desde 06/04/2016, conforme a Habilitação nº 9154.000-3 (**Doc. 12**).

Entende não restar dúvidas de que, à época dos fatos geradores o adquirente (Cata Tecidos

embalagens Ltda.) das mercadorias (Linear e Saco Sanfonado) fornecido pela Impugnante estava habilitada ao diferimento do ICMS nas aquisições internas de embalagens e que, portanto, estas operações não são tributadas.

Nada obstante isso, a autuação fiscal entendeu que as mercadorias fornecidas pela Impugnante foram destinadas à revenda, e que não estariam acobertadas pelo diferimento porque apesar de terem sido faturadas para Cata Tecidos e Embalagens Industriais S/A., (matriz CNPJ 15.689.185/0001-60), foram entregues à CD Embalagens Ltda. e à Cata Tecidos e Embalagens Industriais S/A (filial CNPJ 15.689.185/0002-41).

Todavia, a interpretação conferida pelo Auditor Fiscal Atuante não merece prosperar, uma vez que: **a)** as mercadorias não foram destinadas à revenda, e sim a processo de industrialização (embalagens); **b)** a entrega das mercadorias à CD Embalagens Ltda. ocorreu em razão da venda à ordem decorrente da remessa para industrialização; e **c)** o envio das mercadorias à Cata Tecidos e Embalagens Industriais S/A (filial CNPJ 15.689.185/0002-41) decorreu de venda à ordem decorrente da nota fiscal de transferência emitida pela Cata Matriz à Cata filial; e **d)** A Cata filial também está habilitada ao diferimento do ICMS em razão do benefício fiscal do Probahia.

Frisa que o fato de que as mercadorias não são destinadas à revenda, e que são embalagens aplicadas no processo produtivo da Cata Embalagens, mediante o serviço de industrialização por encomenda contratado junto à CD Embalagens Ltda. ou realizado na Cata Filial está demonstrado quanto acima explicitado e comprovado pelos documentos fiscais apresentados: **(i)** notas fiscais de venda por conta e ordem da Norpack para a Cata, com previsão de entrega na CD Embalagens e na Cata Filial (*vide* Doc. 02 e Doc. 06); **(ii)** notas fiscais de Remessa de mercadoria por conta e ordem de terceiros, em venda à ordem, destinadas à CD Embalagens e à Cata Filial (*vide* Doc. 03 e Doc. 07); **(iii)** notas fiscais de serviço de industrialização realizado pela CD Embalagens para a Cata (*vide* Doc. 04); **(iv)** notas fiscais de retorno de industrialização emitidas pela CD Embalagens e destinada à Cata (*vide* Doc. 05); e **(v)** notas fiscais de transferência emitidas pela Cata Matriz e destinadas à Cata Filial (*vide* Doc. 08).

Frisa que os documentos fiscais estão sendo apresentados nesta Impugnação por amostragem e que a Impugnante requer, desde já, a juntada posterior de todos os documentos fiscais referentes às operações objeto da autuação fiscal.

Requer a realização de diligência fiscal, com fulcro no art. 145 do RPAF, com o fito de comprovar a inexistência de mercadorias destinadas à revenda, em razão dos documentos fiscais emitidos e em atendimento ao princípio da verdade material.

Frisa que a empresa Cata Tecidos e Embalagens Industriais S/A., (filial CNPJ 15.689.185/0002-41), assim como a matriz, também tem direito ao diferimento do ICMS nas operações internas com embalagens, pois está contemplada pela Resolução do Conselho Deliberativo do PROBAHIA nº 18/2004, publicada no Diário Oficial do Estado de 19 de outubro de 2004 (Doc. 13), que lhe garante, em seu art. 1º, inciso II, alínea “b”, o diferimento nas operações internas com embalagens para o momento em que ocorrer a saída dos produtos deles decorrentes.

A Cata Tecidos e Embalagens Industriais S/A., (filial CNPJ 15.689.185/0002-41), cuja inscrição estadual é nº 106.136.355, também está habilitada para o diferimento nas operações internas com embalagens, insumos e componentes, conforme habilitação nº 009448.000-1 (Doc. 14).

Portanto, entende que não há motivos para se considerar que as operações de saídas da Impugnante para a Cata Embalagens (Matriz ou Filial) são operações tributadas, haja vista que elas estão contempladas pelo diferimento previsto no art. 2º, III, alíneas “a” e “e” do Decreto nº 6.734/97. Informa que este CONSEF já analisou situação semelhante envolvendo exatamente o mesmo contribuinte ora Impugnante (NORPACK INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PRODUTOS PLÁSTICOS LTDA.) e reconheceu que as operações envolvendo empresas beneficiadas pelo diferimento não são tributadas e transcreve Ementa referente ao ACÓRDÃO CJF nº 0434-12/08 e CJF nº 0288-11/08.

Arremata que o reconhecimento de que as operações realizadas pela Impugnante estão contempladas com o diferimento do ICMS acarreta, por conseguinte, na total improcedência das infrações 01 e 02 do presente Auto de Infração, pois as duas estão interligadas e decorrem dos mesmos fatos.

Ante o exposto, requer a declaração da improcedência total das infrações 01 e 02 em razão das operações realizadas pela Impugnante não serem tributadas porque estão beneficiadas com o diferimento previsto no art. 2º, III, alíneas “a” e “e” do Decreto nº 6.734/97.

No tópico denominado DA IMPOSSIBILIDADE DA PERDA DO BENEFÍCIO DO DESENVOLVE NOS CASOS DE RECOLHIMENTO A MENOR (ART. 18, § 3º DO DECRETO 8.205/02) diz que o art. 18 do Decreto nº 8.205/2002 regulamenta as situações em que o contribuinte beneficiado pelo programa do Desenvolve perderá o incentivo fiscal apenas naquele mês em razão do não recolhimento da parcela do ICMS não sujeita à dilação do prazo (parcela não incentivada). Sendo assim, a legislação do Desenvolve prevê que nos casos em que o contribuinte não recolhe o ICMS apurado e declarado como devido no mês (parcela não incentivada) perderá o benefício fiscal naquele mesmo mês sobre a parcela incentivada. Ou seja, a regra do *caput* somente se aplica quando o valor declarado pelo próprio contribuinte não é recolhido.

Todavia, a regra contida no *caput* do art. 18 do Decreto nº 8.205/2002 é aplicável tão somente aos casos em que se constata o não recolhimento total da parcela não incentivada, não se aplicando às situações em que o contribuinte, por algum equívoco, apura a menor o ICMS referente à parcela não sujeita à dilação do prazo. Esta exceção à regra do *caput* do art. 18 está expressamente prevista no §3º do mesmo dispositivo regulamentar, cujo teor transcreveu.

Conclui que somente é aplicável a perda do benefício fiscal do Desenvolve em relação à parcela incentivada naquele mês quando o valor apurado pelo próprio contribuinte a título de parcela não incentivada não é recolhido. Nos casos em que o contribuinte apura a menor o imposto devido no mês e realiza o pagamento deste valor escriturado a menor na data regulamentar, permanece-lhe assegurado o benefício em relação à parcela calculada como incentivada naquele mês.

Afirma que a jurisprudência deste Egrégio CONSEF corrobora o quanto exposto e esclarece totalmente a correta interpretação conferida ao § 3º do art. 18 do Decreto nº 8.205/2002 e transcreve ementas neste sentido. No caso em análise, nada obstante a clareza da redação do §3º do art. 18 do Decreto nº 8.205/2002 e da jurisprudência deste Egrégio CONSEF, a autuação fiscal ora impugnada imputou à Impugnante a pena de perda do benefício fiscal no mês por ter apurado ICMS a menor. Ou seja, em razão do imposto apurado na infração 01 cobrado pelo suposto recolhimento a menor do ICMS decorrente de erro na apuração dos valores do imposto, o auditor imputou o cometimento da infração 02 na qual exige antecipadamente o valor da parcela sujeita a dilação de prazo prevista pelo Programa de Desenvolvimento Industrial.

Tal infração foi fundamentada no art. 38 da Lei nº 7.014/96, que trata do não atendimento de condição para fruição de benefício fiscal. Todavia, conforme exposto acima, este dispositivo não se aplica ao caso em razão do quanto previsto no § 3º do art. 18 do Decreto nº 8.205/2002, que traz como condição para a manutenção do incentivo fiscal do Desenvolve o recolhimento do imposto efetivamente apurado e escriturado pelo contribuinte, excepcionando os casos em que o ICMS é apurado a menor.

Vê-se, portanto, que a infração 02 está em desacordo com o previsto na legislação do desenvolve (§ 3º do art. 18 do Decreto nº 8.205/2002) e jurisprudência deste CONSEF, devendo ser julgada totalmente improcedente.

Fala sobre a abusividade da aplicação de penalidade cominada em 60% do tributo devido, o que representa manifesta constitucionalidade por ofensa aos artigos 37 e 150, inciso IV, da CF/88.

Aduz que a multa aplicada no presente caso é totalmente desproporcional por representar mais da metade do valor da infração cometida, importando em verdadeiro confisco. A esse respeito, vale frisar que o STF negou provimento ao Agravo Regimental interposto pela União (Fazenda

Nacional) no RE 523.471, reconhecendo (i) que o princípio constitucional da vedação ao confisco se aplica às multas, e não apenas aos tributos, e (ii) a abusividade de multa de 60%, que ultrapassa e muito o valor declarado inconstitucional pelo STF, transcrevendo trecho da decisão.

Requer o afastamento da multa aplicada de 60% do valor do suposto imposto devido, sob pena de violação ao artigo 150, inciso IV, da CF, ou, ao menos seja ela reduzida a percentuais condizentes com o entendimento exarado pelo STF.

Finaliza solicitando a Nulidade/Improcedência do Auto de Infração pelos seguintes motivos:

(i) a ausência de descrição clara e precisa da infração acaba por trazer insegurança quanto à conduta imputadas à Impugnante e cerceia o seu direito de defesa, por infringir os princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa (artigo 5º, incisos (ii) as operações realizadas pela Impugnante estavam contempladas com o diferimento do ICMS previsto no art. 2º, III, alíneas “a” e “e” do Decreto nº 6.734/97, em razão do benefício fiscal do PROBAHIA concedido ao adquirente das mercadorias, devidamente habilitado para usufruir do diferimento, acarretando, por conseguinte, na TOTAL IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração;

(iii) a perda do benefício fiscal do Desenvolve aplicada no Auto de Infração está em desacordo com o quanto previsto na legislação do Desenvolve (§ 3º do art. 18 do Decreto 8.205/2002) e com a jurisprudência deste Egrégio CONSEF (Acórdão CJF nº 0039-12/15, Acórdão CJF nº 0390-11/14 e Acórdão CJF nº 0196-12/17), devendo ser julgada TOTALMENTE IMPROCEDENTE a cobrança antecipada e integral da parcela incentivada do Desenvolve.

(iv) a multa aplicada no percentual de 60% do valor do imposto supostamente devido é excessivamente abusiva e confiscatória, em ofensa aos artigos 37 e 150, inciso IV, da CF, devendo ser cancelada, ou reduzida a patamar razoável.

LIV e LV, da CF), devendo, portanto, ser declarada a NULIDADE do Auto de Infração, com base no art. 18, II, e IV, “a” do RPAF/99;

Reitera o pedido de realização de diligência e requer que todas as intimações, através da Imprensa Oficial, sejam publicadas em nome do Dr. Victor Pereira, inscrito na OAB/BA nº 30.664, com endereço na Av. Tancredo Neves, nº 1632, Salvador Trade Center, Torre Sul, Sala 2201/02, Caminho das Árvores, CEP 41820-020, Salvador/BA, sob pena de nulidade.

O autuante, ao prestar a informação fiscal, fls. 205 a 212 transcreve o teor das infrações e em seguida se manifesta em relação a nulidade arguida dizendo que a Autuada é beneficiária do programa de incentivo fiscal DESENVOLVE, conforme Resolução DESENVOLVE Nº 51/2006 (fls. 14). Assim, as saídas de mercadorias por ela produzidas e alcançadas pelo Art. 1º, da Resolução DESENVOLVE Nº 51/2006 são beneficiadas pelo incentivo fiscal previsto no Inciso II do mesmo dispositivo. Portanto, a apuração do ICMS da Autuada deve obedecer a Legislação Tributária aplicável, especialmente o Decreto nº 8.205/02 e a Instrução Normativa nº 27/2009. Logo, à vista de ter promovido saídas de mercadorias tributadas como não tributadas culminou em recolhimento a menor do ICMS Normal, na data regulamentar, da parcela não sujeita a dilação de prazo, cujo valor apurado é exigido na Infração 01.

Por decorrência, à vista de ter a Autuada cumprido o que determina o Art. 18, do Decreto nº 8.205/2002, recolhendo a parcela sujeita à dilação do imposto apurado na sua escrita fiscal até o 20º dia do mês subsequente, o procedimento adotado pelo Autuante foi da exigência da antecipação do ICMS DESENVOLVE, concedendo o desconto de 90% (noventa por cento), previsto na Resolução DESENVOLVE Nº 51/2006.

Ou seja, seguiu o procedimento adotado pela Autuada, em cada mês, da liquidação antecipada da parcela sujeita à dilatação (vencível no 20º dia do mês subsequente).

Logo, a Autuada parece que se confunde ao alegar, fls. 37, que “*pretende retirar o benefício fiscal do Desenvolve, ao qual a Impugnante tem direito, em razão do suposto recolhimento a menor do ICMS por erro na determinação do valor da parcela sujeita à dilação de prazo.*”

Pelo contrário, basta uma simples verificação no demonstrativo de fls. 9 a 15, especificamente nas colunas intituladas “ICMS Calculado”, “Desenvolve Diliação 90%”, ICMS Normal 10%” e “Desenvolve 2167 – 10%”.

O exigido na Infração 01 é o valor apurado na coluna “ICMS Normal 10%” e na Infração 02 “Desenvolve 2167 – 10%”.

Entende que os fatos foram narrados de forma clara e concisa no texto das infrações e de fácil entendimento numa simples leitura do demonstrativo e fls. 9 a 15.

No mérito, informa que em momento algum a autuação declara que a exigência decorre da falta do “certificado de habilitação do diferimento decorrente do benefício fiscal do Probahia” (fls. 42) da destinatária das mercadorias, à CATA TECIDOS E EMBALAGENS INDUSTRIAIS LTDA.

Esclarece que a exigência do imposto decorre do fato da Autuada ter promovido saídas de mercadorias tributadas, diferindo o ICMS, para destinatários beneficiados pelo incentivo fiscal do Crédito Presumido concedido através das Resoluções PROBAHIA Nº 14/2006 (fls. 22), 14/2015 (fls. 23), e 18/2004 (fls. 20 e 21).

Só que essas mercadorias (sacos) não são alcançadas pelo referido diferimento, conforme enuncia o artigo 1º, II, “b”, das citadas resoluções PROBAHIA.

A CATA TECIDOS E EMBALAGENS INDUSTRIAIS LTDA., matriz e filial, são fabricantes de embalagens de tecidos, fios, fitas, alças, cadarços, tecidos técnicos, lonas, sacos e geotêxtil, conforme comprovam as Resoluções PROBAHIA Nº 14/2006 (fls. 22), 14/2015 (fls. 23), e 18/2004 (fls. 20 e 21).

Essas citadas resoluções concedem à CATA TECIDOS E EMBALAGENS INDUSTRIAIS LTDA., matriz e filial, o benefício do diferimento nas operações internas com insumos e embalagens para o momento em que ocorrer a saída dos produtos deles decorrentes, conforme alínea “b”, do inciso I, do artigo 1º, das multicitadas resoluções.

Às fls. 17 a 19 capturamos, diretamente do site da CATA TECIDOS E EMBALAGENS INDUSTRIAIS LTDA., portfólio dos seus produtos ofertados ao mercado. Como se comprova, são sacos (embalagens) e tecidos utilizados na fabricação de sacos (também embalagens).

Que fique, aqui, claro e esclarecido que o Autuante já promoveu visita técnica, in loco (obviamente), ao estabelecimento da CATA TECIDOS E EMBALAGENS INDUSTRIAIS LTDA., matriz, estabelecida na Rua dos Plásticos, nº 315, no Polo Petroquímico de Camaçari, Camaçari-BA, em verificação aos produtos por ela fabricados.

O que se comprova nesta ação fiscal é que a Autuada, promoveu saídas, a título de vendas de produção do estabelecimento, conforme demonstrativo de fls. 9 a 15, de sacos...embalagens. São mercadorias utilizadas/consumidas no mercado por diversos ramos de atividade econômica, passíveis de revenda. Os sacos/embalagens vendidos pela Autuada, NORPACK INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PRODUTOS PLÁSTICOS LTDA., para a CATA TECIDOS E EMBALAGENS INDUSTRIAIS LTDA., são passíveis de ter como destino a revenda. As provas” estão evidenciadas às fls. 10 a 13 do PAF. Nas remessas dessas mercadorias para CD EMBALAGENS LTDA., (coligada/controlada/interdependente da CATA TECIDOS E EMBALAGENS INDUSTRIAIS LTDA.). As mercadorias que a Autuada alienou para a CATA TECIDOS E EMBALAGENS INDUSTRIAIS LTDA foram efetivamente remetidas e entregues à CD EMBALAGENS LTDA.

As mercadorias foram remetidas para o contribuinte CD EMBALAGENS LTDA., cuja atividade econômica não nos parece utilizar sacos como matéria-prima e, também, embalagem dos seus produtos.

O CFOP dessas operações foi: 5923 - Remessa de mercadoria por conta e ordem de terceiros, em venda à ordem.

Quanto ao processo produtivo da Cata diz que já foram prestadas bem antes do curso da ação fiscal (e não “durante a fiscalização”). É que já promoveu, anteriormente, verificações na CATA

TECIDOS E EMBALAGENS INDUSTRIAIS LTDA. O resultado poderá ser consultado no banco de dados da SEFAZ (por questões de sigilo fiscal o Autuante é impedido de apresentar detalhes).

Quando a Autuada declara “Diante disso, a Impugnante buscou informações junto às empresas Cata Tecidos e Embalagens Industriais S/A., e CD Embalagens Ltda., que emitiram descriptivos dos processos produtivos referentes aos produtos adquiridos pela Cata Tecidos e Embalagens Industriais S/A., junto à Impugnante (Doc. 15)” (destaque da Autuada), não deixou claro se “buscou” essas “informações” antes ou se depois da lavratura do Auto de Infração nº 279757.0002/20-4. Parece que foi posteriormente, no entanto, mera presunção do Autuante.

Já que foi citado, o “Doc. 15”, fls. 201 e 202, não são, aqui, nem em lugar nenhum “descriptivos dos processos produtivos” e sim duas declarações assinadas pelo Diretor Presidente.

Fato a destacar: quem subassina a “DECLARAÇÃO” da CATA TECIDOS E EMBALAGENS INDUSTRIAIS LTDA., na função de Diretor Presidente (fls. 201), também representa a CD EMBALAGENS LTDA., como “administrador não sócio” (fls. 202).

É necessário demonstrar de forma clara o que vem a ser o “*saco de liner*” e sua aplicação. O que se busca é determinar se a mercadoria se enquadra como matéria-prima, material secundário ou material de embalagem no processo produtivo da CATA TECIDOS E EMBALAGENS INDUSTRIAIS LTDA. Se não pode ser revendida no estado no qual foi adquirida.

Trás fotos dos produtos e questiona se esse processo de “industrialização” realizado pela CD EMBALAGENS LTDA é tão complexo que não poderia ser realizado pela CATA TECIDOS E EMBALAGENS INDUSTRIAIS LTDA.

Reafirma que A Autuada, através da Resolução DESENVOLVE Nº 51/2006 (fls. 16), obteve o benefício fiscal para, conforme o caput do artigo 1º, “produzir filmes termoplásticos, sacos, sacolas e filmes técnicos, compostos, produtos transformados e derivados de produtos químicos básicos e intermediários”.

A CATA TECIDOS E EMBALAGENS INDUSTRIAIS LTDA., matriz, obteve o benefício fiscal do Crédito Presumido (caput do artigo 1º), Resolução PROBAHIA Nº 14/2006 E 14/2015 (fls. 22 e 23), “nas operações de saídas de fios e fibras artificiais e sintéticas, fitas, alças, cadarços, tecidos, lonas, sacos e geotêxtil”.

Ora, um dos produtos beneficiados pela CATA TECIDOS E EMBALAGENS INDUSTRIAIS LTDA., é saco. Ou melhor, no plural: sacos. E a Autuada vendeu SACO LINER (fls. 24/25) e SACO SANFONADO (fls. 119) para a CATA TECIDOS E EMBALAGENS INDUSTRIAIS LTDA.

Assim como o SACO LINER e SACO SANFONADO é um produto final para a Autuada também o pode ser para a CATA TECIDOS E EMBALAGENS INDUSTRIAIS LTDA. Nada a impede da revenda. É uma mercadoria pronta para comercialização e uso. Não se classifica como matéria-prima, material secundário ou material de embalagem. Logo, não está amparada pelo benefício do diferimento, e lembra que a interpretação dos dispositivos legais não pode ultrapassar o que prescreve o artigo 111, da Lei nº 5.172/66, o CTN, cujo teor transcreve.

Ainda quanto a esse vai e vem de “*liner*” não há como não ponderar as alegações da Autuada quando comprovamos a emissão de Notas Fiscais pela CATA TECIDOS E EMBALAGENS INDUSTRIAIS LTDA., fls. 141 a 185, de “Transferência de Produção do Estabelecimento”, CFOP 5151, com descrição da mercadoria “LINER POLIETILENO”.

Ou seja, sacos de “*liner*” por ela produzidos...é o que diz a documentação fiscal. Ao que tudo indica, idênticos aos que adquiriu da Autuada...

Em se tratando da alegada “perda do benefício do DESENVOLVE” está provado que isto não aconteceu. Pelo contrário. O Autuante apurou os valores exigidos no Auto de Infração considerando todos os termos do incentivo fiscal da Autuada (Resolução DESENVOLVE Nº 51/2006).

Destarte, razão assiste à Autuada em parte da alegação quanto à Infração 02. Isto porque o

Autuante apurou o valor como se devido fosse dado ao fato de que naqueles meses a Autuada antecipou a liquidação da parcela sujeita dilação, concedendo o desconto de 90% e exigindo o imposto no 20º dia do mês subsequente.

A Autuada detém o direito de liquidar essa parcela dilatada em até 72 meses, conforme Inciso II, do Artigo 1º, da citada Resolução DESENVOLVE Nº 51/2006, utilizando-se dos percentuais de descontos na Tabela I, anexa ao Regulamento do DESENVOLVE (Decreto nº 8.205/02).

Somente para argumentar, o procedimento adotado pelo Autuante foi totalmente benéfico à Autuada. Isto porque, considerando os percentuais expressos na referida Tabela I, na data da lavratura do Auto de Infração, acaso a Autuada optasse por liquidar a parcela naquele mês, 03/2020, o percentual do desconto a ser aplicado seria de 0% (zero por cento).

Ou seja, seu pleito, que é legal e objetivo, na presente data, é de que não seja considerado o desconto de 90% previsto na Tabela I, na forma apurada pelo Autuante, e o julgamento procedente do valor integral, acrescidos dos juros previstos no Artigo 3º da Resolução DESENVOLVE Nº 51/2006.

À exceção dos meses de setembro de 2016 (inclusive) e seguintes foi considerado o desconto de 90% previsto na citada Resolução DESENVOLVE Nº 51/2006.

Entende ser desnecessária a realização da diligência solicitada e afirma não restar dúvidas, a partir de todas as provas acostadas ao Processo Administrativo Fiscal, inclusive muitas pela própria Autuada, de que as operações que realizou com a CATA TECIDOS E EMBALAGENS INDUSTRIAIS LTDA., relacionadas no demonstrativo de fls. 9 a 15 não estão beneficiadas pelo diferido previsto nas Resoluções DESENVOLVE Nº 18/2004 (fls. 20 e 21), 14/2006 e 14/2015 (fls. 22 e 23), por não se classificarem como matéria-prima, material secundário ou material de embalagem. Assevera que são mercadorias com características e qualidade de revenda: sacos.

Na sessão suplementar realizada em 31 de maio de maio de 2021 foi observado que o autuante prestar a Informação Fiscal discorda dos argumentos defensivos, e mantém integralmente a autuação, entretanto informa assistir razão em parte o autuado em relação à infração 02 asseverando que:

“Apurou o valor como se devido fosse, dado ao fato de que naqueles meses a autuada antecipou a liquidação da parcela sujeita a dilação, concedendo o desconto de 90% e exigindo o imposto no 20º dia do mês subsequente.

A autuada detém o direito de liquidar essa parcela dilatada em até 72 meses, conforme inciso II, do artigo 1º da citada Resolução DESENVOLVE Nº 51/2006, utilizando-se dos percentuais de descontos da Tabela I, anexa ao Regulamento do DESENVOLVE Decreto nº 8.205/02)

Somente para argumentar, o procedimento adotado pelo autuante foi totalmente benéfico à autuada. Isto porque, considerando os percentuais expresso na referida Tabela I, na data da lavratura do Auto de Infração, acaso a autuada optasse por liquidar a parcela naquele mês, 03/2020 o percentual do desconto a ser aplicado seria de 0% (zero por cento).”

Conclui que:

“Seu pleito, que é legal e objetivo, na presente data, é de que não seja considerado o desconto de 90% previsto na Tabela I, na forma apurada pelo autuante, e o julgamento procedente do valor integral, acrescidos dos juros previstos, no Artigo 3º da Resolução DESENVOLVE Nº 51/2006”.

Considerando que foram trazidas informações relevantes para a decisão da lide, o processo foi convertido em diligência para que a Inspetoria intimasse o sujeito passivo, fornecendo-lhe no ato da intimação, cópia da Informação Fiscal, fls. 205 a 212, com indicação do prazo de 10 (dez) dias para sobre ela se manifestar, querendo.

O sujeito passivo foi cientificado via Domicílio Tributário Eletrônico – DTE, conforme documento de fl. 219, onde se observa que a ciência foi considerada tácita em 09/058/2021.

Registro o comparecimento à sessão de julgamento virtual realizada nesta data do representante legal do autuado, Dr. Victor Cardoso Pereira, OAB/BA nº 30.664, para fim de efetuar sustentação oral dos argumentos defensivos.

VOTO

O presente Auto de infração lavrado diz respeito a exigência de ICMS, no valor total de R\$183.641,60, em face das seguintes acusações:

Infração 01 - *"Recolheu a menor ICMS em decorrência e erro na apuração dos valores do imposto.*

Referente às efetivas saídas de mercadorias destinadas à revenda, faturadas para Cata Tecidos e Embalagens Industriais S.A. (matriz - CNPJ: 15.689.185/0001-60) - e entregues à CD Embalagens Ltda. – CNPJ 04.235.163/0001-04- e Cata Tecidos e Embalagens Industriais S.A (filial – CNPJ 15.689.185/0002-41). Conforme demonstrativo Anexo A e Diferimento Revenda, parte integrante do Auto de Infração.

Infração 02 - *Recolheu a menor o ICMS em razão de erro na determinação do valor da parcela sujeita a dilação do prazo prevista pelo Programa de desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – DESENVOLVE*

Referente às efetivas saídas de mercadorias destinadas à revenda, faturadas para Cata Tecidos e Embalagens Industriais S.A. (matriz - CNPJ: 15.689.185/0001-60- e entregues à CD Embalagens Ltda. – CNPJ 04.235.163/0001-04 - e Cata Tecidos e Embalagens Industriais S.A (filial – CNPJ 15.689.185/0002-41, conforme demonstrativo Anexo A e Diferimento Revenda, parte integrante do Auto de Infração.

Não acolho os argumentos defensivos relacionados ao pedido de nulidade do Auto de Infração arguido pelo sujeito passivo visto que as acusações estão postas de maneira clara, sendo possível identificar os fatos que ensejaram a autuação; o sujeito passivo; a base de cálculo; a alíquota aplicada; o montante do débito.

Quanto a alegação defensiva de que os artigos indicados nas infrações não são condizentes com as supostas infrações esclareço que tal ocorrência não é ensejadora de nulidade do lançamento a teor do disposto no artigo 19 do RPAF/99, que assim determina:

"Art. 19. A indicação de dispositivo regulamentar equivale à menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente, não implicando nulidade o erro da indicação, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal".

Ademais, constato que as infrações encontram-se devidamente demonstradas de forma analítica, cujas planilhas elaboradas contêm todas as informações necessárias para a demonstração das infrações, e as mesmas foram entregues ao autuado, tanto que o mesmo compareceu ao processo trazendo fluxogramas e documentos que ao seu entender elidiria as infrações, prova cabal de ter entendido o teor da autuação, não havendo que se falar em cerceamento ao direito de defesa, nem restrição ao exercício do contraditório por parte do sujeito passivo, ou insegurança quanto a acusação, razão pela qual rejeito as preliminares de nulidade apresentadas nas razões de defesa.

Entretanto, observo que ambas as infrações dizem respeito ao recolhimento a menos do ICMS em razão de erro na determinação do valor da parcela não sujeita a dilação de prazo (infração 01) e sujeita a dilação de prazo (infração 02), prevista no Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia.

Tal constatação foi decorrente do fato da fiscalização ter considerado que as operações de venda de mercadorias realizadas pela empresa autuada, amparadas por diferimento do imposto, deveriam ser tributadas, pelo fato de se caracterizarem como produtos a serem revendidos pela adquirente, e não como embalagens dos produtos fabricados pela adquirente, no caso CATA TECIDOS E EMBALAGENS INDUSTRIAS.

De acordo com os documentos constantes nos Autos verifica-se que a autuada é beneficiária do Programa DESENVOLVE, conforme Resolução 51/2006 (fls. 16 e 16-v), e efetuou operações de

comercialização dos produtos “*sacos sanfonados para big bag sem solda e saco liner*” com a empresa Cata Tecidos e Embalagens Industriais Ltda., estabelecimentos matriz e filial, localizados no estado da Bahia, fazendo a entrega dos mesmos à empresa CD Embalagens Ltda., em operação de Remessa por Conta e Ordem de Terceiro, conforme documentos anexados por amostragem às fls. 24 a 27 dos autos.

Por sua vez a empresa Cata Tecidos e Embalagens Industriais Ltda. possui os benefícios instituídos pelo programa PROBAHIA, de acordo com as Resoluções de número 14/2015 e 18/2004, cópias às fls. 20 a 23, que estabelecem em seu artigo 1º:

Conceder à indústria CATA TECIDOS E EMBALAGENS INDUSTRIAL LTDA., CNPJ nº 15.689.185/0001-60 e IE nº 012.211.878NO, a se instalar em Camaçari, os seguintes benefícios:

(...)

II – Diferimento do lançamento e do pagamento do ICMS, nas seguintes hipóteses:

(...)

b) nas importações e nas operações internas com insumos e embalagens, para o momento em que ocorrer a saída dos produtos deles decorrentes”. (Resolução 14/2015).

E:

“Conceder à indústria CATA TECIDOS E EMBALAGENS INDUSTRIAL LTDA., CNPJ nº 15.689.185/0002-41 e IE nº 106.136.355NO, a se instalar em Camaçari, os seguintes benefícios:

(...)

II – Diferimento do lançamento e do pagamento do ICMS, nas seguintes hipóteses:

(...)

b) nas importações e nas operações internas com insumos e embalagens, para o momento em que ocorrer a saída dos produtos deles decorrentes”. (Resolução 18/2004).

Dessa forma, a empresa *CATA TECIDOS E EMBALAGENS INDUSTRIAL LTDA* possui o diferimento do pagamento do ICMS nas operações internas de embalagens para o momento das saídas dos produtos por ela fabricados.

Ocorre que na presente situação restou esclarecido que a industrialização foi efetuada em outro estabelecimento, no caso a CD Embalagens Ltda., conforme se depreende da informação trazida pela Impugnante na apresentação da defesa: “*na época das operações objeto da autuação fiscal, o serviço de industrialização da “Sacaria Revestida com Liner” não era realizada pela Cata Tecidos e Embalagens Industriais S/A (matriz). Portanto, ela contratava a empresa CD Embalagens Ltda. para fazer o processo de industrialização referente ao revestimento da sacaria com Liner. Por conta disso é que o envio físico da mercadoria “Liner” era feito diretamente da vendedora (Impugnante) para a CD Embalagens Ltda., que realizava o serviço de industrialização por encomenda*”.

Tal afirmativa é corroborada através da apresentação dos seguintes documentos: *(i)* notas fiscais de venda por conta e ordem da Norpack para a Cata, com previsão de entrega na CD Embalagens e na Cata Filial (fls.); *(ii)* notas fiscais de Remessa de mercadoria por conta e ordem de terceiros, em venda à ordem, destinadas à CD Embalagens e à Cata Filial (fls. 89 a 98 e 41); *(iii)* notas fiscais de serviço de industrialização realizado pela CD Embalagens para a Cata (fls. 100 a 104); *(iv)* notas fiscais de retorno de industrialização emitidas pela CD Embalagens e destinada à Cata (fls. 106 a 118); e *(v)* notas fiscais de transferência emitidas pela Cata Matriz e destinadas à Cata Filial (fls. 141).

Portanto, tal constatação não permite se concluir que as operações autuadas foram destinadas à revenda como concluiu a fiscalização, tendo em vista que para embasar o lançamento somente foram anexadas notas fiscais de venda emitidas pela autuada tendo como destinatária à Cata tecidos e Embalagens Industriais Ltda. e nota fiscal de remessa p/c ordem de terceiro, destinatária à CD Embalagens Ltda. dos produtos “*sacos sanfonados para big bag sem solda e saco liner*”.

Portanto, considerando que ao efetuar as vendas mencionadas anteriormente, objeto da autuação, a autuada/vendedora atentou para o fato de que tais operações estariam amparadas pelo

diferimento, por força das Resoluções acima indicadas entendo que a fiscalização não poderia impor apenação pelo fato da remessa dos produtos adquiridos pela Cata tecidos e Embalagens Industriais Ltda. terem sido remetidos para estabelecimento diverso, no caso a CD Embalagens Ltda.

Neste caso, entendo que a exigência tributária relacionada as operações objeto da autuação, caso comprovado que o estabelecimento adquirente deu destinação diversa, ao não o utilizar como embalagem nos produtos por ele industrializado, e simplesmente o revender para terceiros, deveria recair sobre a compradora, no caso à *CATA TECIDOS E EMBALAGENS INDUSTRIAL LTDA.*, o que implica em nulidade do feito, por ilegitimidade passiva, nos termos do artigo 18, inciso IV, alínea “b”, do RPAF/99, verbis:

“Art. 18. São nulos:

(...)

IV - o lançamento de ofício:

- a) que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator;*
- b) em que se configure ilegitimidade passiva”.*

Acrescento ainda que em relação à infração 02 a metodologia utilizada pela fiscalização para a apuração do imposto devido não obedeceu a legislação pertinente pois em se tratando do imposto com prazo de pagamento dilatado, nos termos do Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia - DESENVOLVE, o prazo para pagamento estabelecido é de 72 meses, contado a partir do fato gerador, enquanto que no presente caso foi exigido o imposto no próprio mês de apuração e concedido um desconto de 90%.

Por tais razões, tenho o lançamento como NULO, e recomendo que a autoridade competente analise a possibilidade de determinar novo procedimento fiscal a ser realizado a salvo das falhas aqui apontadas para apuração de possíveis irregularidades quanto aos procedimentos adotados pela empresa comprada.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar NULO o Auto de Infração nº 279757.0002/20-4, lavrado contra **NORPACK INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PRODUTOS PLÁSTICOS LTDA**. Recomenda-se que a autoridade competente analise a possibilidade de determinar novo procedimento fiscal a ser realizado a salvo das falhas

Esta Junta de Julgamento Fiscal, recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do artigo 169, inciso I, alínea “a” do RPAF/99, com as alterações promovidas pelo Decreto n 18.558/18, com efeitos a partir de 17/08/18.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 13 de outubro de 2021.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – RELATORA

JOÃO VICENTE COSTA NETO – JULGADOR