

PROCESSO - A. I. Nº 279757.0003/20-0
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - NORPACK INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PRODUTOS PLÁSTICOS LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 2ª JJF nº 0100-02/21-VD
ORIGEM - DAT METRO / IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 05/04/2022

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C/JF Nº 0041-12/22-VD

EMENTA: ICMS. BENEFÍCIO FISCAL. PROGRAMA DESENVOLVE. PERDA DO DIREITO AO BENEFÍCIO. RECOLHIMENTO A MENOS. Comprovado ter a empresa autuada emitido corretamente os documentos fiscais arrolados na autuação, atribuindo a suspensão da tributação diante da existência de Resolução do Programa PROBAHIA e Habilitação para Diferimento, não pode ser responsabilizada, sequer apenas com responsabilização por uso das mesmas pelo destinatário/adquirente diverso, de matéria prima ou produto intermediário. Afastada a preliminar de nulidade aduzida. Negado o pedido para realização de diligência. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto (art. 169, I, “a” do RPAF/99), no qual a JJF julgou Improcedente o presente Auto de Infração ora apreciado, lavrado em 26/03/2020, exigindo ICMS no valor de R\$ 297.898,06, além de multa de 60%, pela constatação da seguinte infração:

***Infração 01. 03.08.03.** Recolheu a menor o ICMS em razão da falta de recolhimento, na data regulamentar da parcela não sujeita a dilação de prazo, perdendo o direito ao benefício em relação à parcela incentivada prevista no Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – Desenvolve, no período de setembro a dezembro de 2016.*

Consta a seguinte informação do autuante: “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, sendo exigido o valor integral devido à falta de recolhimento, na data regulamentar, do Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza, na forma do art. 5º, do Decreto nº 16.983/2016, conforme Demonstrativo Anexo A e Diferimento Revenda, parte integrante do Auto de Infração”.

Tempestivamente, o autuado, por seu advogado, apresentou impugnação ao lançamento constante às fls. 40 a 70. Informação fiscal prestada pelo autuante às fls. 213 a 219. A JJF proferiu a seguinte decisão de piso, após rejeitar as preliminares suscitadas e indeferiu o pedido de diligência, relata quanto o mérito do Auto de Infração, conforme segue:

VOTO

(....)

No mérito, a autuação reside no fato de o autuante 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 insumos para industrialização, o que teria implicado em recolhimento a menor de parcela do ICMS previsto pelo Programa DESENVOLVE.

Suporta a acusação, o demonstrativo encartado às fls. 07 a 13 dos autos, sendo o mesmo relativo apenas a dois produtos: “sacos sanfonados para big bag sem solda e saco liner”.

Dos documentos existentes no feito, se constata que a autuada, empresa beneficiária do Programa DESENVOLVE, conforme Resolução 51/2006 (fls. 14 e 14-v), efetuou operações de comercialização dos produtos acima enumerados 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, como se depreende dos documentos de fls. 30 e 31.

Diante do fato de estar a empresa destinatária em seus estabelecimentos, amparada pelos benefícios fiscais instituídos pelo programa PROBAHIA, de acordo com as Resoluções de número 14/2015 (fl. 29), e 18/2004 (fls. 26 e 27), respectivamente.

Tais Resoluções, estabelecem em seus artigos 1º que:

Conceder à indústria CATA TECIDOS E EMBALAGENS INDUSTRIAIS 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 INDUSTRIAIS 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).

Ou seja: 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 dos dispositivos acima enunciados, agindo em conformidade com as regras comerciais, civis e tributárias.

Não pode, em momento posterior, a fiscalização lhe querer impor penação pelo fato de o estabelecimento adquirente dar destinação diversa ao produto, ao não realizar sobre o mesmo qualquer processo de industrialização, e simplesmente o revender para terceiros.

A legislação não prevê tal hipótese, para que o estabelecimento vendedor, no caso presente, a autuada, venha a ser responsabilizado solidariamente por qualquer desvio da mercadoria, por parte de outrem.

Desta maneira, somente teria responsabilidade acerca das operações realizadas com a vendedora, respeitando a sua condição de habilitada para operar com diferimento em tais situações, o que poderia ensejar, num primeiro momento, a nulidade da autuação por ilegitimidade passiva.

Todavia, esta questão pode vir a ser superada, se constataremos que, de fato, não se vislumbra qualquer conduta delitiva ou contrária à legislação por parte da autuada, a qual obedeceu ao regramento vigente, quando da realização de operações com “sacos sanfonados para big bag” e “sacos liner”.

Acaso fossem tais produtos destinados a simples revenda, por parte da adquirente, como pressupõe a fiscalização, a autuação deveria ser dirigida a empresa CATA TECIDOS E EMBALAGENS INDUSTRIAIS S. A., esta sim, responsável tributária por eventual fraude na aquisição das mercadorias, o que a mesma nega, asseverando em documento devidamente firmado por seu responsável legal e constante à fl. 209, o mesmo acontecendo com a empresa CD EMBALAGENS LTDA., (fl. 210), empresa onde foram as mercadorias entregues, por conta e ordem da CATA TECIDOS E EMBALAGENS INDUSTRIAIS S. A.

E aqui posso mencionar como base da presente posição, o teor do artigo 100 do CTN, ao dispor:

“Art. 100. São normas complementares das leis, dos tratados e das convenções internacionais e dos decretos:

I - os atos normativos expedidos pelas autoridades administrativas;

II - as decisões dos órgãos singulares ou coletivos de jurisdição administrativa, a que a lei atribua eficácia normativa;

III - as práticas reiteradamente observadas pelas autoridades administrativas;

IV - os convênios que entre si celebrem a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.

Parágrafo único. A observância das normas referidas neste artigo exclui a imposição de penalidades, a cobrança de juros de mora e a atualização do valor monetário da base de cálculo do tributo”.

As Resoluções do PROBAHIA que concedem diferimento às operações de aquisições de insumos por parte da adquirente dos produtos autuados, se enquadram perfeitamente na condição de ato normativo expedido por autoridade administrativa, de que nos fala a legislação, e além disso, no mesmo sentido, invoco o teor da Solução de Consulta 97, da então Secretaria da Receita Federal, através do DISIT 07, em 15/04/2003, cuja ementa reza:

“ASSUNTO: *Imposto de Produtos Industrializados - IPI*

EMENTA: *SUSPENSÃO. DECLARAÇÃO DA COMPRADORA. EXONERAÇÃO DA VENDEDORA. Em se tratando de suspensão de IPI regulada pelo art. 29 da Lei 10.637/2002 e art. 17 da IN 296/2003, a vendedora, agindo de boa-fé, e desde que se certifique da autenticidade formal da declaração firmada pela compradora, exime-se de responsabilidade pela veracidade e cumprimento do declarado”.*

E aqui é de pouca ou nenhuma relevância, o fato da mesma pessoa assinar os dois documentos, vez que na legislação comercial e societária se encontra prevista a existência de empresas coligadas, interdependentes, e com outras vinculações, sem que isso represente qualquer burla à mesma.

Logo, tendo as operações realizadas pela autuada sido feita na mais perfeita legalidade, não lhe cabe neste caso específico, qualquer imputação de infração à legislação tributária, motivo pelo qual, voto no sentido de que a autuação é improcedente.

Em razão da posição acima exposta, ficam prejudicadas as demais alegações defensivas arroladas em sede de impugnação.

Finalmente, diante da solicitação para que as comunicações e intimações fossem feitas através de seus advogados, nada impede que tal prática se efetive, e que as intimações possam ser encaminhadas, bem como as demais comunicações concernentes ao andamento deste processo para o endereço apontado. Contudo, o não atendimento a tal solicitação não caracteriza nulidade do Auto de Infração, uma vez que a forma de intimação ou ciência da tramitação dos processos ao sujeito passivo, encontra-se prevista nos artigos 108 a 110 do RPAF/99, os quais guardam e respeitam o quanto estabelecido no Código Tributário Nacional, em seu artigo 127, estipulando como regra, a eleição do domicílio tributário pelo sujeito passivo.

Da mesma forma, com a instituição do domicílio tributário eletrônico (DTE), a comunicação entre a Secretaria da Fazenda e o contribuinte, passou a utilizar este canal, dispensando qualquer outro meio, sendo a sua instituição feita pela Lei 13.199, de 28/11/2014, a qual alterou o Código Tributário do Estado da Bahia, no seu artigo 127-D.

Através de tal mecanismo, a SEFAZ estabelece uma comunicação eletrônica com seus contribuintes, para dentre outras finalidades, encaminhar avisos, intimações, notificações e cientificá-los de quaisquer tipos de atos administrativos, não sendo nenhuma novidade tal sistemática, até pelo fato do processo judicial eletrônico já ser adotado pelo Poder Judiciário há algum tempo, sem que se tenha conhecimento de qualquer contestação neste sentido.

Tendo em vista as observações do autuante em sede de informação fiscal, recomendo ao órgão competente analisar a possibilidade, respeitado o prazo decadencial, de procedimento de fiscalização, para verificação acerca da operação na Cata Embalagens, no sentido de apurar a efetiva industrialização dos produtos “saco sanfonado” e “saco liner”.

Devido a desoneração atualizada ser maior que R\$200.000,00, a JJF, recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art. 169, I, “a” do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 18.558/18, com efeitos a partir de 17/08/18.

Registro a presença na sessão de julgamento dos advogados do Autuado que efetuou a sustentação oral, Srs. Victor Cardoso Pereira e Rafael Figueiredo.

É o relatório.

VOTO

Observo que a decisão da 2ª JJF (Acórdão JJF Nº 0100-02/21 VD), desonerou o sujeito passivo reduzindo integralmente o crédito tributário com valor histórico de R\$ 297.898,06, à data do julgamento, sob as fls. 242, fato este que justifica a remessa necessária do presente feito para reapreciação nesta corte, restando cabível, portanto, o presente recurso.

Contemplando o Recurso de Ofício interposto pela 2ª JF, verifica-se que a desoneração decorreu em razão de que o autuante, ao elaborar o levantamento fiscal do Auto de Infração em epígrafe, **deixou de observar** que as operações de venda de mercadorias realizadas pela empresa autuada estavam legalmente amparadas por diferimento do imposto, que abrigava o direito à não tributação das operações tanto para a autuada, quanto para a destinatária.

No mérito, a autuação ocorreu devido o autuante ter considerado que as operações de venda de mercadorias realizadas pela empresa autuada, amparadas por diferimento do imposto deveriam ser tributadas, devido se caracterizarem como produtos a serem revendidos pela adquirente, e não como insumos para industrialização, o que teria implicado em recolhimento a menor de parcela do ICMS previsto no Programa DESENVOLVE.

Quanto à alegação do autuante de que as operações deveriam ser tributadas, com base em presunção de que pelo fato de se caracterizarem como produtos que poderiam ser revendidos pela adquirente, entendo ser uma situação aplicável a qualquer tipo de produto adquirido, que pode o destinatário dar uma destinação diversa. E em fazendo, a responsabilidade tributária deverá ser a ele imputada, e não ao remetente, que no momento da realização das operações não pode determinar qual a destinação a ser dada pelo seu cliente.

Merece apoio o voto do Julgador de Primeira Instância, quando diz que a legislação não prevê responsabilidade solidária por qualquer desvio da mercadoria ou da destinação a ela dada por parte de outrem. Ou seja, a sua responsabilidade está limitada às operações realizadas, respeitada a condição de habilitada para operar com diferimento pelo destinatário.

Constata-se nos autos que a autuada, empresa beneficiária do Programa DESENVOLVE, conforme Resolução nº 51/2006, (fls. 14 e 14-v), efetuou operações de comercialização dos produtos acima enumerados 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 comprova nos documentos acostados aos autos sob as fls. 30 e 31.

Em relação às remessas por Conta e Ordem de Terceiro, trata-se de operação triangular, regulada pelo Convênio ICM S/N, de 1970, ainda em vigor e transcrito nos Regulamentos baianos para o ICMS, editados desde a sua publicação. Ademais, constato que a empresa destinatária, em seus estabelecimentos, possui habilitação amparada pelos benefícios fiscais instituídos pelo programa PROBAHIA, de acordo com as Resoluções de nºs 14/2015, (fl. 29), e 18/2004, (fls. 26 e 27).

Mantenho também a recomendação ao órgão competente para analisar a possibilidade, respeitado o prazo decadencial, de procedimento de fiscalização para verificação acerca da operação na Cata Embalagens, no sentido de apurar a efetiva utilização na industrialização dos produtos “saco sanfonado” e “saco liner”.

Considerando que foram aplicados os dispostos do Art. 100 do CTN, que disciplina as normas complementares das leis, dos tratados e das convenções internacionais e dos decretos:

Considerando que as operações foram amparadas nas formalidades das resoluções do PROBAHIA, que concedem diferimento às aquisições de insumos por parte da adquirente dos produtos autuados destinados a contribuinte com habilitação do diferimento previsto no art. 2º, III, alíneas “a” e “e” do Decreto nº 6.734/97.

Considerando que as operações de saídas de mercadorias para as empresas Cata Tecidos e Embalagens Industriais S.A. (matriz), e entregues à CD Embalagens Ltda., bem como, à Cata Tecidos e Embalagens Industriais S.A. (filial), não restaram comprovadas que foram para revenda, entendo que não há que se exigir recolhimento do valor do Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza, na forma do art. 5º do Decreto 16.983/2016.

Neste sentido, verifico que as operações realizadas pela autuada foram feitas dentro da legalidade, não lhe cabendo, neste caso específico, qualquer imputação de infração à legislação

tributária da Bahia.

Assim, com as devidas comprovações apresentadas pela autuada e reconhecidas pelo julgador de piso, após as análises, concluo mantendo o entendimento consignado no voto do nobre relator da 2ª JJF.

Do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto, e manter a Decisão recorrida que julgou **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **279757.0003/20-0**, lavrado contra **NORPACK INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PRODUTOS PLÁSTICOS LTDA.**

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 14 de fevereiro de 2022.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS - PRESIDENTE

ANTONIO DIJALMA LEMOS BARRETO – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE - REPR. DA PGE/PROFIS