

A. I. N° - 2330380001/12-0

AUTUADO - NESTLÉ NORDESTE ALIMENTOS E BEBIDAS LTDA.

AUTUANTES - JALDO VAZ COTRIM e CARLOS ROBERTO DE CARVALHO

ORIGEM - IFEP NORTE

INTERNET - 23.11.2012

2^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0267-02/12

EMENTA: ICMS. 1. BENEFÍCIOS FISCAIS. DESENVOLVE. ERRO NA DETERMINAÇÃO DO VALOR DA PARCELA SUJEITA A DILAÇÃO DO PRAZO. RECOLHIMENTO A MENOS. Demonstrado o recolhimento a menos, afastadas as alegações de nulidade. Infração caracterizada. 2. CRÉDITO FISCAL. a) FALTA DE ESTORNO. ENTRADAS DE MERCADORIAS, CUJAS SAÍDAS OCORRERAM COM REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. Demonstrada as saídas com redução de base de cálculo. Infração caracterizada. b) MATERIAL DE USO E CONSUMO. Confirmada a destinação do material para uso e consumo. 3. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MATERIAIS DE CONSUMO. PAGAMENTO A MENOS. Confirmada a destinação do material para uso e consumo. 4. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. IMPOSTO RETIDO E NÃO RECOLHIDO. Confirmado o recolhimento do autuado. Infração elidida. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 16/05/2012, exige ICMS no valor histórico de R\$5.741.197,54 em razão das seguintes irregularidades:

Infração 01 – Recolheu a menor o ICMS em razão de erro na determinação do valor da parcela sujeita a dilação de prazo prevista pelo Programa de Desenvolvimento Industrial de Integração Econômica do Estado da Bahia. O ICMS com valor de R\$ 3.373.890,08. Multa de 60%;

Infração 02 – Deixou de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subsequentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor Multa de 60%;

Infração 03 – Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento. O ICMS com valor de R\$ 1.016.762,08. Multa de 60%;

Infração 04 – Utilizou crédito fiscal de ICMS relativo à entrada de bem do ativo imobilizado, apropriando-se de valor superior permitido pela legislação. O ICMS com valor de R\$ 50.492,32. Multa de 60%;

Infração 05 – Deixou de proceder ao recolhimento do ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia. O ICMS com valor de R\$ 91.636,45. Multa de 150%;

Infração 06 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento. O ICMS com valor de R\$ 164.164,77. Multa de 60%.

O sujeito passivo apresenta, às fls. 385 a 409, defesa aduzindo que, em relação à infração 1, a fiscalização acusa a requerente de recolhimento a menor de ICMS em decorrência do enquadramento supostamente indevido de operações no Programa DESENVOLVE.

Coaduna que o Programa DESENVOLVE foi instituído pela Lei Estadual nº 7.980, de 12.12.2001, e regulamentado pelo Decreto nº 8.205, de 3.4.2002, visando à consolidação e diversificação do parque industrial e agroindustrial do Estado da Bahia. Para tanto, no que interessa a esta Defesa, o Estado da Bahia concedeu a estabelecimentos industriais uma série de incentivos financeiros e fiscais, entre os quais a dilação de prazo de até 72 meses para pagamento de até 90% do saldo devedor mensal de ICMS.

Afirma que nesse contexto, em 10.11.2006, foi editada a Resolução nº 102, que habilitou a Requerente a utilizar os benefícios do DESENVOLVE (doc. 9). A Resolução 102/06 foi alterada pelas Resoluções nº 043, de 7.5.2008, nº 80, de 15.6.2010 e nº 118, de 31.8.2010 (docs. 10 a 12). Com essas alterações, atualmente, aduz que o *caput* do artigo 1º da Resolução 102/06 dispõe que os benefícios do DESENVOLVE se aplicam à fabricação dos seguintes produtos alimentícios: café solúvel, cereais, macarrão instantâneo, leite em pó, *premix* do Nescau, Nescafé Dolce Gusto, Sopão Maggi, sucos em pó e chocolates.

Assegura ainda que o estabelecimento da Requerente em Feira de Santana é uma planta industrial que se dedica exclusivamente à fabricação de produtos alimentícios da marca Nestlé, entre os quais, os produtos mencionados acima, os quais gozam dos benefícios do DESENVOLVE.

Acredita que, nesse sentido, é importante ficar claro que o estabelecimento da Requerente em Feira de Santana industrializa todos os produtos que comercializa, seja por meio da transformação de matéria-prima em produtos acabados, seja por meio da colocação de embalagens em produtos adquiridos de outras empresas do Grupo Nestlé. Logo, não há como ter ocorrido saídas de mercadorias do estabelecimento autuado que não digam respeito a produtos Nestlé.

Alude que as atividades desenvolvidas pela Requerente se enquadram no conceito de industrialização previsto no artigo 4º do Regulamento do Imposto sobre Produtos Industrializados, aprovado pelo Decreto nº 7.212, de 15.6.2010.

Entende que a Fiscalização alega que determinadas operações enquadradas pela Requerente como “incentivadas” pelo DESENVOLVE, não poderiam ter sido incluídas no benefício. Em decorrência disso, foram feitos ajustes no conta-corrente da empresa e uma nova apuração das parcelas incentivadas e não-incentivadas do ICMS supostamente devido pelo estabelecimento autuado.

Assegura que os documentos anexados ao Auto de Infração não permitem à Requerente identificar os critérios utilizados pela Fiscalização para a realização dos mencionados ajustes, notadamente aqueles que dizem respeito à quebras e perdas da atividade da Recorrente, o que impossibilita a verificação da legitimidade da cobrança.

Salienta que não existem documentos suficientes na autuação para justificar os critérios utilizados pela Fiscalização para realizar os ajustes na apuração do estabelecimento autuado. Exemplo disso é que, em relação aos meses de janeiro a abril de 2009, a Fiscalização apresentou apenas planilhas com os ajustes realizados na apuração da Requerente, sem apresentar qualquer documento adicional para fundamentá-los ou, ao menos, justificá-los. Ou seja: em relação à esses meses a Requerente sequer tem conhecimento das operações que foram objeto da autuação e ensejaram os ajustes realizados.

Argumenta que essa circunstância compromete sobremaneira a defesa da Requerente, que simplesmente não conseguiu compreender com precisão a infração que lhe foi imputada, especialmente em razão da completa falta de fundamentação dos critérios adotados para a realização dos ajustes na escrita fiscal da Requerente e a consequente apuração do suposto crédito tributário exigido na autuação.

Consigna que a deficiência da constituição do lançamento tributário, que impede a Requerente de se defender corretamente, já que está absolutamente impossibilitada de impugnar o mérito da cobrança contida no item 1 do Auto de Infração. Assim, há evidente cerceamento dos direitos de ampla defesa e ao contraditório, o que enseja o reconhecimento de plano da nulidade da autuação fiscal.

Argumenta que no item 2 a Fiscalização acusa a Requerente de ter deixado de estornar proporcionalmente créditos de ICMS relativos às aquisições de leite em pó, revendido posteriormente com redução de base de cálculo. Diante disso, a Fiscalização exige o valor correspondente aos créditos de ICMS que entende que a Requerente deveria ter estornado no período de janeiro de 2009 a dezembro de 2011, além de multa de 60% do valor do principal cobrado.

Com efeito, entende que o artigo 87, inciso XXI, do Regulamento do ICMS do Estado da Bahia (“RICMS/BA”), aprovado pelo Decreto Estadual nº 6.284, de 14.3.1997, prevê a redução da base de cálculo nas saídas internas de leite em pó:

“Art. 87. É reduzida a base de cálculo:

(...)

XXI - das operações internas com leite em pó em 58,825% (cinquenta e oito inteiros e oitocentos e vinte e cinco milésimos por cento), de forma que a carga tributária incidente corresponda a 7% (sete por cento).

Assegura que a exigência do estorno proporcional dos créditos de ICMS, por sua vez, está contida no artigo 100, inciso II, do RICMS/BA:

“Art. 100. O contribuinte estornará ou anulará o crédito fiscal relativo às entradas ou aquisições de mercadorias, inclusive o crédito relativo aos serviços a elas correspondentes, ressalvadas as disposições expressas de manutenção do crédito, quando as mercadorias ou os serviços, conforme o caso:

(...)

II - forem objeto de operação ou prestação subsequente com redução da base de cálculo, hipótese em que o valor do estorno será proporcional à redução;”

Argüi que esses dispositivos deixam claro que a Fiscalização entende que a Requerente somente poderia ter apropriado os créditos do ICMS até o limite percentual de 7% do valor de aquisição. Assim, o Auto de Infração foi lavrado para cobrança da diferença correspondente ao crédito de ICMS aproveitado proporcionalmente superior ao valor de ICMS pago nas operações subsequentes de venda mediante aplicação da redução da base de cálculo em 58,825%.

Afirma que essa exigência é absolutamente improcedente, por violar frontalmente a não-cumulatividade do ICMS, pela qual a Requerente está autorizada a se creditar do valor total do imposto cobrado sobre a entrada de mercadorias, o qual será utilizado para abater o montante do imposto pertinente às saídas subsequentes.

Além disso, entende que a limitação ao integral aproveitamento dos créditos de ICMS na aquisição de insumos para a fabricação de leite em pó reduz indevidamente os efeitos do benefício fiscal concedido e sobrecarrega a carga tributária incidente sobre tais produtos, prejudicando, notadamente, as classes menos favorecidas da população, que terão de arcar, ao final, com todos os custos dessa majoração.

Salienta que o direito à manutenção integral dos créditos nas aquisições de insumos para a fabricação de leite em pó decorre do princípio da não-cumulatividade do ICMS, previsto no artigo 155, § 2º, inciso I, da Constituição Federal (“CF”):

Entende que a não-cumulatividade do ICMS também está prevista na Lei Complementar nº 87, de 13.9.1996 (“LC 87/96”), em seu art. 19 e 20, em que estão previstas as mesmas hipóteses de exceção à observância dessa sistemática.

Consigna que a norma constitucional está reproduzida no artigo 114 do RICMS/BA, que também assegura a não-cumulatividade como regra fundamental do ICMS.

Acredita que as únicas hipóteses em que não é admitido o crédito de ICMS estão previstas no artigo 155, § 2º, inciso II, alíneas “a” e “b”, da CF:

“Art. 155. (...)

(...)

§ 2º. O imposto previsto no inciso II [ICMS] atenderá ao seguinte:

(...)

II – a isenção ou não-incidência, salvo determinação em contrário da legislação:

a) não implicará crédito para compensação com o montante devido nas operações ou prestações seguintes;

b) acarretará a anulação do crédito relativo às operações anteriores.”

Aduz que de acordo com a CF, devem ser estornados os créditos relativos às operações anteriores, apenas na hipótese de a saída posterior ser isenta ou não tributada. Nesse aspecto, a CF é taxativa. Por isso, exceção feita a esses casos, qualquer exigência de estorno dos créditos relativos a operações anteriores é inconstitucional.

Ressalta que no caso em análise, tendo em vista que as operações internas com leite em pó estão beneficiadas com redução de base de cálculo – de tal forma que a alíquota efetiva resulte em 7% –, e que essa modalidade de benefício é diferente da isenção e da não-incidência, a única conclusão a que se pode chegar é que esse caso não está abrangido pelo artigo 155, § 2º, II, da CF, razão pela qual não há que se falar em estorno de créditos nas aquisições dos insumos para fabricação desses produtos.

Ratifica que não obstante, distorcendo o alcance da norma constitucional, o artigo 100, inciso II, do RICMS/BA determina a obrigatoriedade de estorno de parte do crédito de ICMS nas aquisições desses insumos para a fabricação do leite em pé posteriormente vendido com redução de base de cálculo. Não há dúvidas, portanto, de que essa norma afronta o princípio constitucional e legal da não-cumulatividade, uma vez que a legislação do Estado da Bahia pretende vedar a utilização do crédito em hipótese descabida, já que tenta equiparar a redução da base de cálculo à isenção.

Aduz que o que a norma baiana fez foi criar uma nova hipótese de restrição de apropriação de créditos de ICMS, uma vez que isenção e redução de base de cálculo não se confundem em hipótese alguma; a redução de base de cálculo não está prevista na CF, e tão pouco na LC 87/96, como hipótese de exceção ao princípio da não-cumulatividade do imposto.

Assinala que de fato, a redução da base de cálculo, para fins de apuração do ICMS, difere da isenção e da não-incidência. Quando se trata de redução da base de cálculo, o ICMS é efetivamente devido, embora o seja sobre uma base de cálculo reduzida, o que leva à aplicação de alíquota efetiva inferior à alíquota nominal.

Entende que esse argumento é corroborado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (“STF”). No julgamento do Recurso Extraordinário nº 161.031/MG, o seu Plenário decidiu que a vedação ao crédito é admitida apenas nos casos de isenção ou não-incidência:

“ICMS – PRINCÍPIO DA NÃO-CUMULATIVIDADE – MERCADORIA USADA – BASE DE INCIDÊNCIA MENOR – PROIBIÇÃO DE CRÉDITO – INCONSTITUCIONALIDADE.”

Conflita com o princípio da não-cumulatividade norma vedadora da compensação do valor recolhido na operação anterior. O fato de ter-se a diminuição valorativa da base de incidência [i.e., redução da base de cálculo] não autoriza, sob ângulo constitucional, tal proibição. Os preceitos das alíneas ‘a’ e ‘b’ do § 2º do artigo 155 da Constituição Federal somente têm pertinência em caso de isenção ou não-incidência, no que voltadas à totalidade do tributo, institutos inconfundíveis com o benefício fiscal em questão.”

(*STF, Pleno, Recurso Extraordinário nº 161.031/MG, Relator Ministro Marco Aurélio, publicado no DJ de 6.6.1997*)

Assegura que vale menção à decisão proferida pela Primeira Turma do STF no julgamento do Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 418.412/RS:

“AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO DE INSTRUMENTO. TRIBUTÁRIO. REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. BENEFÍCIO FISCAL. CRÉDITO. COMPENSAÇÃO. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA NÃO-CUMULATIVIDADE. OBSERVÂNCIA. Benefício fiscal outorgado a contribuinte. Crédito decorrente da redução da base de cálculo do tributo. Vedaçāo. Impossibilidade. A Constituição Federal somente não admite o lançamento do crédito nas hipóteses de isenção ou não-incidência. Precedente do Tribunal Pleno. Agravo regimental não provido.”

(*STF, 1ª Turma, Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 418.412/RS, Relator Ministro Eros Grau, publicado no DJ de 15.10.2004*)

Argui que o Superior Tribunal de Justiça (“STJ”) também já demonstrou seu entendimento de que existem apenas duas exceções ao integral aproveitamento de créditos:

(i) *“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ICMS. PRODUTO INTEGRANTE DA CESTA BÁSICA. REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. CREDITAMENTO PELA ALÍQUOTA MAIOR. PRINCÍPIO DA NÃO-CUMULATIVIDADE. ESTORNO PROPORCIONAL. ILEGALIDADE.*

Entende que a não-cumulatividade do ICMS é norma inserta no Texto Constitucional, art. 155, § 2º, reproduzida pela Lei Complementar 87/96, que também, a despeito de se tratar de norma regulamentadora, dispõe sobre a forma de compensação do tributo, disciplinando-a.

Assegura que a análise bifronte do aresto recorrido que fundou-se em razões constitucionais e infraconstitucionais. A regra da não-cumulatividade comporta, pelo Texto Constitucional, duas exceções, sendo vedado ao legislador infraconstitucional ampliar o alcance das mesmas. São elas as hipóteses da isenção e da não-incidência, casos em que o sujeito passivo deverá estornar o imposto objeto de creditamento. Em consequência, a redução da base de cálculo não se confunde com a isenção. Precedentes do STJ.

(...)

6. *Recurso Especial desprovido.*”

(*STJ, 1ª Turma, Recurso Especial nº 615.365/RS, Relator Ministro Luiz Fux, publicado no DJ de 2.8.2004*)

(ii) *“TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. REGULAMENTO ESTADUAL. EFEITOS CONCRETOS. CABIMENTO. CRÉDITO TRIBUTÁRIO. BASE DE CÁLCULO REDUZIDA. CRÉDITO DO TRIBUTO REFERENTE À OPERAÇÃO ANTERIOR. PROIBIÇÃO DE APROVEITAMENTO INTEGRAL. PRINCÍPIO DA NÃO CUMULATIVIDADE. VIOLAÇÃO À LEI COMPLEMENTAR 87/96.*

(...)

II - É de patente ilegalidade a conduta fiscal que determina ao contribuinte estorno proporcional do imposto creditado, sempre que a mercadoria que deu entrada no estabelecimento, quando da operação subsequente, tiver sua base de cálculo reduzida para fins de incidência do imposto.

III - Ofensa à Lei Complementar 87/96, que disciplina o regime da compensação de crédito do ICMS. Princípio da não-cumulatividade.

IV - Recurso provido.”

(*STJ, 2ª Turma, Recurso Especial nº 343.800/MG, Relator Ministro Paulo Medina, publicado no DJ de 31.3.2003*)

Portanto, entende que o item 2 do Auto de Infração tal como lavrado fere frontalmente a CF e a LC 87/96, uma vez que o direito ao crédito de ICMS somente pode ser limitado quando as saídas posteriores são isentas ou não tributadas. Como a redução da base de cálculo não se confunde com essas figuras, não se pode pretender obstar o direito ao crédito neste caso, sob o risco de se ofender a CF e a LC 87/96.

Assinala que, em relação à distinção entre a “redução da base de cálculo” ou “redução de alíquota” e a “isenção”, o STF já debateu o assunto, tendo mantido seu entendimento de que essas figuras não se confundem. Aliás, o STF vai além e considera que nem mesmo a “alíquota zero” se

confunde com a “isenção”. Daí a inconstitucionalidade da equiparação de redução da base de cálculo com isenção para fins da imposição da vedação a créditos:

(i) *“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUTÁRIO. LEI ESTADUAL. REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. BENEFÍCIO FISCAL. CRÉDITO. VEDAÇÃO. PRINCÍPIO DA NÃO-CUMULATIVIDADE. OBSERVÂNCIA. Lei estadual. Benefício fiscal outorgado ao contribuinte. Crédito decorrente da redução da base de cálculo do tributo. Vedação. Impossibilidade. A Constituição Federal somente não admite o lançamento do crédito nas hipóteses de isenção ou não-incidência. Precedente do Tribunal Pleno. Agravo regimental não provido.”*

(STF, 2ª Turma, *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 240.395-RS*, Relator Ministro Maurício Correa, julgado em 28.5.2002)

(ii) *“Agravo regimental em recurso extraordinário. 2. Tributário. Estorno proporcional de créditos de ICMS decorrentes de isenção parcial. Princípio da não-cumulatividade. Art. 155, § 2o, II, ‘a’ e ‘b’, da Constituição Federal. 3. Decisão proferida em conformidade com orientação do Supremo Tribunal Federal. 4. Agravo regimental a que se nega provimento.”*

(STF, 2ª Turma, *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 154.179-2-SP*, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgado em 3.8.2004)

(iii) *“4. Conforme preceitua o artigo 155, § 2, II, ‘a’, da Carta da República, somente os casos de isenção ou de não incidência ‘não implicará crédito para compensação com o montante devido nas operações ou prestações seguintes’, não inserida nessa vedação a hipótese de redução de base de cálculo.”*

(STF, *Decisão Monocrática no Recurso Extraordinário nº 367053/RS*, Relator Ministro Eros Grau, julgado em 18.10.2004)

Argumenta que o STF também já manifestou seu entendimento especificamente quanto à manutenção dos créditos de ICMS nas aquisições de produtos componentes da cesta básica (cuja redução de base de cálculo é idêntica àquela concedida ao leite em pó). De fato, o Ministro Cesar Peluso proferiu decisão na qual reconheceu o direito ao aproveitamento integral do crédito de ICMS quando se trata de redução de base de cálculo concedida para os produtos componentes da chamada cesta básica nacional, entre os quais está o leite:

“Não obstante, em data próxima julgou-se a ADI nº 2.320 (Rel. Min. EROS GRAU), e, entendendo tratar-se de exceção, autorizada por meio de convênio interestadual, à regra geral do estorno, deu o Tribunal pela improcedência da ação, proposta pelo Governador do Estado de Santa Catarina em face da lei estadual que determinava a manutenção integral do crédito fiscal, ainda com a concessão de redução de base de cálculo ou isenção. Ou seja, admitiu-se o creditamento integral, mas em caráter absolutamente de exceção, o que bem demonstra que o estorno é a regra.

Alem disso, em alguns julgados recentes, foi invocada a aplicação do precedente anterior (representado pelo RE nº 161.031), mas apenas porque se considerou haver peculiaridades capazes de determinar o afastamento da nova orientação da Corte, como se vê ao relatório do Min. EROS GRAU (RE-AgR nº 239.632, DJ de 03.02.2006): ‘Esclareço que a hipótese desses autos não guarda qualquer similitude com a questão julgada pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal no RE n. 174.478 (...). O mesmo ocorreu, por exemplo, em relação aos RE-AgR nº 433.967 e nº 201.764, da mesma relatoria.

Segue-se, daí, que eventuais decisões que determinem a manutenção integral do crédito nos casos de redução de base de cálculo de ICMS, motivadas ora por se tratar de situação excepcional (como na ADI nº 2.320), ora em razão de dessemelhança fática (como no RE-AgR 239.632 e nos demais), são incapazes de infirmar a primazia do novo precedente, prestando-se, antes, a consolidá-lo.

Observo, no entanto, que a hipótese em questão parece, ao menos nesta análise perfuntória, entrar precisamente na categoria dos casos excepcionais, assim pela existência do Convênio ICMS nº 128/94 (segundo o qual os Estados ‘ficam autorizados a não exigir a anulação proporcional do crédito’, fls. 130), como por cuidar-se de benefício fiscal concedido para produtos de cesta básica e destinados a beneficiar o consumidor final.

Do exposto, defiro a liminar nos termos pleiteados”.

(*STF, Decisão Monocrática na Medida Cautelar em Ação Cautelar nº 1753/RN, Relator Ministro Cezar Peluso, julgado em 27.8.2007*)

Menciona que a redução da tributação utilizada para os produtos considerados essenciais, como é o caso do leite em pó, é, na verdade, um mecanismo encontrado pelos Estados para a aplicação de alíquotas seletivas para tais mercadorias. Ou seja, não se trata de uma redução na base de cálculo, mas sim fixação de alíquota incidente sobre os produtos considerados essenciais, de forma a aplicar o princípio da seletividade do ICMS, o qual tem por fundamento o artigo 155, § 2º, inciso III, da CF. E não há como se equiparar a fixação de alíquota a uma isenção, o que afasta definitivamente essa alegação.

Entende ainda que não restam dúvidas de que a exigência fiscal de ICMS fundada na acusação de falta de estorno proporcional de créditos nas aquisições de leite em pó é absolutamente improcedente, pois contraria a não-cumulatividade do ICMS. Logo, o item 2 do Auto de Infração lavrado deve ser cancelado, haja vista a correção da conduta da Requerente.

Acredita que em relação às infrações 3 e 6 da autuação fiscal serão tratados conjuntamente pela Requerente, já que ambos decorrem de aquisições de mercadorias que foram consideradas como sendo bens de uso e consumo do estabelecimento autuado.

Afirma que no item 3, a Fiscalização acusa a requerente de ter deixado de recolher ICMS relativo à diferença entre as alíquotas interna e interestadual nas aquisições, de outras unidades de Federação, de bens que seriam supostamente de uso e consumo do estabelecimento autuado.

Por sua vez, no item 6, a acusação é de aproveitamento supostamente indevido de créditos de ICMS decorrentes de aquisições dos mesmos bens que também foram considerados pela Fiscalização como sendo de uso e consumo.

Aduz que, como será demonstrado adiante, as mercadorias objeto dos itens 3 e 6 do Auto de Infração são insumos utilizados pela Requerente em seu processo produtivo, o que lhe desobriga de recolher o diferencial de alíquota de ICMS na entrada dessas mercadorias no Estado da Bahia, assim como lhe permite aproveitar créditos correspondentes ao imposto incidente nas respectivas aquisições, tudo nos termos da legislação baiana.

A Requerente procura demonstrar em detalhes a improcedência dos itens 3 e 6 da autuação fiscal. Salienta que os bens de uso e consumo são aqueles regularmente utilizados pelo contribuinte, que não são efetivamente consumidos ou essenciais à sua atividade comercial ou industrial. Os insumos, por sua vez, são empregados diretamente na atividade industrial do contribuinte, sem os quais não seria possível produzir o produto final. Em outras palavras, os insumos são bens indispensáveis à prática da atividade industrial. É, por exemplo, o caso das embalagens que são utilizadas para proteger o produto final industrializado. É certo, pois, que o conceito de “insumo” está estreitamente relacionado com a atividade industrial.

Consigna que de um lado estão os bens de uso e consumo que, ainda que empregados ou consumidos na atividade regular da empresa, não se relacionam direta ou indiretamente com o processo produtivo. Por outro lado, os insumos são aqueles bens empregados diretamente ou indiretamente no processo produtivo, sem os quais se torna inviável a fabricação do produto final.

Assegura que o estabelecimento da Requerente em Feira de Santana dedica-se à produção de diversos produtos alimentícios da marca Nestlé. É notório que a fabricação de produtos alimentícios demanda cuidados especiais com a qualidade dos insumos utilizados e com a higiene das instalações fabris e de seus funcionários. Por conta disso, para a produção dos alimentos é necessária uma série de equipamentos e bens, por assim dizer, “especiais”, os quais são essenciais para garantir os padrões de qualidade dos produtos da marca Nestlé.

Afirma que não é preciso dizer, por exemplo, o quanto absolutamente necessária é a utilização de uniformes especiais, toucas e luvas pelos funcionários da fábrica, a fim de evitar qualquer tipo de contaminação que inviabilizaria a comercialização dos produtos alimentícios Nestlé. Do mesmo

modo, também é indiscutível a necessidade de se manter a assepsia das instalações fabris, sobretudo das esteiras, tubos, registros e de todos os equipamentos da linha de produção que, de alguma forma, têm contato com o produto ou com a embalagem na qual é acondicionado o alimento.

Entende que os rígidos padrões de higiene e qualidade que devem ser observados na fabricação dos alimentos da marca Nestlé fazem que certos bens sejam indispensáveis ao processo produtivo. E é exatamente a essencialidade desses bens, aliada à sua íntima participação no processo fabril, que os caracteriza como produtos intermediários do processo produtivo da Requerente. Logo, afirma que os bens cujas aquisições não dão ensejo ao recolhimento do diferencial de alíquota na entrada no Estado da Bahia, ao mesmo tempo em que dão direito a crédito de ICMS.

Assinala que o item 3 da autuação contém acusação de que a Requerente teria deixado de recolher o ICMS no valor correspondente à diferença entre as alíquotas interna e interestadual nas aquisições, de outras unidades de Federação, de bens que seriam supostamente de uso e consumo do estabelecimento autuado.

Argumenta ainda que as mercadorias tratadas pela Fiscalização como sendo de uso e consumo – e que, portanto, estariam sujeitos à cobrança do diferencial de alíquota – não são bens de uso e consumo do estabelecimento autuado, mas sim insumos utilizados no processo produtivo dos produtos alimentícios da marca Nestlé, como já demonstrado. Essa circunstância afasta a obrigação do recolhimento do diferencial de alíquotas nessas aquisições, uma vez que a Requerente não é consumidora final desses produtos.

Salienta que o artigo 155, § 2º, incisos VII e VIII, da CF, dispõe que, nas operações interestaduais destinadas a consumidor final, será devido o diferencial de alíquota ao Estado em que estiver localizado o destinatário da mercadoria:

“Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

(...)

§ 2.º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

(...)

VII - em relação às operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final localizado em outro Estado, adotar-se-á:

- a) a alíquota interestadual, quando o destinatário for contribuinte do imposto;*
- b) a alíquota interna, quando o destinatário não for contribuinte dele;*

VIII - na hipótese da alínea "a" do inciso anterior, caberá ao Estado da localização do destinatário o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual;”

Aduz que o diferencial de alíquota somente é devido nas operações interestaduais de mercadorias destinadas a consumidor final.

Alude que o artigo 5º do RICMS/BA prevê os fatos geradores do ICMS para fins de pagamento do diferencial de alíquotas:

“Art. 5º Para efeitos de pagamento da diferença de alíquotas, ocorre o fato gerador do ICMS no momento:

I - da entrada, no estabelecimento de contribuinte, de mercadoria ou bem oriundos de outra unidade da Federação, quando destinados a uso, consumo ou ativo permanente do próprio estabelecimento;

II - da utilização ou recepção, por contribuinte, de serviço de transporte ou de comunicação cuja prestação tiver sido iniciada em outra unidade da Federação, quando o serviço não estiver vinculado a operação ou prestação subsequentes.

Parágrafo único. Não são considerados materiais de uso ou consumo as mercadorias ou materiais adquiridos por prestador de serviços para emprego ou aplicação na prestação de serviços de qualquer natureza (Anexo 1).”

Aduz que o ICMS correspondente à diferença entre as alíquotas interna e interestadual é devido na entrada de bens, adquiridos de outras unidades de Federação, para uso e consumo do estabelecimento. Nesse caso, o recolhimento do diferencial de alíquotas se justifica pelo fato de

que o estabelecimento adquirente das mercadorias, nos casos dos bens de uso e consumo, é consumidor final desses produtos e, como tal, deve arcar com o imposto estadual incidente na operação.

Assinala que os produtos adquiridos pela Requerente não são bens para uso e consumo do estabelecimento, mas sim insumos utilizados no processo produtivo. Assim, a Requerente não é consumidora final desses bens, uma vez que, como insumos, eles são incorporados ou integram de alguma forma o produto final, de modo que sobre essas aquisições não é devido o diferencial de alíquota. É evidente, portanto, a improcedência da cobrança contida no item 3 da autuação fiscal.

Alude que lhe foi imputado ter aproveitado indevidamente créditos de ICMS na aquisição de bens que seriam destinados ao uso e consumo do estabelecimento autuado. De fato, a Fiscalização impôs a glosa dos créditos aproveitados nas aquisições desses bens realizadas entre janeiro a dezembro de 2009, fevereiro a dezembro de 2010 e janeiro a dezembro de 2011, sob a alegação de que não dariam direito a crédito do imposto.

Afirma que, com o que foi sustentada em relação ao item 3, a exigência fiscal contida no item 6 da autuação também não merece proceder, haja vista que diversos produtos indicados pela Fiscalização não são bens de uso e consumo, como já demonstrado acima; na verdade, são insumos utilizados pela Requerente em seu processo produtivo, o que torna a exigência fiscal indevida.

Nesse sentido, afirma que o direito ao aproveitamento dos créditos nas aquisições desses insumos emana do princípio da não-cumulatividade, sobre o qual a Requerente já tratou nesta Defesa, assim como do artigo 93, inciso I, alínea “b” RICMS/BA, que expressamente autoriza o aproveitamento de créditos de ICMS decorrentes de operações realizadas com matérias-primas, produtos intermediários e materiais de embalagem que sejam empregados diretamente no processo produtivo:

“Art. 93. Constitui crédito fiscal de cada estabelecimento, para compensação com o tributo devido em operações ou prestações subsequentes e para fins de apuração do imposto a recolher, salvo disposição em contrário:

I - o valor do imposto anteriormente cobrado, relativo às aquisições ou recebimentos reais ou simbólicos:

a) de mercadorias para comercialização, inclusive material de embalagem;

b) de matérias-primas, produtos intermediários, catalisadores e material de embalagem, para emprego em processo de industrialização;”

Aduz que os créditos aproveitados pela Requerente são legítimos, haja vista que decorrem em parte de aquisições de produtos intermediários, utilizados diretamente no processo produtivo e absolutamente indispensáveis para a fabricação dos alimentos Nestlé.

Consigna que mesmo que se considere que os produtos adquiridos pela Requerente são bens de uso e consumo e não insumos (produtos intermediários e materiais de embalagem), o que se admite para argumentar, ainda assim há o direito ao aproveitamento dos créditos de ICMS decorrentes dessas operações.

Percebe que o direito ao aproveitamento de créditos de ICMS decorrentes de aquisições de bens de uso e consumo decorre do princípio da não-cumulatividade, previsto no artigo 155, § 2º, inciso I, da CF, já transscrito anteriormente, o qual reflete um direito “de abatimento” que o contribuinte tem em relação ao ICMS que incide sobre as entradas de mercadorias em geral.

Afirma que de acordo com a CF, não dão direito a crédito para compensação com o imposto devido nas operações seguintes apenas as entradas isentas ou não tributadas. Nesse aspecto, a CF é taxativa. Por isso, exceção feita a esses casos, qualquer vedação a créditos é inconstitucional.

Salienta que o artigo 20 da LC 87/96 prevê expressamente o direito ao crédito de ICMS incidente na aquisição de bens de uso e consumo:

“Art. 20. Para a compensação a que se refere o artigo anterior, é assegurado ao sujeito passivo o direito de creditar-se do imposto anteriormente cobrado em operações de que tenha resultado a entrada de mercadoria, real

ou simbólica, no estabelecimento, inclusive a destinada ao seu uso ou consumo ou ao ativo permanente, ou o recebimento de serviços de transporte interestadual e intermunicipal ou de comunicação.”

Entende que a rigor, a LC 87/96 não criou direito novo aos contribuintes; apenas deixou clara a abrangência do princípio constitucional da não-cumulatividade.

Assinala que apesar de ter reconhecido o crédito dos contribuintes ao aproveitamento de créditos de ICMS na aquisição de bens destinados a uso e consumo do estabelecimento (os quais, logo, não seriam insumos), a LC 87/96, com as sucessivas alterações promovidas pelas Leis Complementares nº 92, de 23.12.1997, nº 99, de 20.12.1999, nº 114, de 16.12.2002, nº 122, de 12.12.2006, e nº 138, de 29.12.2010 (“LC 138/10”) estabeleceu uma limitação temporal ao aproveitamento de tais créditos.

Acredita que de acordo com o artigo 33, inciso I, da LC 87/96, só dariam direito ao crédito de ICMS as aquisições de bens de uso e consumo ocorridas a partir de determinados marcos temporais. Atualmente, o artigo 33, inciso I, da LC 87/96, com a redação dada pela LC 138/10, estabelece que somente darão direito a crédito os bens de uso e consumo adquiridos a partir de 1º.1.2020:

“Art. 33. Na aplicação do art. 20 observar-se-á o seguinte:

I – somente darão direito de crédito as mercadorias destinadas ao uso ou consumo do estabelecimento nele entradas a partir de 1º de janeiro de 2020;”

Consigna que essa limitação temporal vem sendo sucessivamente prorrogada por leis complementares, de modo que, desde a edição da LC 87/96 até hoje, os contribuintes foram impedidos de aproveitar os créditos de ICMS decorrentes das aquisições de materiais de uso e consumo.

Argumenta que essa limitação temporal é uma verdadeira afronta ao princípio constitucional da não-cumulatividade, uma vez que, como visto, a limitação ao crédito de ICMS somente foi autorizada pela CF nas hipóteses de isenção e não incidência, o que evidentemente não é o caso.

Assegura ainda que de fato, o artigo 155, § 2º, inciso XII, da CF, estabelece que cabe à lei complementar “disciplinar o regime de compensação” do ICMS. Contudo, tal previsão não autoriza a lei complementar a limitar o princípio da não-cumulatividade do ICMS, mas apenas discipliná-lo, respeitando-se as duas únicas hipóteses de vedação ao crédito trazidas pela CF. Portanto, é inconstitucional a limitação temporal ao aproveitamento de créditos de ICMS prevista no artigo 33, inciso I, da LC 87/96, assim como são inconstitucionais todas as sucessivas alterações promovidas por leis complementares posteriores, as quais prorrogaram a vedação.

Argui que a manifesta inconstitucionalidade dessa vedação, o artigo 93, inciso V, alínea “b”, do RICMS/BA, também não admite o crédito nas aquisições de bens de uso e consumo ocorridas até 31.12.2019:

“Art. 93. Constitui crédito fiscal de cada estabelecimento, para compensação com o tributo devido em operações ou prestações subsequentes e para fins de apuração do imposto a recolher, salvo disposição em contrário:

(...)

V - o valor do imposto anteriormente cobrado em operações de que tenha resultado a entrada, real ou simbólica, no estabelecimento, de mercadorias, bens ou materiais, bem como do imposto relativo aos respectivos serviços de transporte, inclusive o imposto pago a título de diferença de alíquotas, sendo as mercadorias, bens ou materiais destinados:

(...)

b) a partir do prazo previsto na Lei Complementar Federal nº 87, de 13 de setembro de 1996, ao uso ou consumo do próprio estabelecimento, assim entendidas as mercadorias que não forem destinadas a comercialização, industrialização, produção, geração, extração ou prestação, por não serem consumidas nem integrarem o produto final ou o serviço na condição de elemento indispensável ou necessário à sua produção, composição ou prestação;”

Aduz que é evidente que a aquisição de mercadorias destinadas ao uso e consumo dos estabelecimentos não se enquadra nas hipóteses de isenção ou não incidência previstas na CF como únicas hipóteses legítimas de vedação ao crédito de ICMS. No caso em análise, não se trata de operações isentas ou não tributadas, mas, ao contrário, todas as aquisições de produtos

realizadas pela Requerente foram tributadas. O fato de tratar-se de bens de uso e consumo, o que se admite apenas para argumentar, não autoriza o Fisco a exigir o estorno dos créditos de ICMS.

Entende que não há dúvidas, portanto, de que a vedação ao crédito de ICMS nas aquisições de bens destinados a uso ou consumo imposta pelo artigo 93, inciso V, alínea “b” do RICMS/BA, afronta o princípio constitucional da não-cumulatividade, uma vez que a legislação do Estado da Bahia pretende vedar a utilização do crédito em hipótese não prevista na CF.

Salienta que em relação à infração 4 da autuação, a Fiscalização acusa a Requerente de ter aproveitado créditos de ICMS supostamente a maior relativos a entradas de bens do ativo imobilizado. Contudo, essa acusação é totalmente improcedente, uma vez que os créditos de ICMS relativos a entradas de bens do ativo imobilizado foram aproveitados pela Requerente de acordo com o que determina a legislação do Estado da Bahia, fato que será documentalmente comprovado ao longo desse processo administrativo.

Aduz que devido à quantidade de itens dessa autuação fiscal e de documentos a serem localizados, a Requerente informa que não teve tempo hábil para localizar todos os documentos relativos ao aproveitamento de créditos decorrentes de entradas de bens do ativo imobilizado no período atuado. Nesse sentido, a Requerente protesta pela posterior juntada dos documentos que comprovem a total improcedência do item 4 da autuação fiscal.

Argumenta ainda que à infração 5 da autuação, a Fiscalização acusa a Requerente de ter deixado de realizar o pagamento do valor de R\$91.636,45 a título de ICMS-ST, apurado em fevereiro de 2010. Pelo cometimento da suposta infração, a Fiscalização impôs à Requerente multa de 150% do valor do imposto tido como devido.

Consigna que todo o ICMS-ST devido pela requerente em fevereiro de 2010 foi devidamente recolhido, como se passa a demonstrar.

Argui que de fato, em 9.2.2010, a Requerente realizou dois pagamentos de ICMS-ST nos valores de R\$ 48.017,77 e R\$53.413,89, totalizando R\$101.431,66 (**docs. 13 e 14**). A Requerente elaborou as tabelas abaixo nas quais discrimina as operações que originaram os dois pagamentos e o ICMS-ST devido em cada uma delas:

Nota Fiscal nº	D. de emissão	ICMS devido
3054	9.2.2010	R\$ 4,70
3055	9.2.2010	R\$ 4,70
3056	9.2.2010	R\$ 9.057,43
3057	9.2.2010	R\$ 3.624,96
3058	9.2.2010	R\$ 3.039,01
3059	9.2.2010	R\$ 12.871,09
3060	9.2.2010	R\$ 10.358,44
3061	9.2.2010	R\$ 9.057,44
TOTAL		R\$ 48.017,77

Nota Fiscal nº	D. de emissão	ICMS devido
3043	9.2.2010	R\$ 476,71
3044	9.2.2010	R\$ 6.922,18
3045	9.2.2010	R\$ 5.720,46
3046	9.2.2010	R\$ 1.906,83
3047	9.2.2010	R\$ 15.731,33
3048	9.2.2010	R\$ 297,94
3049	9.2.2010	R\$ 3.813,66

Nota Fiscal nº	D. de emissão	ICMS devido
3050	9.2.2010	R\$ 8.749,57
	TOTAL	R\$ 43.618,68

Conclui que em decorrência das operações realizadas em 9.2.2010, a Requerente apurou o valor total de R\$91.636,45 a título de ICMS-ST (R\$48.017,77 + R\$43.618,68), o qual corresponde precisamente ao montante cobrado no item 5 do Auto de Infração. Todavia, entende que a Requerente realizou dois pagamentos a título de ICMS-ST nos valores de R\$48.017,77 e R\$53.413,89, que, somados, totalizam R\$101.431,66.

Assegura que a requerente recolheu aos cofres baianos um valor superior àquele que efetivamente devida ao estado da Bahia a título de ICMS-ST, uma vez que apurou imposto a pagar no montante de R\$91.636,45, tendo recolhido R\$101.431,66, o que gerou uma diferença em favor do estado da Bahia de R\$9.795,21.

Consigna que, para não haver dúvidas a respeito do pagamento integral, inclusive a maior, do valor de ICMS-ST que é objeto da autuação, a Requerente anexa a esta Defesa cópias de todas as notas fiscais que deram origem aos pagamentos, bem como cópias dos comprovantes restar demonstrada a total improcedência da cobrança contida no item 5 do Auto de Infração.

Como conclusão do exposto, entende que está demonstrada a total improcedência dos itens 1 a 6 do Auto de Infração nº 233038.0001/12-0, o que impõe o cancelamento integral da exigência fiscal.

Por fim, pede que seja dado integral provimento a este impugnação. Concluindo que seja julgado totalmente improcedente o Auto de Infração.

Os autuantes, às fls. 467 a 478 dos autos, apresentam a informação fiscal aduzindo que, quanto a infração 01, como descrito no auto de infração a contribuinte recolheu o imposto a menor (ICMS), tendo em vista a classificação errônea das verbas dos CFOPs 5.102; 5927; 5949; 6556; 6949 e outros assinalados todos nas planilhas com (**) dois asteriscos, lançados nos valores incentivados, quando deveriam ser lançados em não incentivados, conforme determina a Instrução Normativa 27/2009, que regulamenta a “reapuração” do ICMS para as empresas beneficiadas pelo programa DESENVOLVE, tendo como base o livro de apuração do ICMS, que se encontra anexo a peça vestibular como documento probante fornecido pela autuada, gravado em CD com todos os detalhes das notas fiscais envolvidas no processo, bem como relatório final, resumindo todo o feito.

Alude que a defesa apresentada pelos Ilustres Advogados para a presente infração, conforme adiante transcrita, reclama cerceamento dos direitos de ampla defesa e ao contraditório, vejamos:

“10 - Contudo, a Fiscalização alega que determinadas operações enquadradas pela Requerente como “incentivadas” pelo DESENVOLVE, não poderiam ter sido incluídas no benefício. Em decorrência disso, foram feitos ajustes no conta-corrente da empresa e uma nova apuração das parcelas incentivada e não-incentivada do ICMS supostamente devido pelo estabelecimento autuado.

11. Os documentos anexados ao Auto de Infração não permitem à Requerente identificar os critérios utilizados pela Fiscalização para a realização dos mencionados ajustes, notadamente aqueles que dizem respeito à quebras e perdas da atividade da Recorrente, o que impossibilita a verificação da legitimidade da cobrança.

12. De fato, não existem documentos suficientes na autuação para justificar os critérios utilizados pela Fiscalização para realizar os ajustes na apuração do estabelecimento autuado. Exemplo disso é que, em relação aos meses de janeiro a abril de 2009, a Fiscalização apresentou apenas planilhas com os ajustes realizados na apuração da Requerente, sem apresentar qualquer documento adicional para fundamentá-los ou, ao menos, justificá-los. Ou seja: em relação a esses meses a Requerente sequer tem conhecimento das operações que foram objeto da autuação e ensejaram os ajustes realizados.

13. *Essa circunstância compromete sobremaneira a defesa da Requerente, que simplesmente não conseguiu compreender com precisão a infração que lhe foi imputada, especialmente em razão da completa falta de fundamentação dos critérios adotados para a realização dos ajustes na escrita fiscal da Requerente e a consequente apuração do suposto crédito tributário exigido na autuação.*

14. *É evidente, portanto, a deficiência da constituição do lançamento tributário, que impede a Requerente de se defender corretamente, já que está absolutamente impossibilitada de impugnar o mérito da cobrança contida no item 1 do Auto de Infração. Assim, há evidente cerceamento dos direitos de ampla defesa e ao contraditório, o que enseja o reconhecimento de plano da nulidade da autuação fiscal.”*

Argumenta que o item 10, acima transcrito, está frontalmente contra o que determina a Instrução Normativa 27/2009, a qual instrui como alocar as verbas – INCENTIVADAS e as NÃO INCENTIVADAS pelo programa DESENVOLVE, por que é desta forma que se apura o valor incentivado do referido programa DESENVOLVE, partindo, exatamente do LIVRO DE APURAÇÃO DO ICMS, apresentado pela autuada.

Assegura que o livro de apuração de ICMS, fornecido pela autuada, e anexado ao processo com farto detalhamento, por CD gravado e entregue no processo a autuada e nesta peça está como folha 382, (CÓPIAS IDÊNTICAS), foi transcrito para a planilha de ajuste “*ipsis litteris*”, conforme registrado na coluna TOTAL e, logo estes valores são distribuídos nas colunas – INCENTIVADO E NÃO INCENTIVADO – conforme a classificação do CFOP descrito na IN-27/2009, determinando, portanto, se goza do incentivo ou não.

Relata que, após esta classificação se chega ao valor incentivado e daí é apurado 10% do ICMS e sobre os 90% restantes, que pode ser dilatado em 72 meses, ou pago mais 10% sobre este restante para ficar quitada a dilação como incentivo. Portanto, não se pode, nem de maneira grotesca, se falar em cerceamento de defesa e sem permitir a ampla defesa e o contraditório que o Ilustre defensor tenta fundamentar nos itens de 11 a 14.

Complementa afirmando que, para ficar ainda mais claro ter havido documentação probante, informa a seguir os títulos que estão no CD gravado da folha 382 deste processo para, se querendo, acessar o mesmo e verificar que todos os documentos, relações e relatórios que esclarecem com força de clareza solar, que estão a disposição da autuada e de seus prepostos advogados para produzir qualquer defesa de mérito, se puder, pois os lançamentos são incontestes, não se trata de argumentação pura e simples, mas sim, de números calculados à luz dos elementos fornecidos pela própria autuada e enquadrados no normativo próprio do DESENVOLVE, RICMS, Instrução Normativa entre outros.

Afirma que, para complementar a informação de que não houve cerceamento de defesa e que todos os elementos necessários para a defesa de mérito estão presentes no processo, é que, extraiu do próprio processo do CD da folha 382, para melhor visualização. Anexa a esta peça os seguintes relatórios: a) – cópia do livro de registro de apuração do ICMS fornecido pela autuada, que constitui prova material da autuação (anexo 01); b) – demonstrativo denominado de “conta corrente fiscal do ICMS” elaborado a partir do livro do item “a” anterior, onde se pode observar que é uma transcrição de valores do livro de apuração do ICMS para a coluna “Total” do referido demonstrativo e alocados nas respectivas colunas de incentivados e não incentivados, conforme manda a Instrução Normativa 27/2009, para os valores dos débitos e dos créditos apurados (anexo 02).

Quanto a infração 02, alude que a empresa autuada deixou de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subsequentes ocorreram com redução da base de cálculo, valor correspondente a parte proporcional da redução. O referido estorno do ICMS tem origem na aquisição de material de embalagem para Leite em Pó Molico e Ninho, tendo em vista que o produto final goza de benefício de redução da base de cálculo de 58,825% nas saídas.

Afirma que a peça de defesa apresentada pelos advogados da autuada procura distorcer os fatos apresentados na autuação com bastante generosidade, tendo em vista que os valores cobrados no presente item infracional é sobre aquisições de material de embalagem para acondicionar leite em pó Molico e Ninho de fabricação própria da contribuinte e não sobre leite em pó como procura confundir o escrito da referida peça de defesa, escrito este que aqui se transcreve para comprovar a distorção pretendida:

"II APROVEITAMENTO DE CRÉDITOS DE ICMS NAS ENTRADAS DE LEITE EM PÓ – ITEM 2

(a) Fatos antecedentes

15. *Como dito, no item 2 da autuação a Fiscalização acusa a Requerente de ter deixado de estornar proporcionalmente créditos de ICMS relativos às aquisições de leite em pó, revendido posteriormente com redução de base de cálculo. Diante disso, a Fiscalização exige o valor correspondente aos créditos de ICMS que entende que a Requerente deveria ter estornado no período de janeiro de 2009 a dezembro de 2011, além de multa de 60% do valor do principal cobrado." Grifo nosso.*

Quanto ao restante da defesa desta infração (itens 16 ao 37) não faz nenhum sentido ser comentada, nem tão pouco rebatida no seu mérito nesta informação fiscal, pois está totalmente fora do contexto apresentado pela peça inicial do processo, onde se reclama estorno do ICMS sobre as entradas de material de embalagem, adquirido com crédito de ICMS à alíquota de 17%, enquanto sua saída se dá a alíquota de 7%, momento que as embalagens saem com o produto principal e o seu débito é reduzido em 58,825%, conforme determina o ART. 87 do RICMS. O referido estorno para equalizar alíquota na entrada e saída é estabelecida pelo Art. 100, Inciso II e Art. 124 do RICMS aprovado pelo Decreto 6.284/97, conforme grafado no auto de infração.

Portanto, mantém a autuação por não ferir nenhum ato normativo do ordenamento jurídico tributário brasileiro e tão pouco o RICMS-BA., que em seu Artigo 100 é bastante claro para abrigar o presente lançamento, tendo como prova do ilícito fiscal a relação de notas fiscais de compras do anexo: infração 02, resumida no demonstrativo da folha 109 do processo e tudo gravado no CD da folha 382, também, deste processo.

No que alude as infrações 03 e 06, aduz que as trata em conjunto por se tratar de lançamentos de diferencial de alíquota entre a interna e a interestadual e estorno de crédito utilizado indevidamente nas aquisições de material de uso e ou consumo. São duas infrações distintas, mas que têm o mesmo universo de materiais envolvidos.

Afirma em relação à infração 03, que a empresa autuada deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da federação e destinadas ao consumo do estabelecimento. Os lançamentos de material de uso e/ou consumo, reclamados neste auto de infração, foram erroneamente efetuados nos seguintes CFOPs – Códigos Fiscais de Operações e Prestações: 2.101 – Compras para Industrialização e 2.551 – Compras de Bens para Ativo Imobilizado, quando deveriam ser escriturados no CFOP: 2.556 – Compra de Materiais da Uso e ou Consumo e recolhida a diferença do ICMS entre as alíquotas interna do Estado da Bahia e as alíquotas dos outros estados da federação.

Aduz que foram apuradas, também, diferenças nos próprios lançamentos do CFOP – 2556 – Compras de Materiais para Uso e ou Consumo, conforme apurado em planilha própria e resumida no demonstrativo da folha 160 deste processo, além da gravação em CD da folha 382, também deste processo.

Quanto a infração 06, afirma que a requerente utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material de uso e ou consumo do estabelecimento, enquadrada no Art. 93, Inciso V, alínea "b" e 124 do RICMS aprovado pelo Decreto 6.284/97.

Alinha que a defesa apresentada pela Requerente não destaca os materiais, que poderiam ser impugnados e que constam das relações anexadas ao processo, ficando, portanto, sobre a

alegação de que são insumos e material de embalagens. Como se sabe material de embalagem está fora dos itens listados para a cobrança do imposto, pois o mesmo tem direito ao crédito do ICMS.

Destaca que a autuação está fundamentada em materiais de uso ou consumo, que são materiais consumidos e utilizados pela indústria que não integram fisicamente o produto acabado. No caso em apreço é de fácil percepção que os materiais listados nos anexos acostados ao presente processo são materiais de uso ou consumo, pois os mesmos não têm composição física e nem condição de integrar o produto final, pois não se trata de embalagem nem de insumo que componha o bem produzido na unidade fabril.

Entende que ficou, portanto, carente de apresentação dos itens que o defensor destaque como não ser material de uso ou consumo para que a fiscalização se convença de que a reclamação possa ser improcedente, pelo contrário a reclamação é procedente em todos os materiais relacionados na lista de notas fiscais constantes das relações anexas ao processo e gravada em CD, para que não reste qualquer dúvida sobre a autuação efetuada.

Afirma que a transcrição do item 45, logo a seguir, é para demonstrar aos Ilustres julgadores do CONSEF como a defesa trata a questão de insumos versus material de uso e ou consumo. A afirmação de que uniformes especiais, toucas e luvas serem indispensáveis para a higiene do ambiente fabril, não resta dúvida que é verdade, mas na condição tributária, que obriga o recolhimento da diferença de alíquota entre a interna e as interestaduais para a aquisição de bens de uso e ou consumo, se refere, tão somente, aos materiais que não integram o produto final fabricado pela requerente, que é o caso dos materiais acima citados na defesa.

Alude que uniforme especial, touca e luva nunca vão integrar um produto como leite em pó, por exemplo. Esta é a grande diferença de entendimento entre o que é material de uso e ou consumo, matéria prima e insumos utilizados nas unidades fabris. A ponto de um material de uso e ou consumo para uma unidade ser insumo para outra unidade. Restou, portanto, que a defesa indicasse material por material das diversas linhas de produção, comprovando sua utilidade e se os mesmo integram ou não o produto final da referida linha de produção da fábrica, mas sem esse demonstrativo e defendendo que todos os materiais de uso e ou consumo constantes do processo são insumos, fica rasa e sem fundamentação legal para pedir a nulidade do lançamento fundamento no auto de infração da exordial.

“45. Não é preciso dizer, por exemplo, o quanto absolutamente necessária é a utilização de uniformes especiais, toucas e luvas pelos funcionários da fábrica, a fim de evitar qualquer tipo de contaminação que inviabilizaria a comercialização dos produtos alimentícios Nestlé. Do mesmo modo, também é indiscutível a necessidade de se manter a assepsia das instalações fabris, sobretudo das esteiras, tubos, registros e de todos os equipamentos da linha de produção que, de alguma forma, têm contato com o produto ou com a embalagem na qual é acondicionado o alimento.”

Conclui que, não resta nenhuma dúvida, pelo demonstrado no processo, que a Requerente é devedora do diferencial de alíquotas entre a interna e a interestadual, bem como o ICMS utilizado indevidamente na aquisição de materiais de uso e consumo lançados como compras da industrialização e ativo imobilizado.

Para a infração 04, alude que a Requerente utilizou crédito fiscal de ICMS relativo à entrada de bem do ativo imobilizado, apropriando-se de valor superior ao permitido pela legislação. A apropriação de valores apurados no livro CIAP (1/48) mensais, foram feitas a maior, conforme demonstrado nos anexos da infração 04 deste processo e resumido no demonstrativo da folha 351 dos autos.

Assegura que na peça de defesa no item 72, abaixo transcrito, a autuada requer que seja postergada a prova do ilícito fiscal. Entende que a sua postulação deve ser indeferida, pois não há permissão no RPAF – Decreto Nº 7.629 de 09 de julho de 1999, tendo em vista que no seu Art. 123, parágrafo 5, determina que a oportunidade de entrega é na época da defesa sob pena de

preclusão. Além do mais, continua o autuante, o motivo alegado – “que não teve tempo hábil para localizar todos os documentos relativos ao aproveitamento de créditos decorrentes de entradas de bens do ativo imobilizado no período atuado” – não justifica o pedido com base nas exceções dos Incisos I; II e III do Parágrafo 5, do Art. 123, do mesmo RPAF.

“72. Devido à quantidade de itens dessa autuação fiscal e de documentos a serem localizados, a Requerente informa que não teve tempo hábil para localizar todos os documentos relativos ao aproveitamento de créditos decorrentes de entradas de bens do ativo imobilizado no período atuado. Nesse sentido, a Requerente protesta pela posterior juntada dos documentos que comprovem a total improcedência do item 4 da autuação fiscal.”

Conclui que o motivo da defesa de se esquivar da discussão do mérito, confessa que o lançamento é procedente e que guarda legalidade com o instituto da utilização do crédito fiscal do ICMS nas aquisições do ativo imobilizado enquadrado no Art. 93, parágrafo 17 do RICMS aprovado pelo Decreto 6.284/97, constante do auto de infração.

No que concerne a infração 05, afirma que a empresa deixou de proceder o recolhimento do ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no estado da Bahia.

Alude que a requerente apresenta uma relação de notas fiscais emitidas em 09/02/2010, referentes às diferenças de outras notas fiscais emitidas anteriormente, meses de: dezembro de 2009 e janeiro de 2010, além de dois DAEs nos valores totais de R\$48.017,77 e R\$53.413,89, que, somados, totaliza R\$101.431,66, para comprovar um pagamento de R\$91.636,45. Informa, também, que recolheu a maior o valor de R\$9.795,21.

Argumenta que nos DAEs, acima descritos, está grafado no campo 4 – referência – 01/2010 e 12/2009, respectivamente. Com isso conclui que os referidos DAEs apresentados são relativos aos pagamentos de meses diferente de fevereiro de 2010, porém o que motivou a emissão das notas fiscais foi erro de emissões anteriores, regularizados naquele dia 09/02/2010. Portanto, o pagamento apresentado se refere às notas fiscais de fevereiro de 2010, que quita o débito fiscal. A requerente deve solicitar junto a SEFAZ a correção do mês de referência de cada DAE para regularizar a DMA de fevereiro de 2010 e quanto o valor dito pago a maior pode pleitear a restituição.

Conclui que, diante do apresentado nesta informação fiscal com todos os argumentos legais expostos e por questão de justiça, mantemos na forma original as infrações 01; 02; 03; 04 e 06 do auto de infração. Quanto à infração 05 concorda que seja excluída tendo em vista que o valor de R\$91.636,45, foi pago espontaneamente na data de 09/02/2010, mesmo com os meses de referência divergentes, que carecem de alteração via pedido de correção de DAE.

Assegura que, após retirado o valor da infração 05, remanesceu um crédito tributário em favor da Fazenda Pública Estadual no total de R\$5.649.561,09 (cinco milhões seiscentos e quarenta e nove mil, quinhentos e sessenta e hum reais e nove centavos) pelos consectários legais pertinentes.

O autuado, às fls. 503 a 505, volta a se manifestar argüindo que a informação fiscal não é capaz de rebater os argumentos da defesa, exemplificando, com a infração 01, a fiscalização se limita a afirmar que não teria havido cerceamento da defesa, tendo em vista que foi entregue um CD à requerente com planilhas que supostamente serviriam de fundamento para a cobrança. Afirma eu em momento algum alegou não ter recebidos os CD com planilhas, afirmou que os documentos anexados ao auto de infração não permitem identificar os critérios utilizados pela fiscalização para a realização dos ajustes realizados em seu conta-corrente, notadamente aqueles que dizem respeito a quebras e perdas da atividade da requerente, o que impossibilita a verificação da legitimidade da cobrança.

Assegura que em relação ao mês de janeiro a abril de 2009, por exemplo, a fiscalização apresentou apenas planilhas com os ajustes realizados na apuração, sem apresentar qualquer documento adicional para fundamentá-lo ou, ao menos, justificá-lo. Ou seja, em relação há

esses meses a requerente sequer tem conhecimento das operações que foram objeto da autuação e ensejaram os ajustes realizados.

Aduz que, em relação aos demais itens da autuação, o autuante não apresenta qualquer argumento jurídico capaz de contrariar o que já foi exporto.

Requer o provimento integral da defesa apresentada.

O autuante, às fls. 510 a 511 dos autos, apresenta nova informação fiscal, aduzindo que reafirma em sua totalidade a manutenção do auto de infração, nos termos da informação fiscal constante das fls. 468 a 489 dos autos.

VOTO

O presente lançamento de ofício, ora impugnado, aponta 06 infrações por descumprimento de obrigação principal do ICMS, já devida mente relatadas.

Após a análise dos termos constantes na peça defensiva, concluo, de forma preliminar, pela rejeição das nulidades arguidas pelo autuado, uma vez que: a descrição dos fatos e sua capitulação legal são condizentes com os fatos reais e com o direito aplicável; foi obedecido o devido processo legal, através do qual o impugnante exerceu a ampla defesa e o contraditório, haja vista que o autuado obteve as peças necessárias a sua defesa, bem como foram obedecidos os prazos previstos legalmente e demais exigências formais.

Quanto à infração 01, o autuante indica em sua informação fiscal, cuja ciência foi dada ao autuado, os títulos que estão no CD gravado da folha 382 extraíndo do próprio processo do CD da folha 382, anexa na aludida informação os seguintes relatórios: *a) – cópia do livro de registro de apuração do ICMS fornecido pela autuada, que constitui prova material da autuação (anexo 01); b) – demonstrativo denominado de “conta corrente fiscal do ICMS” elaborado a partir do livro do item “a” anterior, onde se pode observar que é uma transcrição de valores do livro de apuração do ICMS para a coluna “Total” do referido demonstrativo e alocados nas respectivas colunas de incentivados e não incentivados, conforme manda a Instrução Normativa 27/2009, para os valores dos débitos e dos créditos apurados (anexo 02).*

As demais arguições de nulidade, relativas às demais infrações, serão tratadas em conjunto com a análise do mérito no que couber, visto que se entrelaçam nas argumentações de mérito trazidas pelo impugnante. Verifico, inclusive, que o autuado recebeu todos os documentos resultantes da aludida informação fiscal, além das planilhas e CD anexados autos relativos a presente exigência fiscal, conforme afirma, inclusive, em sua defesa.

Verifico, em relação à infração 01, que foi imputado ao sujeito passivo recolhimento a menos do ICMS em razão de erro na determinação do valor da parcela sujeita a dilação de prazo prevista pelo Programa de Desenvolvimento Industrial de Integração Econômica do Estado da Bahia, tendo em vista, conforme alinha o autuante, *“a classificação errônea das verbas dos CFOPs 5.102; 5927; 5949; 6556; 6949 e outros assinalados todos nas planilhas com (**) dois asteriscos, lançados nos valores incentivados, quando deveriam ser lançados em não incentivados, conforme determina a Instrução Normativa 27/2009, que regulamenta a “reapuração” do ICMS para as empresas beneficiadas pelo programa DESENVOLVE, tendo como base o livro de apuração do ICMS, que se encontra anexo a peça vestibular como documento probante fornecido pela autuada, gravado em CD com todos os detalhes das notas fiscais envolvidas no processo, bem como relatório final, resumindo todo o feito.”*

O trabalho dos autuastes foi realizado com base no que determina a Instrução Normativa 27/2009, a qual regula a forma de alocar o que deve ser considerando como incentivos e os que não são contemplados pelo programa DESENVOLVE, apurando-se, dessa forma, os valores incentivados, partindo, conforme alude o autuante, exatamente do livro Registro de Apuração do ICMS, apresentado pela autuada.

O autuante anexou livro de apuração de ICMS, fornecido pela autuada, com o necessário detalhamento, por CD gravado e entregue no processo a autuada e nesta peça, indica o autuante: *está como folha 382, (CÓPIAS IDÊNTICAS), foi transscrito para a planilha de ajuste “ipsis litteris”*,

conforme registrado na coluna TOTAL e, logo estes valores são distribuídos nas colunas – INCENTIVADO E NÃO INCETIVADO – conforme a classificação do CFOP descrito na IN-27/2009, determinando, portanto, se goza do incentivo ou não.

Com base nessa classificação os autuantes chegaram ao valor incentivado e daí foi apurado 10% do ICMS e sobre os 90% restantes, que poderia ser dilatado em 72 meses, ou pago mais 10% sobre este restante para ficar quitada a dilação como incentivo.

Assim, não verifico cerceamento do direito de defesa ou contraditório, não cabendo mácula ao trabalho realizado pelos autuantes, nem quanto ao aspecto formal ou material, o que resulta na manutenção integral da infração 01.

Quanto à infração 02, o sujeito passivo deixou de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS relativo às entradas de material de embalagem para Leite em Pó Molico e Ninho, tendo em vista que o produto final goza de benefício de redução da base de cálculo de 58,825% nas saídas.

A tese do sujeito passivo se ampara nas disposições constitucionais e infraconstitucionais relativas a não cumulatividade do ICMS, ou seja, entende que a presente exigência fere o princípio na não cumulatividade inerente a esse imposto.

Diferente do que alega o sujeito passivo e das decisões por ele trazidas o STF, através da sua 2ª turma, nos Embargos de Declaração no Agravo de Instrumento, relator Min. Carlos Velloso e, através do Pleno, no Recurso Extraordinário nº 174.478-2, relator Min. Cesar Peluso, adotou o entendimento de que a redução da base de cálculo é espécie de isenção, enquadrada doutrinamente no conceito de isenção parcial, in verbis:

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRIBUTÁRIO. CONSTITUCIONAL. COMPENSAÇÃO DE ICMS CALCULADO MEDIANTE BASE DE CÁLCULO REDUZIDA. ESTORNO PROPORCIONAL. POSSIBILIDADE. I - O Tribunal reformulou seu entendimento quando do julgamento do RE 174.478/SP, Rel. para o acórdão o Min. Cesar Peluso, entendendo pela impossibilidade da compensação dos créditos relativos à entrada de insumos realizada com redução da base de cálculo, dado que consubstancia isenção fiscal parcial. II - Inexistência de novos argumentos capazes de afastar as razões expendidas na Decisão ora atacada, que deve ser mantida. III - Impossibilidade de concessão de efeito suspensivo ao agravo de instrumento, dada a excepcionalidade da medida. IV - Agravo regimental improvido. (AI-AgR 449051 / RS - RIO GRANDE DO SUL AG. REG. NO AGRAVO DE INSTRUMENTO)

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO OPOSTOS À DECISÃO DO RELATOR: CONVERSÃO EM AGRAVO REGIMENTAL. TRIBUTÁRIO. ICMS. CRÉDITO. BASE DE CÁLCULO: REDUÇÃO. PRINCÍPIO DA NÃO-CUMULATIVIDADE. INAPLICABILIDADE. I. - Embargos de declaração opostos à Decisão singular do Relator. Conversão dos embargos em agravo regimental. II. - O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE 174.478/SP, Relator para o acórdão o Ministro Cézar Peluso, entendeu que não viola o princípio da não-cumulatividade a exigência de estorno do crédito do ICMS relativo à entrada de insumos usados em industrialização de produtos cujas saídas foram realizadas com redução da base de cálculo. Além disso, considerou que a referida redução corresponde à figura da isenção parcial, o que faz incidir, no caso, a regra constante do art. 155, § 2º, II, b, da Constituição Federal. III. - Embargos de declaração convertidos em agravo regimental. Não provimento deste. (AI-ED 497755 / PR - PARANÁ BEM .DECL. NO AGRAVO DE INSTRUMENTO)”

Em sua manifestação nos autos, concernente ao Acórdão nº 0160-12/07, a Procuradoria Estadual, através do Ilustre Procurador do Estado da Bahia, Dr. José Augusto Martins Junior, em parecer, sustenta a legalidade dos estornos de créditos efetuados pela fiscalização, quanto à sua força normativa, por decorrerem diretamente do próprio texto constitucional, sustentando a aplicação imediata e irrestrita do da Lei Maior, art. 155, § 2º e o inc. II, letras “a” e “b”, com consonância, portanto, com a decisão prolatada pelo STF.

Alinho-me ao entendimento externado no voto em separado, proferido pelo Conselheiro Tolstoi Seara Nolasco, constante do Acórdão nº 0160-12/07, prolatado pela 2ª Câmara de Julgamento

Fiscal deste CONSEF, acima já referido, de que a determinação de estorno de crédito relativo à saída com base de cálculo reduzida, constante do RICMS/BA, encontra lastro legal na previsão genérica, contemplada no art. 30 da Lei 7.014/96, que, por sua vez, encontra amparo na norma constitucional veiculada através do art. 155, § 2º, inc. II, letras “a” e “b” da CF/88, relativamente ao estorno de crédito decorrente de isenção. Segue, in verbis, o art. 30 da Lei 7014/96:

“Art. 30. O sujeito passivo deverá efetuar o estorno do imposto de que se tiver creditado, salvo disposição em contrário, sempre que o serviço tomado ou a mercadoria entrada no estabelecimento:

I - for objeto de saída ou prestação de serviço não tributada ou isenta, sendo esta circunstância imprevisível na data da entrada da mercadoria ou da utilização do serviço;”

Diante do exposto, em consonância com a decisão da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal deste CONSEF, através do citado acórdão nº 0160-12/07, considero subsistente a exigência tributária, constante da infração 02, relativa ao estorno de crédito fiscal de ICMS nas entradas de mercadorias, cujas saídas subsequentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente a parte proporcional da redução deste tributo, conforme determina o art. 100, Inciso II e Art. 124 do RICMS aprovado pelo Decreto 6.284/97.

Destaco que a infração 02, está resumida no demonstrativo da folha 109 do processo e tudo gravado no CD da folha 382, dos autos.

Cabe a manutenção integral da infração 02.

As infrações 03 e 06, são relativas à respectivamente diferença entre alíquotas interna e a interestadual e estorno de crédito utilizado indevidamente nas aquisições de material de uso e ou consumo, envolvendo os mesmos intens.

Verifico que a infração 03 decorre da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da federação e destinadas ao consumo do estabelecimento. Os materiais, alvo da presente exigência, destinados ao uso e/ou consumo, foram erroneamente, conforme aponta o autuante: *efetuados nos seguintes CFOPs – Códigos Fiscais de Operações e Prestações: 2.101 – Compras para Industrialização e 2.551 – Compras de Bens para Ativo Imobilizado, quando deveriam ser escriturados no CFOP: 2.556.*

Conforme se poderá verificar, adiante, na análise da infração 06, não há como descaracterizar os aludidos itens como uso e consumo, pois é possível identificar pela natureza e aplicação dos produtos relacionados pelo autuante, que nenhum deles se enquadra no conceito de insumos e/ou produtos intermediários, muito pelo contrário, evidenciam tratar-se de bens de uso e consumo. Neste caso, entendo que esses materiais não ensejam o direito ao crédito fiscal, tendo em vista que não participam do processo de fabricação como elementos integrantes do produto final, indispensáveis à sua composição, bem como na condição de bens destinados ao uso e consumo cabe o pagamento da diferença entre alíquotas, conforme consta na presente infração 03. Além do mais, como se verá, a alegação genérica do autuado não elide a presente exigência tributária.

Foram apuradas, também, diferenças nos próprios lançamentos do CFOP – 2556 – Compras de Materiais para Uso e ou Consumo, conforme consignado em planilha própria e resumida no demonstrativo da folha 160 deste processo, além da gravação em CD da folha 382, também deste processo.

Diante do exposto, fica mantida a infração 03.

Quanto à infração 04, coube a imputação de utilização de crédito fiscal de ICMS relativo à entrada de bem do ativo imobilizado, apropriando-se de valor superior ao permitido pela legislação. Os autuantes destacam que: *os valores apurados no livro CIAP (1/48) mensais, foram feitas a maior, conforme demonstrado nos anexos da infração 04 deste processo e resumido no demonstrativo da folha 351 do processo.*

O autuado em sua peça defensiva, item 72, abaixo transcrito, neta infração cometidas, alega inexistência de tempo hábil para localizar todos os documentos relativos aos créditos apropriados.

“72. Devido à quantidade de itens dessa autuação fiscal e de documentos a serem localizados, a Requerente informa que não teve tempo hábil para localizar todos os documentos relativos ao aproveitamento de créditos decorrentes de entradas de bens do ativo imobilizado no período atuado. Nesse sentido, a Requerente protesta pela posterior juntada dos documentos que comprovem a total improcedência do item 4 da autuação fiscal.”

Saliento, ademais, que o art. 142, do RPAF/99, dispõe que a recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha, importa em presunção de veracidade da afirmação da parte contrária.

“Art. 142. A recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária.”

Assim, considerando que não foram apresentados elementos que elidam a exigência, considero procedente a infração 04.

Quanto à infração 05, foi atribuído ao sujeito passivo deixar de recolher o ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no estado da Bahia.

Conforme alinharam os autuantes, em sua informação fiscal, o sujeito passivo apresenta uma relação de notas fiscais emitidas em 09/02/2010, referentes às diferenças de outras notas fiscais emitidas anteriormente, meses de: dezembro de 2009 e janeiro de 2010, além de dois DAEs nos valores totais de R\$48.017,77 e R\$53.413,89, que, somados, totaliza R\$101.431,66, para comprovar um pagamento de R\$91.636,45. Informa, também, que recolheu a maior o valor de R\$ 9.795,21.

Os DAEs, acima descritos, estão grafados realmente no campo 4 – referência – 01/2010 e 12/2009, respectivamente. Assim, os referidos DAEs apresentados são relativos aos pagamentos de meses diferente de fevereiro de 2010, porém o que motivou a emissão das notas fiscais foi erro de emissões anteriores, regularizados naquele dia 09/02/2010. Portanto, o pagamento apresentado se refere às notas fiscais de fevereiro de 2010, que quita o débito fiscal.

Sugerem os autuantes que a requerente deve solicitar, junto a SEFAZ, a correção do mês de referência de cada DAE para regularizar a DMA de fevereiro de 2010 e quanto o valor dito pago a maior pode pleitear a restituição.

Diante do exposto, em consonância com os autuantes, a infração 05 deve ser excluída, tendo em vista que o valor de R\$ 91.636,45, foi pago espontaneamente na data de 09/02/2010, mesmo com os meses de referência divergentes, que carecem de alteração via pedido de correção de DAE.

A infração 06 foi imputada em razão de o sujeito passivo ter utilizado indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de material de uso e ou consumo do estabelecimento, enquadrada no Art. 93, Inciso V, alínea “b” e 124 do RICMS aprovado pelo Decreto 6.284/97.

Cabe razão aos autuantes quando afirmam que o sujeito passivo não aponta especificamente os materiais impugnados constantes das relações anexadas aos autos, cabendo apenas a alegação genérica de que são insumos e material de embalagens.

Verifico que a natureza e aplicação dos itens, alvo da exigência, conforme indicados pelo próprio autuado no item 45 de sua impugnação a seguir transcrito, não deixa dúvidas quanto a sua destinação ao uso e consumo a exemplo de: uniformes especiais, toucas e luvas que o autuado alega serem indispensáveis para a higiene do ambiente fabril, conforme segue:

“45. Não é preciso dizer, por exemplo, o quanto absolutamente necessária é a utilização de uniformes especiais, toucas e luvas pelos funcionários da fábrica, a fim de evitar qualquer tipo de contaminação que inviabilizaria a comercialização dos produtos alimentícios Nestlé. Do

mesmo modo, também é indiscutível a necessidade de se manter a assepsia das instalações fabris, sobretudo das esteiras, tubos, registros e de todos os equipamentos da linha de produção que, de alguma forma, têm contato com o produto ou com a embalagem na qual é acondicionado o alimento.”

Diante do exposto, confirmada a destinação para uso e consumo, cabe a manutenção integral da infração 06.

As decisões administrativas e judiciais colacionadas pelo contribuinte na peça de defesa, não podem servir de lastro para alterar o entendimento aqui externado, visto que as mesmas não vinculam o Estado da Bahia. Somente, através de Decisão judicial no caso concreto, em que o autuado seja parte, ou através de ação de efeitos “erga omnes”, a exemplo da ADIN, estará a Bahia obrigada a adotar posição distinta da externada na presente lide, destarte como não lhe cabe competência para decretar a inconstitucionalidade de seus dispositivos, em conformidade com o art. 167 I do RPAF/BA.

Assim, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 2330380001/12-0, lavrado contra **NESTLÉ NORDESTE ALIMENTOS E BEBIDAS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$5.649.561,09**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, f, III e VII, b, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

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”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10/10/00.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de novembro de 2012.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

ANGELO MÁRIO DE ARAUJO PITOMBO – RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – JULGADOR