

A. I. Nº - 206958.0013/12-8
AUTUADO - DAIRY PARTNERS AMERICAS MANUFACTURING BRASIL LTDA.
AUTUANTE - LUCAS XAVIER PESSOA
ORIGEM - INFAZ ITABUNA
INTERNET 16.01.2013

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0006-04/13

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. AQUISIÇÕES COM SAÍDAS SUBSEQUENTES SUJEITAS AO REGIME DE DIFERIMENTO. O inciso IV, “b” do art. 97, RICMS/1997 veda a utilização de crédito nas hipóteses de aquisição com pagamento do imposto por antecipação ou substituição tributária. Infração caracterizada. Rejeitada a preliminar de nulidade. Indeferido o pedido de perícia. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração, lavrado em 15/06/2012 para exigir ICMS no valor histórico de R\$ 2.172.392,34, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a” da Lei nº 7.014/1996, sob a acusação de utilização indevida de crédito, referente às aquisições com saídas subsequentes beneficiadas com a isenção.

Consta que o suposto ilícito consiste de entradas de insumos, matérias primas e outros produtos empregados em industrialização por encomenda, cujas saídas subsequentes são desoneradas pelo diferimento previsto no art. 617 do RICMS/1997. Tanto o encomendante quanto o industrializador estão localizados no território deste Estado.

Esclarece o autuante que, com o fim de dimensionar o crédito em enfoque, segregou mensalmente os totais das bases de cálculo das operações tributáveis e das não tributáveis [diferidas] nas saídas, aplicando o percentual relativo a estas últimas para calcular o valor exigido.

O auditor consigna que transcreveu os valores dos demonstrativos nos livros fiscais da sociedade empresária, “*anulando totalmente, para o mês de janeiro de 2010, o saldo credor citado no livro de Apuração do ICMS*”.

O autuado ingressa com impugnação às fls. 46 a 62, através de advogado regularmente constituído, conforme procuração de fl. 67.

Transcreve, às fls. 47/48, o art. 97 do RICMS/1997, e aduz que desconhece as razões da autuação, por falta de clareza e fundamentação, inclusive nos demonstrativos, pelo que requer nulidade. Segundo alega, não consegue sequer identificar as compras objeto do lançamento de ofício, situação que agride o seu direito à ampla defesa.

No mérito, com fulcro no princípio da não-cumulatividade, diz que os créditos glosados são concernentes às aquisições de combustível e energia elétrica, ambos destinados ao processo de produção e comprados de estabelecimentos não pertencentes à Nestlé, da qual faz parte, o que enseja direito a crédito. Argumenta ser evidente que, além disso, o diferimento não corresponde aos institutos da isenção ou da não incidência, pois o que ocorre no presente caso é a mera postergação de pagamento para um momento futuro.

Em seguida, informa que produz derivados de leite da marca Nestlé e que a industrialização acontece por conta de unidades do mesmo grupo, mediante fornecimento de insumos e “*know how*” (arts. 616 e 617, RICMS/1997; fls. 51/52). O que se tem, assim, é que o encomendante remete

insumos para industrialização por sua conta, cujo pagamento do ICMS ocorrerá na saída do estabelecimento que encomendou.

Indica endereço para notificações, solicita ulterior juntada de documentos, registra a necessidade de produção de prova pericial, com a nomeação de assistente técnico e enumeração de quesitos, a inexistência de crime contra a ordem tributária, e encerra pleiteando nulidade ou improcedência, com a restituição integral, em sua escrita, do saldo “*anulado pela fiscalização*”.

Na informação fiscal, de fls. 103/104, o autuante alega que o diferimento “*torna a operação não tributada no seu contexto contábil pois, somente àquele que encerra o diferimento, em etapa posterior, é dada a prerrogativa de crescer, por fora do valor recebido, o ICMS diferido (...). O diferimento não adia o recolhimento do tributo, senão seria apenas uma postergação de pagamento. Adia, evidentemente, a etapa tributária.*”.

Mostra-se inconformado com o fato de o estabelecimento utilizar códigos genéricos, a exemplo de SDSC, e com a falta de menção, nas notas de saída, dos valores acrescidos.

Requer a procedência do Auto de Infração.

VOTO

Com efeito, há uma incongruência entre o que está consignado no campo “*Infração 1 – 01.02.26*” e no outro denominado “*Descrição dos Fatos*” (fls. 01/02), porquanto não existe a menor relação entre isenção e diferimento, que é simples espécie de substituição tributária. Como o próprio nome está a dizer (“*tributária*”), o mesmo ocorre sob a égide e a incidência do imposto em análise, com a simples postergação do pagamento, o que será pormenorizado no julgamento de mérito.

Apesar da mencionada discrepância, com fundamento no princípio da informalidade, que rege o processo administrativo fiscal, encartado no art. 2º do RPAF/1999, e no art. 18, § 1º do mesmo Regulamento, assinalo que as eventuais incorreções ou omissões e a não observância de exigências meramente formais contidas na legislação não acarretam a nulidade do Auto de Infração, desde que seja possível determinar a natureza do ilícito, o sujeito passivo e o montante do débito.

Desse modo, concluo que os pressupostos de validade do procedimento administrativo foram observados, uma vez que o auditor expôs a fundamentação de fato e de direito, descreveu a infração, especificando os documentos e demonstrativos, bem como seus dados e cálculos, assim como indicou o embasamento jurídico.

Não foi identificada violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer outros de direito constitucional, administrativo ou tributário, em especial os do processo administrativo fiscal, tendo sido observada a garantia à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizada nos aspectos abordados na impugnação.

Com relação aos levantamentos (fls. 11 a 43), conforme destacou o auditor, é perfeitamente possível observar, principalmente às fls. 11, 22 e 33, que o referido agente, objetivando alcançar o montante que reputou indevido, segregou mensalmente os totais das bases de cálculo das operações tributáveis e das diferidas (coluna “*ISEN/NTRIB*”) nas saídas, aplicando posteriormente o percentual relativo a estas últimas nos créditos lançados.

Por isso, observo que não são pertinentes as razões de defesa referentes à dificuldade de identificação das compras autuadas, ao combustível e à energia elétrica.

Rejeitada a preliminar de nulidade.

Com fundamento no art. 147, I, “a” do RPAF/1999 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia), reputo desnecessária a conversão do processo em perícia ou diligência, e decido que são suficientes para a formação da convicção dos julgadores os elementos ora

contidos nos autos.

Quanto ao pedido relativo ao saldo “*anulado pela fiscalização*”, este Conselho não possui atribuição legal para apreciá-lo, cabendo ao interessado, após o trânsito em julgado administrativo, tomar as devidas providências junto à Inspetoria de origem.

Relativamente ao endereço fornecido, deve ser observado o art. 108 do RPAF/1999.

No mérito, o art. 97, I, “a” do RICMS/1997 (Regulamento do ICMS da Bahia) veda o direito a crédito nas entradas cujas saídas subsequentes não forem tributáveis ou forem isentas.

Muito bem, fatos não tributáveis são aqueles não previstos na legislação de regência do tributo, a exemplo dos serviços sujeitos ao ISSQN, ou amparados nas hipóteses de imunidade estatuídas na CF/1988, que, obviamente, não é o caso.

Nos dizeres de Paulo de Barros Carvalho, isenção é a limitação do âmbito de abrangência de critério do antecedente ou do consequente da norma tributária, que impede que o gravame nasça. Geraldo Ataliba, ao abordar a não incidência (operações não tributáveis), estabelece paralelo com o direito penal e fala em fato não impositivo, para aludir ao acontecimento que não realiza hipótese de incidência tributária. A não incidência deriva da falta de lei ou da impossibilidade jurídica de tributar certos fatos em face de a regra matriz constitucional do imposto a eles não se ajustar.

Por conseguinte, o diferimento não se enquadra na previsão do art. 97, I, “a” do RICMS/1997, já que é espécie de substituição tributária, na qual ocorre o mero adiamento do instante em que a obrigação de pagar deve ser adimplida, o que não guarda semelhança ou correspondência com incidência.

Pagamento é uma coisa, incidência outra.

Aliás, este é o entendimento sedimentado neste Conselho de Fazenda, que foi explicitado, por exemplo, nos Acórdãos CJF 0238-11/12 e 0001-13/12, entre outros, cujos trechos deixo abaixo transcritos.

“Sendo assim, está correta a Decisão da Junta de Julgamento Fiscal quando determinou a inclusão, no numerador da fração, das prestações de serviços de telecomunicação ocorridas com diferimento (cessão de rede ou interconexão), porque tais prestações são tributadas, haja vista que nelas há a ocorrência do fato gerador, apenas havendo a postergação da exigência do imposto para um momento subsequente, não se equiparando, portanto, a operações ou prestações isentas ou com não-incidência; (...)”.

“Na defesa, o autuado, ora recorrido, apenas se defendeu quanto à fórmula utilizada pelas autuantes no cálculo do crédito a ser apropriado no CIAP. Mediante diligência determinada pela 4ª JJF, as autuantes refizeram a apuração do imposto devido incluindo as operações sujeitas ao instituto do diferimento entre as operações/prestações tributadas, bem como excluindo as saídas que não fossem em caráter definitivo do rol das saídas totais. Não há reparo a fazer na decisão recorrida, a qual está em conformidade com a legislação tributária e com o entendimento pacificado neste CONSEF, a exemplo do Acórdão CJF 0130-11/11, transcrito na Decisão recorrida. Além disso, os cálculos foram realizados pelas próprias autuantes, prepostos fiscais que executaram a ação fiscal e que tiveram acesso aos livros, documentos e arquivos magnéticos do recorrido”.

Entretanto, o inciso IV, “b” do mesmo artigo regulamentar (97, RICMS/1997), no qual o fato deve ser enquadrado, veda a utilização de crédito nas hipóteses de aquisição com pagamento do imposto por antecipação ou substituição tributária.

Por ser o diferimento, como dito, uma das espécies de substituição, prevista neste caso nos arts. 616/617 do RICMS/1997, resta claro que não há o direito ao crédito, por expressa previsão na legislação de regência.

Infração caracterizada.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206958.0013/12-8**, lavrado contra **DAIRY PARTNERS AMERICAS MANUFACTURING BRASIL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$2.172.392,34**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a”, da Lei 7.014/1996, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de janeiro de 2013.

PAULO DANILO REIS LOPES – PRESIDENTE/RELATOR

JORGE INÁCIO DE AQUINO – JULGADOR

JOÃO VICENTE COSTA NETO - JULGADOR