

A. I. Nº - 206875.3005/16-6
AUTUADO - INDÚSTRIA DE LATICÍNIOS PALMEIRA DOS ÍNDIOS S/A. - ILPISA
AUTUANTE - CLODOMAR FERNANDES COSTA
ORIGEM - IFEP – DAT/SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 06/01/2017

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0241-01/16

EMENTA: ICMS. NULIDADE. ILEGITIMIDADE PASSIVA. As operações estavam sujeitas à tributação normal do imposto pelo remetente, haja vista a impossibilidade de fruição do diferimento em face de o adquirente/destinatário não estar habilitado para operar no referido regime. É indevida a exigência do imposto do destinatário, por ilegitimidade passiva. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 28/06/2016, formaliza a exigência de ICMS no valor de R\$3.113.379,10, acrescido da multa de 60%, em decorrência do cometimento da seguinte infração à legislação do ICMS imputada ao autuado: Deixou de proceder o recolhimento do ICMS substituído por diferimento, na condição de responsável pelo recolhimento do imposto diferido.

Consta se tratar de entrada de leite in natura sem o devido pagamento do ICMS respectivo. O contribuinte à época dos fatos geradores não possuía habilitação para o diferimento. Período de ocorrência: janeiro a dezembro de 2014, janeiro a dezembro de 2015.

O autuado apresentou defesa (fls.58 a 66). Argui a nulidade da autuação em função da falta de previsão legal da cobrança. Saliencia que a autuação gira em torno da cobrança do ICMS supostamente devido nas aquisições de leite in natura de produtor rural para o seu estabelecimento, sendo o entendimento da Fiscalização que, para que as referidas operações fossem alcançadas pelo diferimento, seria necessário que possuísse habilitação perante a Secretaria da Fazenda. Reproduz os artigos apontados pela Fiscalização para enquadramento da infração e tipificação da multa.

Diz que da análise dos dispositivos referidos pela Fiscalização, verifica-se que a Lei nº 7.014/96, nos §§ 2º e 3º do artigo 7º, remete ao Regulamento do ICMS a determinação das condições e alcance da substituição tributária por diferimento, incluindo aí a determinação expressa de quais operações estariam alcançadas por esse regime.

Acrescenta que o Regulamento do ICMS vigente à época da autuação, aprovado pelo Decreto nº 13.780/2012, mais precisamente nos artigos 286 a 288, não faz referência ao produto objeto da autuação, qual seja, o leite in natura, o que lhe leva a concluir que as operações relativas às aquisições de leite realizadas por estabelecimentos industriais junto a produtores rurais não estariam alcançadas pelo regime do diferimento. Ou seja, os dispositivos legais mencionados no Auto de Infração tratam especificamente do regime do diferimento, no entanto, a operação em questão, i.e., aquisição de leite in natura de produtor rural, não está sujeita a tal regime, o que torna nulo o presente Auto de Infração, haja vista que a situação fática não se enquadra com os dispositivos citados. Neste sentido, reproduz os artigos 18 e 19 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, que trata das hipóteses de nulidade dos atos administrativos.

Diz que a análise dos dispositivos acima referidos, precisamente do artigo 19 do RPAF, extrai-se que a indicação equivocada do dispositivo legal no Auto de Infração só não estaria sujeita à nulidade caso a descrição dos fatos dispusesse, de maneira inequívoca, qual a real infração, o que não se mostra presente no caso concreto, visto que, tanto o enquadramento legal citado na infração quanto a descrição dos fatos, tratam do mesmo assunto, qual seja, o diferimento do

imposto.

Alega que não se trata de dizer que embora o enquadramento legal tenha sido mencionado por engano, a descrição dos fatos deixa claro qual o teor da infração, o que poderia afastar a alegação de nulidade.

Reitera que o Regulamento do ICMS não prevê, nos artigos 286 a 288, a hipótese de diferimento nas operações realizadas com leite in natura, portanto, as operações que foram objeto da presente autuação não são alcançadas pelo regime do diferimento.

Aduz que evidenciado este lapso, tem-se em contrapartida que o Auto de Infração possui um defeito insanável, que macula todo o trabalho realizado, face à inexistência ou imprecisão do tipo legal infrator, para se determinar o tipo infringente descrito no lançamento de ofício, não reportando com fidelidade a materialidade do fato infringente detectado, que materializou a existência do crédito tributário em favor do tesouro estadual.

Em síntese, diz que se observa, portanto, que o fato descrito não enseja claramente qual seria a infração cometida, haja vista a subsunção do fato a norma não se coadunar, pois é pacífico e uníssono o entendimento de que a descrição correta do fato é condição *sine qua non* para a legalidade da acusação fiscal, pois o julgador de posse do fato descrito, já que é conhecedor da lei, proferirá sua decisão subsumindo o fato descrito a norma regulamentar, assim, “*Narra mihi factum, dabo tibi jus*” (*narra-me o fato, dar-te-ei o direito*), o que não é o caso como explicitado no discorrer destas considerações.

Requer, desse modo, que seja decretada a nulidade do presente Auto de Infração, devido à ocorrência de vício insanável em sua constituição.

Ressalta que a previsão de diferimento para o leite fresco, descrita no inciso IV do artigo 286 do RICMS/BA, não se aplica ao leite in natura, conforme o Convênio ICM 25/83.

No mérito, sustenta a improcedência da autuação em razão da ocorrência de erros nos cálculos da infração.

Frisa que na hipótese desta Junta de Julgamento Fiscal não deliberar pela nulidade da autuação em função do alegado no item anterior, submete à apreciação deste órgão julgador mais um argumento que demonstra o desacerto da autuação.

Diz que ao verificar os critérios adotados pela Fiscalização para quantificação do Auto de Infração, identificou alguns erros passíveis de revisão.

De início, alega que não foi considerado no levantamento fiscal o fato de fazer jus ao creditamento do ICMS do item objeto da autuação, qual seja, o leite in natura. Isso porque, por se tratar de uma indústria de laticínios, o leite in natura, por óbvio, é considerando matéria-prima essencial ao seu processo produtivo, e, portanto, lhe ensejaria o direito ao crédito do ICMS nas suas aquisições.

Observa que como as entradas ocorreram sem o destaque do ICMS não houve o creditamento, porém, a partir do momento em que a Fiscalização passa a exigir, neste Auto de Infração, o pagamento do imposto, tal montante passa a dar direito ao crédito de ICMS, o que torna nulo o efeito financeiro da operação, pois, o que está sendo cobrado poderá ser creditado.

Consigna que não parece razoável o critério adotado pela Fiscalização de desprezar, nos seus cálculos, o efeito do crédito a que faz jus.

Em face disso, requer a esta Junta de Julgamento que os cálculos que deram suporte ao lançamento fiscal sejam refeitos, considerando a hipótese de que os valores cobrados são passíveis de creditamento. Acrescenta que, além disso, o artigo 270, inciso VIII, do RICMS/BA, ao prever que os produtos derivados do leite, aí inclusos os produtos que fabrica, possuem um crédito presumido de 100% do imposto incidente no momento das saídas dos produtos acabados realizadas pelos estabelecimentos fabricantes, deixando claramente demonstrado que a intenção

do estado é a de desonerar a cadeia leiteira na Bahia, não fazendo sentido a autuação.

Observa que o imposto que está sendo exigido se refere, na visão do Fisco, a um imposto diferido para um momento posterior, qual seja, quando ocorrer às saídas decorrentes da industrialização do leite in natura. Indaga qual seria, portanto, a lógica dessa autuação, já que as saídas decorrentes da industrialização possuem um crédito presumido de 100% do imposto debitado.

Finaliza a peça defensiva requerendo:

- a nulidade do Auto de Infração, devido à ocorrência de vício insanável em sua constituição;
- na hipótese deste órgão julgador não deliberar pela nulidade da autuação, a improcedência, já que os cálculos que deram suporte ao lançamento fiscal sejam refeitos, considerando a hipótese de que os valores cobrados são passíveis de creditamento;
- a improcedência da autuação, já que o artigo 270, inciso VIII, do RICMS/BA prevê que os produtos derivados do leite possuem um crédito presumido de 100% do imposto debitado nas saídas.

O autuante prestou Informação Fiscal (fls.94 a 103).Contesta as alegações defensivas. Diz que uma prova incontestada de que o leite in natura está alcançado pelo regime de diferimento, o que sempre foi de conhecimento do autuado, era a concessão que a empresa tinha do estado da Bahia, na forma de “Habilitação” para proceder e usufruir deste regime, concessão esta sob nº 29430003, emitida em 05/08/1999 pela Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia. Acrescenta que por questões que não vem ao caso neste momento, a empresa optou em dar descontinuidade à sua Habilitação, ao não renovar o pedido de atualização do referido benefício, tendo sido cancelada em 18/09/2013. Reproduz os artigos da Lei nº 7.014/96 e do RICMS/BA/12, Decreto nº 13.780/12.

Observa que ao contrário do que afirma o autuado, leite fresco é o mesmo que leite in natura aqui no Brasil e em qualquer outro país.

Assevera que, desse modo, não só o produto está alcançado pelo regime de diferimento, como foi uma opção do autuado não mais usá-lo. Acrescenta que em assim fazendo, estaria desde a referida data obrigado ao pagamento do ICMS diferido no momento da entrada da mercadoria em seu estabelecimento.

Diz que, desse modo, a materialidade do fato questionada também fica evidente ao realizar o autuado as referidas operações sem o pagamento devido do imposto, seja amparado pelo regime do diferimento, não mais habilitado, ou pelo recolhimento imediato na condição de responsável pela obrigação tributária do imposto diferido.

Contesta a alegação defensiva atinente a improcedência da autuação em função da ocorrência de erros nos cálculos da infração.

Salienta que mais uma vez o autuado se utiliza de recurso protelatório, já considerando que a sua argumentação inicial não prosperará no julgamento.

Assinala que o autuado alega que, como as entradas ocorreram sem o destaque do ICMS e não houve o creditamento, e caso venha a pagar esta antecipação na entrada, a mesma seria anulada com o lançamento do crédito na entrada e o seu respectivo débito. Ressalta que o autuado esquece, porém, que o referido produto sob o regime do diferimento, tem uma única operação de débito, que se dá na entrada do estabelecimento, encerrando-se assim a sua fase de tributação como matéria prima diferida. Acrescenta que, caso tivesse sido pago na entrada, pela própria força do regulamento do ICMS, a operação se encerraria e não poderia ser utilizado nenhum crédito. Reproduz o art. 7º do RICMS/BA/12.

Aduz que considerando que o autuado optara pelo crédito presumido previsto no artigo 270, VIII, do RICMS/BA, valor equivalente a 100% do imposto incidente no momento das saídas dos

produtos derivados de leite, não pode utilizar nenhum crédito fiscal vinculado às referidas operações. Assim, caso tivesse direito a algum crédito fiscal vinculado às aquisições de leite fresco, não poderia utilizá-lo para proceder à compensação do débito devido na respectiva entrada.

Assevera que a habilitação para operar no regime de diferimento nas aquisições de leite in natura, é obrigatória, conforme previsto no artigo 287 do RICMS/BA. Acrescenta que em não possuindo tal habilitação, o contribuinte obriga-se a recolher o imposto na entrada, na condição de substituto tributário, consoante o art. 7º, § 1º, I, do RICMS/BA/12.

Observa que o artigo 270, VIII, do RICMS/BA, concede crédito presumido equivalente a 100% do imposto incidente no momento das saídas dos produtos derivados de leite, mas nenhum dispositivo regulamentar dispensa o contribuinte de recolher o imposto devido nas entradas de leite fresco quando não possuir a habilitação prévia exigida, como é o caso.

Registra que o autuado classificou na escrita fiscal o produto como leite in natura, que equivale a leite fresco, o qual se encontra enquadrado no regime de diferimento. Sustenta que nenhuma das argumentações do impugnante encontra amparo legal para prosperar.

Finaliza a peça informativa mantendo o Auto de Infração.

VOTO

Inicialmente, não acolho a nulidade arguida pelo impugnante por falta de previsão legal da cobrança referente ao leite *in natura*. Isto porque, conforme muito bem consignado pelo autuante, o leite fresco – previsto no arg. 286, IV, do RICMS/BA/12, Decreto nº 13.780/12 – é o mesmo leite *in natura*, existindo, portanto, previsão para sua cobrança.

Verifico que a infração encontra-se claramente descrita no Auto de Infração, sendo perfeitamente possível identificar-se a base de cálculo; a alíquota aplicada; o montante do débito; o sujeito passivo, portanto, permitindo o exercício pleno do direito de ampla defesa e do contraditório por parte do autuado.

Entretanto, constato a impossibilidade de se dar prosseguimento a lide, em face de existência de vício insanável que inquina de nulidade o lançamento de ofício, por ilegitimidade passiva do autuado.

A Lei nº. 7.014/96 ao tratar da substituição tributária por diferimento estabelece o seguinte:

[...]

Art. 7º Dar-se-á o diferimento quando o lançamento e o pagamento do imposto incidente sobre determinada operação ou prestação forem adiados para uma etapa posterior, atribuindo-se a responsabilidade pelo pagamento do imposto diferido ao adquirente ou destinatário da mercadoria, ou ao usuário do serviço, na condição de sujeito passivo por substituição vinculado a etapa posterior.

§ 1º Na hipótese de responsabilidade tributária em relação às operações ou prestações antecedentes, salvo disposição em contrário, o imposto devido pelas referidas operações ou prestações será pago pelo responsável, quando:

I - da entrada ou recebimento da mercadoria, do bem ou do serviço;

II - da saída subsequente por ele promovida, ainda que isenta ou não tributada;

III - ocorrer qualquer saída ou evento que impossibilite a ocorrência do fato determinante do pagamento do imposto.

§ 2º O regulamento poderá submeter ao regime de diferimento operações ou prestações, estabelecendo o momento em que devam ocorrer o lançamento e o pagamento do imposto, ficando atribuída a responsabilidade por substituição ao contribuinte em cujo estabelecimento ocorrer o termo final do diferimento.

§ 3º O regulamento poderá estabelecer exigências e condições para autorizar o contribuinte a operar no regime de diferimento.

[...]

Art. 23. Para fins de substituição tributária, inclusive a título de antecipação, a base de cálculo é:

[...]

§ 1º O pagamento do imposto cujo lançamento tenha sido diferido atenderá ao disposto no § 1º do art. 7º.

Já o RICMS/BA/12, Decreto nº 13.780/12 dispõe o seguinte ao tratar do diferimento:

[...]

Art. 286. É diferido o lançamento do ICMS:

IV - nas saídas internas de leite fresco, pasteurizado ou não (Convs. ICM 25/83 e ICMS 121/89);

[...]

Art. 287. Nas operações com mercadorias enquadradas no regime de diferimento a fruição do benefício é condicionada a que o adquirente ou destinatário requeira e obtenha, previamente, sua habilitação para operar nesse regime, perante a repartição fiscal do seu domicílio tributário, e desde que:

I - apure o imposto pelo regime de conta-corrente fiscal;

A leitura dos dispositivos normativos acima reproduzidos permite constatar que as saídas internas de leite fresco/*in natura* são amparadas pelo diferimento do ICMS. Porém, para fruição do benefício, existe uma condição indispensável, no caso que o adquirente ou destinatário esteja habilitado para operar nesse regime de diferimento.

Significa dizer que, não estando o adquirente/destinatário habilitado para operar nesse regime - como é o caso do autuado - não há que se falar em diferimento do imposto e, consequentemente, em sua responsabilidade por substituição, devendo a operação de saída realizada pelo remetente ser tributada normalmente com destaque do ICMS devido no documento fiscal.

Ou seja, nessa situação, não pode ser imputada ao autuado a responsabilidade pelo pagamento do imposto diferido, haja vista que a ausência de habilitação para operar no regime de diferimento exige que a operação seja realizada normalmente pelo remetente, a quem cabe à obrigação de destacar e apurar o ICMS porventura devido.

Diante disso, o Auto de Infração é nulo por ilegitimidade passiva, conforme determina o art. 18, IV, “b”, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF) aprovado pelo Decreto nº 13.780/12.

Nos termos do artigo 21 do mesmo RPAF/99 recomendo a autoridade competente que analise a possibilidade de instauração de novo procedimento fiscal para exigência do imposto porventura devido pelo remetente, em face de ter realizado operações tributáveis sem o devido destaque do imposto.

Voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar NULO o Auto de Infração nº **206875.3005/16-6**, lavrado contra **INDÚSTRIA DE LATICÍNIOS PALMEIRA DOS ÍNDIOS S/A. - ILPISA**. Recomenda-se a autoridade competente que analise a possibilidade de instauração de novo procedimento fiscal para exigência do imposto porventura devido pelo remetente, em face de ter realizado operações tributáveis sem o devido destaque do imposto.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, I, “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de dezembro de 2016.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ - JULGADOR