

PROCESSO - A. I. Nº 207103.0002/20-6
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - GE ENERGIAS RENOVÁVEIS LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 6º JJF nº 0324-06/21-VD
ORIGEM - DAT METRO / IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 05/04/2022

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0037-12/22-VD

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS CUJAS SAÍDAS SUBSEQUENTES OCORRERAM COM ISENÇÃO. FALTA DE ESTORNO. O Regulamento do ICMS estatui a isenção nas operações de saída das mercadorias constantes da cláusula primeira do Convênio ICMS 101/97, com a possibilidade de manutenção dos créditos das entradas, desde que as saídas, e não as aquisições, ocorram com isenção ou tributação sob a alíquota zero do IPI (Imposto sobre Produtos Industrializados). Não restou demonstrado nos presentes autos, que as saídas subsequentes às entradas auditadas não preencheram os requisitos do inciso XIX, do art. 264 do RICMS/12, c/c Cláusula segunda - Convênio ICMS 101/97. Infração descharacterizada. Rejeitada a preliminar de nulidade. Deferido o pedido de realização de diligência. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVÍDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto (art. 169, I, “a” do RPAF/99), no qual a JJF julgou improcedente o presente Auto de Infração, lavrado no dia 06/01/2020, para formalizar a exigência de ICMS no valor histórico de R\$ 2.823.662,38, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “b” da Lei nº 7.014/96, sob a acusação de falta de estorno do crédito relativo às entradas, cujas saídas subsequentes ocorreram com isenção (janeiro a dezembro de 2015).

Segundo o auditor, o art. 264, I do RICMS/12 estatui o referido benefício (isenção) com manutenção dos créditos nas entradas de equipamentos e acessórios para aproveitamento das energias solar e eólica de que trata o Convênio ICMS 101/97, desde que beneficiadas com isenção ou tributadas sob a alíquota zero do IPI (Imposto sobre Produtos Industrializados).

O contribuinte ingressa com impugnação às fls. 42 a 67. Na informação fiscal, de fls. 275 a 285 (verso). No dia 18/06/2020 (fl. 291), o feito converteu em diligência. Ao prestar informação, às fls. 305 e 321, a autoridade fiscalizadora afirmou ter analisado os elementos apresentados pelo sujeito passivo (petição de fls. 296 a 298 e anexos), o que o levou a reconhecer que este possui o direito aos créditos ora glosados. Às fls. 314 a 316, o autuado se manifesta requerendo que prevaleça o último entendimento do autuante. A JJF proferiu a seguinte decisão:

VOTO

Destituídos de amparo fático ou jurídico os argumentos relativos aos pressupostos de validade do procedimento de fiscalização e lançamento, pois o auditor expôs com clareza e correção a fundamentação de fato e de direito, descreveu aquilo que entendeu como irregularidade, indicando os documentos e demonstrativos, com seus dados, informações e cálculos.

Inexistente violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer outros de direito constitucional, administrativo ou tributário, em especial os do processo administrativo fiscal (art. 2º; RPAF/99), tendo sido observada a garantia à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizada nos aspectos abordados na impugnação e na conversão do feito em diligência.

Rejeitada a preliminar de nulidade.

Todos os elementos necessários ao julgamento estão presentes nos autos. Concluo que não é o caso de realizar uma segunda diligência, fundamentado no art. 147, I, “a” do RPAF/99.

No mérito, imputa-se ao sujeito passivo a falta de estorno do crédito relativo às entradas (aquisições internas) cujas saídas subsequentes ocorreram com isenção (janeiro a dezembro de 2015).

A cláusula segunda do Convênio ICMS 101/97, em vigor quando das ocorrências, com dispositivo na legislação interna deste Estado no art. 264, XIX do RICMS/12, assegurava a manutenção dos créditos das entradas quando da efetivação das operações de saída a que se refere a cláusula primeira do mesmo Acordo.

Constam do demonstrativo de fls. 08 a 32 operações de compras neste Estado de itens com os códigos da NCM/SH: 8503.00.90 (cláusula primeira, XIII, "a" do Convênio 101/97), 8504.40.50 (cláusula primeira, XVIII do Convênio 101/97), 8544.49.00 (cláusula primeira, XV e XVI do Convênio 101/97), 7308.90.10 (cláusula primeira, XIV do Convênio 101/97) e 8412.90.90 (cláusula primeira, XII do Convênio 101/97).

De fato, os códigos e descrições estão contemplados no mencionado Acordo interestadual (cláusula primeira).

No documento 03 da impugnação, de fls. 97 a 222, a sociedade empresária colacionou cópias dos documentos fiscais das entradas, nos quais é possível observar os sobreditos códigos da NCM/SH com as suas correspondentes descrições, presentes na cláusula primeira do Convênio 101/97.

Nos mesmos documentos, percebe-se o destaque do IPI, o que levou o auditor a concluir pela violação à condição estabelecida no inciso XIX do art. 264 do RICMS/12 c/c cláusula segunda Convênio 101/97.

"Art. 264. São isentas do ICMS, podendo ser mantido o crédito fiscal relativo às entradas e aos serviços tomados vinculados a essas operações ou prestações:

(...)

XIX –as operações com os equipamentos e acessórios para aproveitamento das energias solar e eólica especificados no Conv. ICMS 101/97, desde que beneficiadas com isenção ou tributadas com alíquota zero do IPI;

(...)".

"Cláusula segunda. Ficam os Estados e o Distrito Federal autorizados a conceder a manutenção dos créditos do imposto nas operações a que se refere a cláusula anterior.

Redação original, efeitos até 11.01.18.

Cláusula segunda. Fica assegurada a manutenção dos créditos do imposto nas operações a que se refere a cláusula anterior".

Com a devida licença, esta não é a melhor interpretação.

O texto regulamentar, que deve ser aplicado à luz do art. 111 do CTN (Código Tributário Nacional), está a estabelecer a isenção nas operações de saída dos equipamentos e acessórios para aproveitamento das energias solar e eólica especificados no Convênio ICMS 101/97, desde que contempladas com o mesmo benefício (isenção) ou tributadas com alíquota zero do IPI.

"Art. 111. Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre:

I - suspensão ou exclusão do crédito tributário;

II - outorga de isenção;

III - dispensa do cumprimento de obrigações tributárias acessórias".

Ou seja, a isenção ou a tributação sob a alíquota zero do IPI são condições para a manutenção do crédito e para a própria isenção do ICMS nas saídas, e não nas entradas.

O RICMS estatui a isenção nas operações de saída das mercadorias constantes da Cláusula primeira do Convênio 101/97, com a possibilidade de manutenção dos créditos das entradas, desde que as saídas, e não as aquisições, ocorram com isenção ou tributação sob a alíquota zero do IPI (Imposto sobre Produtos Industrializados).

Não restou demonstrado, nos presentes autos, que as saídas subsequentes às entradas auditadas não preencheram os requisitos do inciso XIX do art. 264 do RICMS/12 c/c Cláusula segunda Convênio 101/97.

Aliás, ficou comprovado exatamente o contrário, pois o feito foi convertido em diligência para investigar essa situação (se as saídas subsequentes às entradas auditadas preencheram os requisitos do inciso XIX do art. 264 do RICMS/12 c/c Cláusula segunda Convênio 101/97) e o próprio auditor reconheceu que o sujeito passivo faz jus ao crédito inicialmente glosado.

A condição (isenção ou tributação sob a sob a alíquota zero do IPI) diz respeito não somente à manutenção do crédito, como também à própria isenção do ICMS (trata-se de isenção condicionada). Portanto, se não foi constatada a situação fática necessária à manutenção do crédito, também não se pode aventar a existência da isenção, pois uma coisa está intrinsecamente ligada à outra (isenção x manutenção de crédito).

Uma vez tida como ilegítima a manutenção do crédito, o que não se está a confirmar, seria necessário ter sob o mesmo rótulo (ilegítima) a isenção, fato que, por consequência, afastaria a exigência de estorno, em razão do princípio da não cumulatividade, razão pela qual tenho como insubstancial a imputação.

Infração descaracterizada.

Em face do exposto, voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

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

Presente na sessão de julgamento o ilustre patrono do recorrente, o advogado, Dr. Wagner Silva Rodrigues - OAB/SP Nº 208.449.

É o relatório.

VOTO

Observa-se que a decisão da 6ª JJF (Acórdão JJF Nº 0324-06/21-VD), desonerou o sujeito passivo reduzindo integralmente o crédito tributário de R\$5.720.739,86, atualizado à data do julgamento sob as fls. 332, fato este que justifica a remessa necessária do presente feito para reapreciação nesta corte, restando cabível, portanto, o presente recurso.

Apura-se nos autos, que a infração foi descrita de forma clara, precisa e sucinta, foi identificado o sujeito passivo, seu endereço, inscrição estadual, CNPJ e sua qualificação fiscal, foi apresentado o demonstrativo do débito tributário com a indicação da base de cálculo sobre a qual foi determinado o valor do tributo, assim como a alíquota, o percentual da multa aplicada e o total do débito levantado. Foram indicados os dispositivos da legislação tributária em que se fundamenta a exigência fiscal e a tipificação da infração com a multa correspondente, consoante o art. 39 e incisos do RPAF/99. Portanto, o processo está de acordo com os preceitos legais e regulamentares.

Considera-se o presente lançamento perfeito e acabado, o que produz os pretendidos efeitos jurídicos.

Neste sentido, concordo com a decisão de piso, pelo não acolhimento do pedido de nulidade.

No mérito, imputa-se ao sujeito passivo a falta de estorno do crédito relativo às entradas (aquisições internas), cujas saídas subsequentes ocorreram com isenção no exercício de 2015. Em sua impugnação, sob as fls. 42 a 67, o sujeito passivo rebateu as acusações da autuação.

Observa-se que a cláusula segunda do Convênio ICMS 101/97, em vigor quando das ocorrências dos fatos geradores, com amparo na legislação interna deste Estado, no art. 264, XIX do RICMS/12, assegurava a manutenção dos créditos das entradas quando da efetivação das operações de saída a que se refere a cláusula primeira do mesmo Acordo.

Verifica-se que em sua informação fiscal o autuante rebateu as alegações do sujeito passivo e manteve a autuação sob às fls. 275 a 285 (verso). Na sessão de julgamento do dia 18/06/2020, em busca da verdade material, a JJF chegou à conclusão de que para manutenção dos créditos das entradas, o benefício do IPI com tributação sob a alíquota zero ou isenção deve ocorrer na saída subsequente, e não no ingresso da mercadoria.

Deste modo, converteu o processo em diligência à repartição de origem para que o autuante adotasse as seguintes providencias, (fls. 291):

- a) Intimar o fiscalizado para apresentar toda documentação fiscal das saídas referentes às entradas auditadas.
- b) Excluir do levantamento fiscal, ou seja, da glosa dos créditos os valores atinentes às operações cujas saídas comprovadamente ocorreram com isenção ou alíquota zero de IPI.
- c) Elaborar novos demonstrativos, nos moldes do original.

Constata-se que em atendimento à diligência solicitada pela JJF, o autuante, através da informação fiscal sob às fls. 305 a 321, declarou ter analisado os elementos apresentados pelo sujeito passivo (petição de fls. 296 a 298 e anexos), o que o levou a reconhecer que este possui o direito aos créditos ora glosados e traz a seguinte afirmação:

"Em decorrência da constatação de que todas as operações de saídas apresentam IPI com tributação sob a alíquota zero, a ação fiscal reconhece que nas operações em lide a GE é detentora dos créditos fiscais. Portanto, é desnecessária a elaboração de novo demonstrativo de débito."

Neste sentido, o nobre relator de piso se posicionou e concluiu seu voto, conforme se pode constatar a partir da leitura de trecho da Decisão recorrida, abaixo reproduzido:

“O RICMS estatui a isenção nas operações de saída das mercadorias constantes da Cláusula primeira do Convênio 101/97, com a possibilidade de manutenção dos créditos das entradas, desde que as saídas, e não as aquisições, ocorram com isenção ou tributação sob a alíquota zero do IPI (Imposto sobre Produtos Industrializados).

Não restou demonstrado, nos presentes autos, que as saídas subsequentes às entradas auditadas não preencheram os requisitos do inciso XIX do art. 264 do RICMS/12 c/c Cláusula segunda Convênio 101/97.

Aliás, ficou comprovado exatamente o contrário, pois o feito foi convertido em diligência para investigar essa situação (se as saídas subsequentes às entradas auditadas preencheram os requisitos do inciso XIX do art. 264 do RICMS/12 c/c Cláusula segunda Convênio 101/97) e o próprio auditor reconheceu que o sujeito passivo faz jus ao crédito inicialmente glosado.

A condição (isenção ou tributação sob a sob a alíquota zero do IPI) diz respeito não somente à manutenção do crédito, como também à própria isenção do ICMS (trata-se de isenção condicionada). Portanto, se não foi constatada a situação fática necessária à manutenção do crédito, também não se pode aventure a existência da isenção, pois uma coisa está intrinsecamente ligada à outra (isenção x manutenção de crédito).

Uma vez tida como ilegítima a manutenção do crédito, o que não se está a confirmar, seria necessário ter sob o mesmo rótulo (ilegítima) a isenção, fato que, por consequência, afastaria a exigência de estorno, em razão do princípio da não cumulatividade, razão pela qual tenho como insubstancial a imputação.

Infração descharacterizada.”.

Considerando que foram aplicados os dispostos do Art. 111 do CTN, que estabelece a isenção nas operações de saída dos equipamentos e acessórios para aproveitamento das energias solar e eólica especificados no Convênio ICMS 101/97, desde que contempladas com o mesmo benefício (isenção), ou tributadas com alíquota zero do IPI:

“Art. 111. Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre:

- I - suspensão ou exclusão do crédito tributário;*
- II - outorga de isenção;*
- III - dispensa do cumprimento de obrigações tributárias acessórias”.*

Ou seja, a isenção ou a tributação sob a alíquota zero do IPI são condições para a manutenção do crédito e para a própria isenção do ICMS nas saídas, e não nas entradas.

Assim, com as devidas comprovações apresentadas pela autuada, confirmadas pelo autuante e reconhecidas pelo julgador de piso, após as análises que fiz, concluo em manter o entendimento consignado no voto do nobre relator da 6ª JJF.

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

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto, e manter a Decisão recorrida que julgou **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº 207103.0002/20-6, lavrado contra **GE ENERGIAS RENOVÁVEIS LTDA**.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 09 de fevereiro de 2022.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS - PRESIDENTE

ANTONIO DIJALMA LEMOS BARRETO – RELATOR

VICENTE OLIVA BURATTO – REPR. DA PGE/PROFIS