

A. I. N° - 274068.0014/15-7
AUTUADO - UNILEVER BRASIL LTDA.
AUTUANTE - CRYSTIANE MENEZES BEZERRA
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 03/08/2016

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0145-03/16

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** FALTA DE APRESENTAÇÃO DO COMPETENTE DOCUMENTO COMPROBATÓRIO DO DIREITO AO REFERIDO CRÉDITO. **b)** FALTA DE ESTORNO RELATIVO ÀS ENTRADAS DE MERCADORIAS, CUJAS SAÍDAS SUBSEQUENTES OCORRERAM COM REDUÇÃO DE BASE DE CÁLCULO. **c)** LANÇAMENTO A MAIOR DO CRÉDITO PRESUMIDO AUTORIZADO PELO ART. 2º DO DECRETO 7799/00. GLOSA DO VALOR EXCEDENTE. **d)** ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS CONTEMPLADAS COM BENEFÍCIO FISCAL DO ICMS NÃO AUTORIZADO POR CONVÊNIO OU PROTOCOLO. O autuado não traz aos autos elementos com o condão de elidir, qualquer das infrações que lhe foi imputada. Infrações subsistentes. Indeferido pedido de diligencia ou perícia técnica. Rejeitada preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 04/12/2015, exige crédito tributário no valor de R\$1.203.510,67, em razão das seguintes irregularidades:

1. 01.02.42 - utilização indevida de crédito fiscal de ICMS sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito. O Termo de Acordo referente ao Decreto 7799/00 conforme processo 234066/20102-0 foi cassado e perdeu efeito a partir de 20/12/2012. A empresa continuou a emitir notas fiscais com redução de base de cálculo e para regularizar a situação, em dezembro de 2012, lançou no campo outros débitos, com a descrição complementar “ref notas fiscais de 20/12 a 31/12/2012”, CFOP 5102, o valor de R\$298.375,14. Porém, em janeiro de 2013, estornou o referido valor, sem amparo legal, ao lançar em outros créditos o histórico “ref notas fiscais de 20/12/2012 a 31/12/2012”, CFOP 5102, conforme arquivo EFD 1301, registro E111, valor autuado no mês de janeiro de 2013, no valor de R\$298.375,14, acrescido da multa de 60%;
2. 01.05.03 – 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 correspondente a parte proporcional da redução. O contribuinte não efetuou o estorno de crédito estabelecido no art. 6º do Decreto 7799/00 que determina que os créditos fiscais relativos a mercadorias, vinculados a operações subsequentes amparadas pelos benefícios previstos nos arts. 1º, 2º, 3º - B, D, E e F do citado Decreto, não podem exceder a 10% do valor da operação utilizada em cada um dos respectivos documentos fiscais de aquisições de mercadorias, nos meses de janeiro a junho de 2012, no valor de R\$397.513,34 acrescido da multa de 60%;
3. 01.04.06 - utilização indevida de crédito fiscal presumido de ICMS. A empresa lançou no registro E111, no campo “outros créditos”, com a descrição complementar “outorgado Bahia” o

crédito presumido determinado no art. 2º do decreto 7799/00, nos meses de janeiro a julho de 2013, valores maiores que o devido, no montante de R\$3.189,12, acrescido da multa de 60%;

4. 01.02.96 - utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, referente a entradas interestaduais de mercadorias, contempladas com benefício fiscal do ICMS Não Autorizado por Convênio ou Protocolo, nos termos da Lei Complementar nº 24/75. O contribuinte recebeu mercadoria de atacadista do estado de Goiás, beneficiado com crédito outorgado de 3% sobre o valor das operações, conforme artigo 11, III do Anexo IX do RICMS de Goiás e do estado de Pernambuco conforme Lei 11.675/99 e art. 10, I do Decreto 21.959/99, sendo vedada a utilização de créditos nestes casos. O crédito de ICMS relativo a entrada de mercadorias somente será admitido no percentual efetivamente cobrado no Estado de origem, conforme estabelecido no Anexo do decreto 14.213/2012. Conforme os itens 1.12 e 5.2 do citado decreto 14.213/2012, sendo admitido apenas crédito de 9% sobre a base de cálculo. Como o contribuinte é signatário do Termo de Acordo Atacadista, nos termos do art. 6º do Decreto 7799/00, só usa efetivamente o crédito de 10%, já que lançou o estorno de crédito no livro de Apuração com a descrição “Estorno de crédito 2% BA”, resta o estorno de crédito de 1% no período de 01/12/2012 a 19/12/2012 e 08/01/2013 a 31/12/2013, no valor de R\$461.304,75, acrescido da multa de 60%;

5. 01.02.96 - utilização indevida de crédito fiscal referente a entradas interestaduais de mercadorias contempladas com benefício fiscal do ICMS Não Autorizado por Convênio ou Protocolo nos termos da Lei Complementar nº 24/75. O contribuinte recebeu mercadoria de atacadista do estado de Goiás, beneficiado com crédito outorgado de 3% sobre o valor das operações, conforme artigo 11, III do Anexo IX do RICMS de Goiás e do estado de Pernambuco conforme Lei 11.675/99 e art. 10, I do Decreto 21.959/99, sendo vedada a utilização de créditos nestes casos. O crédito de ICMS relativo a entradas de mercadorias, somente será admitido no percentual efetivamente cobrado no Estado de origem, conforme estabelecido no Anexo Único do Decreto 14.213/12. Conforme os itens 1.12 e 5.2 do anexo Único do decreto 14.213/2012 só são admitidos créditos de 9% sobre a base de cálculo. Como o contribuinte está sem o Termo de Acordo Atacadista, Decreto 7799/00, no período de 20/12/2012 a 07/01/2013, deve estornar o crédito de 3%, nos meses de janeiro e dezembro de 2013, no valor de R\$43.128,32, acrescido da multa de 60%;

O autuado impugna o lançamento fls.138/162, através de advogados, procuração fl. 168. Registra a tempestividade da defesa. Informa que se dedica à fabricação e ao comércio de uma grande variedade de bens de consumo, sendo a maioria deles produtos alimentícios e de limpeza / higiene. Mantém unidade de distribuição (“CD”) no Município de Camaçari, neste Estado.

Diz que fica sujeito a apurar e pagar o ICMS e todos os seus estabelecimentos obedece a rígidos procedimentos destinados a garantir o fiel cumprimento da legislação tributária que estrutura a incidência do imposto neste Estado. Mesmo assim, recebeu o Auto de Infração em epígrafe, em que a Fiscalização exige ICMS e multa apurados via levantamento de estoque. Repete as infrações que lhe foram imputadas para dizer que demonstrará que todos os cinco itens do Auto de Infração não podem ser mantidos, por improcedentes em razão de específicas razões. Adianta que a fiscalização empreendida e o Auto de Infração como um todo, não podem ser acatados como consistentes, em razão de vícios que o fulminam de nulidade. Afirma que o Auto de Infração em questão padece de vícios que o cominam de nulidade absoluta, impossibilitando o lançamento fiscal nos termos do artigo 142 do Código Tributário Nacional, bem como o desenvolvimento de uma defesa pautada em situações claras e concretas.

Assegura que o lançamento não foi realizado com o devido respeito à legislação e à vinculação plena que limita a atividade de constituição do crédito tributário, sendo impreciso, errôneo e obscuro, ensejando flagrante violação ao direito da Impugnante à ampla defesa.

Observa que as descrições da acusação e os textos legais invocados pela Fiscalização, sequer erigem normas claramente passíveis de infringência específica, pois o Fisco apenas levantou diversas normas, sem especificar inciso e alínea ditas infringidas, aplicáveis e se vê na situação de responder a acusações com base em lacônicos descritivos.

Comenta que o lançamento tributário só pode ocorrer em razão da incidência de lei específica e vigente, de maneira clara, precisa e vinculada. Diz que até em relação à multa e aos juros de mora, é flagrante a sua nulidade, por violação ao artigo 142 do Código Tributário Nacional, pois a vinculação plena do ato de lançamento e estrita legalidade não foram observadas. Invoca o inciso IV do art. 18 do RPAF/99. Requer seja decretada a nulidade de ofício nos termos dos arts. 20 e 21 do citado Decreto.

Sustenta que a Fiscalização Estadual não trouxe elementos concretos – documentos ou provas – capazes de demonstrar a suposta conduta meramente descrita e as acusações não se fizeram acompanhar de notas fiscais, livros fiscais, enfim, de nenhum documento que concretamente as provasse ou, quando menos, as sugerisse.

Assevera que nem a cassação do termo de acordo do benefício fiscal, nem a prova do estorno dos créditos (item 1), nem dos benefícios fiscais concedidos em Goiás ou Pernambuco (itens 4 e 5), tudo em nítido conflito com o Decreto nº 7.629/1999, deste Estado, conforme § 4º inciso II que transcreve.

Frisa que se encontra na situação de verificar até mesmo a existência das notas fiscais referidas nos extensos “demonstrativos”, os quais se limitaram a aludir aos (supostos) dados mais básicos e elementares dos documentos em questão. Afirma que, em que pese a capacidade técnica da Autoridade Fiscal, no caso em tela, não agiu com o costumeiro zelo, não tendo levantado qualquer documento que demonstrasse as acusações.

Aduz que os pontos levantados (falta de menção e esclarecimento quanto aos específicos dispositivos presumidamente violados, e ausência de base documental) prejudicam a defesa da Impugnante, implicando cerceamento de seu direito de contestar a ação fiscal em bases sólidas e precisas.

Sobre a infração 01, diz que a Fiscalização se refere ao período de 20.12.2012 a 31.12.2012. Aduz que nesse período, a Impugnante ficou desamparada do benefício fiscal concedido nos termos do Decreto Estadual nº 7.799/00, mas que mesmo assim, continuou emitindo notas fiscais e escrivitando operações com a redução de base de cálculo permitida pelo benefício.

Segundo a Fiscal, a Impugnante, a fim de neutralizar o benefício indevidamente aproveitado, lançou em sua apuração o valor de R\$ 298.375,14. No entanto, teria estornado esse lançamento a débito sem amparo legal, revigorando o irregular benefício em sua escrita fiscal.

Diz demonstrar uma circunstância que não foi levada em consideração pela Fiscalização. É que além de lançar o valor de R\$ 298.375,14 em “outros débitos” a fim de neutralizar o benefício indevido, também emitiu notas fiscais complementares com a mesma finalidade, lançando os valores (em duplidade) em sua apuração mensal do ICMS. Expõe os eventos ocorridos:

1. afirma ter emitido notas fiscais e lançado o ICMS em sua escrita fiscal com o benefício a que não fazia jus no período de 20.12.2012 a 30.12.2012;
2. aduz que constatou esse equívoco e por isso emitiu notas fiscais complementares, lançando o ICMS faltante (benefício indevido) em sua apuração mensal.
3. alega que apesar de o valor de R\$298.375,14 ter sido computado em sua escrita fiscal, a Impugnante acabou lançando em “outros débitos” o mesmo valor, com a finalidade de neutralizar o benefício indevido, quando ele já havia sido neutralizado com a emissão e lançamento complementar do ICMS faltante em sua apuração regular.

Explica ter sido por essa razão que estornou em março de 2013 o valor lançado – em duplidade – em “outros débitos”. Não houve, assim, aproveitamento indevido da redução da base de cálculo, pois o benefício indevido de R\$ 298.375,14 já fora compensado por ocasião do lançamento das notas fiscais complementares e lançamento complementar do respectivo imposto residual na apuração. Informa que na mídia digital (doc. 03) anexa, está toda a documentação comprobatória desses eventos e que é preciso analisar os arquivos deste CD. Chama atenção sobre os arquivos seguintes:

a - PDFS “Infração 1 - Docs. do Termo de Acordo”, o qual, embora cassado, foi rapidamente restabelecido pelo Fisco Estadual em favor da Impugnante em janeiro de 2013;

b - Arquivo “ZIP” “Infração 1 – 12-2012_Recibo_SPED”, que é o recibo da escrituração digital de dezembro de 2012. Na linha “DÉBITO” desse documento está o valor de R\$298.375,14, lançado a “OUTROS DÉBITOS”, copia parte do livro com estes fatos;

c - Arquivo “ZIP” “Infração 1 – 12-2012_Guia e Comprovante”, prova do pagamento do ICMS assim apurado para dezembro de 2012;

d - Arquivo “ZIP” “01-2013_Recibo_SPED”, i.e., o recibo da escrituração digital de janeiro de 2013. Na linha “CRÉDITO” desse documento está o valor de R\$ 298.375,14, lançado a “ESTORNO DE DÉBITOS – REF. NFS do 20/12/2012 a 31/12/2012”, isto é, exatamente o estorno autuado pela Fiscalização, copia parte do livro com estes fatos;

e - Arquivo “ZIP” “Infração 1 – 01-2013_Guia e Comprovante”, prova do pagamento do ICMS assim apurado para janeiro de 2013.

f - Arquivos “Infração 1 – Intimação” e “Infração 1 – Relação de ajuste de 12.2012”, por meio da qual a Impugnante prontamente franqueou à fiscalização a informação do estorno dos R\$298.375,14.

Argumenta que o que há de fundamental para a defesa, no entanto, está nos arquivos seguintes: (i) Planilha “Infração 1 – relação das notas fiscais complementares e originais”; (ii) Arquivo “ZIP” “Notas fiscais originais e prova da escrituração”; (iii) Arquivo “ZIP” “Notas fiscais complementares e prova da escrituração”.

Confirma a parte da descrição do item 1 da Fiscalização que alude ao lançamento do valor a débito do imposto e o posterior estorno desse débito em março de 2013. Frisa não concordar, contudo, com a cobrança do ICMS em questão, pois já havia lançado em sua escrita as notas fiscais e os débitos de ICMS complementares, exclusivamente a fim de cobrir o aproveitamento irregular do benefício em um curtíssimo espaço de tempo (10 dias, exatamente).

Exemplifica o ocorrido, todo ele resumido na planilha “Infração 1 – Relação das notas fiscais complementares e originais”, produto por produto, a relação das notas fiscais de 20.12.2012 a 30.12.2013, exatamente o período autuado. Cita a “NF original” nº 41522, emitida em 20.12.2012. Afirma ter constatado a aplicação da redução de base de cálculo sobre essa nota fiscal e, por isso, emitiu “NF Complementar” nº 42770 e lançou em sua escrita fiscal “ICMS Complementar” devido.

Observa que a soma dos valores lançados na escrita fiscal (coluna “ICMS complementar”) é exatamente R\$298.375,14, ou seja, exatamente o valor que acabou lançando em duplicidade a débito para neutralizar o que já estava neutralizado em virtude da emissão e escrituração de NNFF/ICMS Complementar em seu livro de Apuração.

Entende ser compreensível que a Fiscalização não tenha detectado que os débitos complementares de ICMS tenham sido lançados no livro de apuração da Impugnante e, por isso, lavrado o Auto de Infração. No entanto, diante das provas das NNFF complementares e de seu registro na escrita fiscal, ora adunadas, é fato que a manutenção da cobrança implicaria enriquecimento ilícito do Erário. Registra que mantida a acusação, teria distorção, vale dizer, duplicidade de um débito.

Com isso, a título de neutralizar um aproveitamento indevido de R\$298.375,14, afirma que caso mantida a acusação, estará se imputando à Impugnante um débito real de R\$596.750,28, ou seja, um saldo negativo de R\$ 298.375,14 de ICMS desprovido de materialidade, lançado em duplicidade.

Assevera que o estorno do lançamento de R\$ 298.375,14 em “outros débitos” – estorno esse, que é o objeto da acusação – foi legítimo, destinado a corrigir essa duplicidade, embora, sim, tenha ela sido gerada pela Impugnante.

Diz que em relação à legislação, a Fiscalização acusa a Impugnante de ter infringido dois dispositivos, da Lei nº 7.014/1996, art. 31 e o art. 309 do RICMS/2012.

Sustenta que foi acusado de violar um dispositivo genérico sobre o direito ao crédito do imposto e outro relativo à impressão de documentos fiscais avulsos, dois dispositivos, portanto, cujo teor não se entende como possa ter sido considerado infringido porquanto se limitou a estornar um valor lançado em duplicidade como débito.

Além disso, com o devido acatamento, aduz que se vê convencida de que a Fiscalização não agiu com o costumeiro acerto ao afirmar que o estorno em questão ocorreu sem amparo legal, pois o RICMS deste Estado expressamente prevê a escrituração no âmbito do livro de Apuração, e os estornos de débitos e créditos na “ficha 03”, utilizada pela Impugnante, nos termos dos §§ 3º e 9º do art. 331 que reproduz.

Aduz que o RICMS prevê, ainda, a hipótese em questão, na Seção “Do Estorno ou Anulação do Débito Fiscal”, conforme art. 112, § 1º, nos casos em que já tiver havido o recolhimento, acompanhado de erro (duplicidade) na escrituração dos livros fiscais.

Entende que cada centavo já fora recolhido dos R\$ 298.374,14 exigidos por meio do item nº 01 do Auto de Infração e, além disso, a legislação expressamente prevê que eventos como esse possibilitem o estorno de débitos equivocamente lançados.

Acrescenta que teve deferido o benefício do Decreto nº 7.799/00 em 2006 e desde esse ano os utilizou regularmente. Decorrido todo esse tempo ficou apenas 10 dias sem fazer jus à redução de base de cálculo, de modo que é compreensível que tenha incorrido em um lapso. No entanto, é fato que dentro do próprio mês de dezembro de 2012 corrigiu o equívoco, lançando a diferença em sua escrita e recolhendo o ICMS complementar, de modo que sequer juros de mora podem ser cobrados.

Diz que estes fatos revelam não apenas a regularidade e previsão legal da conduta autuada e a completa ausência de dano ao Erário, como também, a diligência e conformidade da Impugnante com as determinações das Autoridades Fiscais, portanto não haveria assim, nenhum crédito tributário a ser cobrado.

No que diz respeito à infração 02, afirma que foi acusada, de enquanto beneficiária do disposto pelo Decreto nº 7.799/00, não ter observado a limitação de 10% do aproveitamento dos créditos correspondentes a entradas de bens em seu estabelecimento.

Assevera que a Fiscalização não apresentou uma evidência sequer em relação a essa acusação, limitando-se a elaborar demonstrativo do qual consta a “glosa” de créditos supostamente excedentes aos 10%, cobrando a diferença. Aduz que se vê na contingência de defender-se de uma acusação que não foi baseada em provas e que sequer acostou (nem por amostragem) exemplos de notas fiscais e provas da escrituração do crédito assim excedente aos 10%. Pergunta como se defender contra uma acusação assim lançada, em dissonância com o que imperativamente determina o Decreto nº 7.629/1999, deste Estado, nos termos do § 4º, inciso II, que reproduz.

Frisa que não há qualquer prova dessa acusação e não pode ela ser mantida por evidente nulidade e cerceamento da defesa da Impugnante. Requer que se baixe o feito em diligência, a fim de que a Fiscalização complemente este item com os documentos necessários, mas, tal como se encontra, deve ser decretada sua nulidade.

No que tange à infração 03, diz ser igualmente inconsistente. Pontua que tampouco este item foi instruído com qualquer documento fiscal propriamente dito e seria nulo, por inobservância frontal da legislação do processo administrativo fiscal deste Estado da Bahia.

Afirma que a acusação é de lançamento de valores “maiores que o devido”, relativos ao “crédito presumido determinado no art. 2º do Decreto nº 7.799/00”. Assevera que essa acusação é instruída unicamente com o “Demonstrativo de Crédito Presumido Lançado a Maior – Anexo 5”. Aduz que apesar de não fazer prova da acusação, esse demonstrativo deixa claro que, a Fiscal incorreu em equívoco ao “identificar” a suposta infração.

Comenta que a acusação abrange operações de 31.01.2013 a 31.07.2013 e o “Anexo 5”, ao qual alude a fiscalização, adotando procedimento de cálculo – não se sabendo de onde ele foi tirado, já que na

verdade, a Impugnante sequer goza do benefício (crédito presumido de 16,67%) de que trata o Fisco. Diz que seja como for, a coluna “R\$” revela o crédito presumido a que a Impugnante teria direito e ao fim do mês, totaliza o valor, por exemplo, para janeiro, o de R\$ 18.051,00. Aduz que o cálculo fiscal seria o seguinte: Valor da nota (coluna “base”) x alíquota (coluna “ALIQ” 12%) x 16,67% (coluna “%” – crédito presumido). Ao lado da totalização mensal, a Fiscal justapõe o valor que teria sido creditado pela Impugnante. Em janeiro, por exemplo, um total de R\$ 19.018,95, gerando uma diferença indevida de R\$ 967,75 (R\$ 18.051,00 – R\$ 19.018,95). Entende que a Fiscal se equivocou, pois as diferenças mês a mês correspondem sempre ao crédito de ICMS de 4% pagos por ocasião de operações de importação realizadas pela Impugnante.

Anexa mídia digital com os documentos da “Infração 2”, em arquivo “ZIP”. Convida o Órgão Julgador a abrir a pasta “UL_TAX_01_2013” e nela encontrará uma planilha Excel, em cuja aba “Outorgado BA JAN-13” há a evidência de que a diferença de R\$ 967,95 corresponde exatamente e apenas ao imposto pago em operações de importação com débito/direito a crédito de 4%.

Comenta que nessa planilha de janeiro, a coluna azul “Rel. Fiscal Anexo 5” foi extraída do demonstrativo fiscal aludido e a totalização dos créditos, para janeiro, é de R\$ 18.051,00, como disse a Fiscal. Observa que, salvo as duas primeiras operações da planilha (NNFF 42712 e 72713), não há diferenças entre o que diz a Fiscal ser direito da Impugnante, de um lado, e aquilo que foi creditado, de outro. Conclui que as únicas diferenças existentes são exatamente, para essas duas primeiras notas fiscais nº 42712 e 42713, que tratam de importações.

Argumenta que não comprehende como esses créditos correspondentes aos 4% pagos por ocasião do desembaraço aduaneiro sejam sonegados à Impugnante. Aduz que aparentemente, de fato houve confusão por parte da Fiscalização, que teria totalizado os períodos supondo o uso de um benefício fiscal não aproveitado (a Impugnante faz uso da redução da base de cálculo de que trata o art. 1º do Decreto nº 7.799/2000, isto é, de 41,176%, não dos 16,67% a que alude o art. 2º). Requer o cancelamento também deste item da ação fiscal.

Relativamente às infrações 04 e 05, diz que como as acusações fiscais são idênticas – muda apenas o ano-calendário –, a Impugnante as tratará em um mesmo tópico.

Aduz que foi acusada de aproveitar integralmente de créditos destacados em notas fiscais cujos emitentes / remetentes das mercadorias, gozam de benefícios fiscais não autorizados por Protocolo ou por Convênio ICMS, exigidos nos termos da Lei Complementar nº 24/1975. Os emitentes seriam estabelecimentos situados em Goiás e em Pernambuco e gozariam de créditos presumidos de 3%.

Comenta que segundo a Fiscal, faria jus apenas ao montante “efetivamente cobrado” dos remetentes das notas fiscais – ou seja, a 9% do valor da operação (12% destacados na nota fiscal menos os 3% de crédito presumido), já que a Impugnante, por força do Decreto nº 7.799/00, só pode escriturar até 10% de crédito por ocasião de entradas interestaduais. Entende que o Fisco glosou 1% (diferença entre 10% e 9%) do valor das operações. Os créditos assim, parcialmente cassados, foram escriturados pela Impugnante por ocasião das entradas ocorridas entre 31.12.2012 (infração nº 04) e 31.12.2013 (infração nº 05).

Afirma que em virtude disso, a Fiscalização reputou violados os artigos 1º e 8º da Lei Complementar 24/75 e ainda os §§ 1º e 2º do art. 2º do RICMS/BA, provavelmente, (já que a descrição do A.I. não explica) onde define o que seja imposto efetivamente cobrado. Rechaça a imposição fiscal.

Pontua que o estabelecimento localizado no Estado de Pernambuco (CNPJ nº 61.068.276/001-44) não utiliza e não utilizou no período autuado esse benefício de 3% de crédito presumido. Só isso, faria cair por terra, toda a parte desses itens do Auto de Infração que glosou créditos vinculados a entradas de bens oriundos de Pernambuco.

Frisa que, mesmo que ambos os estabelecimentos escriturassem o crédito presumido, é certo que a Impugnante é contribuinte situada neste Estado e tem direito a aproveitar a integralidade do ICMS destacado nas notas fiscais das mercadorias ingressas. Afinal, antecipa ao estabelecimento

destinatário o valor total da nota, isto é, o valor cheio dos 12% destacados. Entende que se o Estado de origem concede benefício fiscal, é coisa fora de sua alçada e de seu poder, pois se antecipa o imposto, então pode e deve creditar-se, sob pena de fulminar-se a regra da não-cumulatividade. Diz que esse entendimento vem sendo amplamente esposado pelos Tribunais Superiores do país, que reconhecem a hipossuficiência do contribuinte ante o Poder de governos regionais.

Transcreve algumas Decisões, onde entende haver um claro reconhecimento pelas Cortes Superiores, de que editar leis e atos normativos que penalizem o contribuinte, parte mais fraca na relação tributária, são ilegais, devendo o Poder Estadual fazer uso de ADIN para solucionar a questão de benefícios fiscais concedidos por outras unidades Federadas sem a ratificação do CONFAZ.

Comenta que as normas tributárias editadas pelos Estados de Goiás e Pernambuco se encontram em vigor, portanto não haveria razão para que os créditos fossem glosados, conforme atesta a Fazenda. Argumenta ter observado a legislação fiscal vigente, pelo que, deve a Decisão de primeira instância ser reformada, cancelando-se o Auto de Infração e extinguindo-se o crédito tributário cobrado.

Destaca que se creditou dos valores de ICMS regularmente destacados nas notas fiscais de entradas das mercadorias fabricadas em suas filiais localizadas nos Estado de Goiás e Pernambuco e remetidas para seu estabelecimento, ou seja, 12% sobre o valor da mercadoria, conforme art. 1º da Resolução do Senado Federal nº 22/89.

Friza que a Fazenda Baiana, sob a alegação de que a Impugnante utilizou-se de benefício fiscal concedido em desacordo com o art. 155, § 2º, inciso XII, alínea “g” da CF/1988, e artigos 2º e 8º da Lei Complementar 24/75, ou seja, aprovado pelo Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ – pretende glosar os créditos aproveitados. Transcreve os citados dispositivos para dizer que a Fiscalização ignora a correta aplicação da legislação pertinente a não-cumulatividade do ICMS e também, desconsiderou a competência tributária e autonomia fiscal dos Estados de Pernambuco e Goiás para instituir e regular o ICMS incidente dentro de seu próprio território, entendendo não ser permitida a apropriação de créditos de ICMS oriundos de operações interestaduais, quando tais créditos, embora destacados nos correspondentes documentos fiscais de acordo com as normas tributárias vigentes no estado de origem das mercadorias, não tenham sido efetivamente recebidos por aquele Estado.

Observa que o termo “imposto cobrado” utilizado pela auditora fiscal, não deve ser confundido com o termo - pago -, não estando a não cumulatividade do imposto atrelada ao efetivo pagamento dos valores anteriormente incidentes na cadeia de circulação. Cita decisão do Superior Tribunal de Justiça e do STF nesse sentido.

Argumenta que o princípio constitucional da não-cumulatividade do ICMS, previsto no artigo 155, § 2º, inciso I da Constituição Federal de 1988, não estaria atrelado ao valor efetivamente pago na operação anterior, como pretende a Fazenda, mas sim, ao valor destacado na nota fiscal que dá suporte à transferência da mercadoria, independentemente do valor recolhido pelo remetente.

Comenta que se assim não fosse, seria vedado ao contribuinte adquirente de uma mercadoria o aproveitamento do crédito de ICMS ainda não quitado pelo seu fornecedor, como, por exemplo, nos casos de parcelamento ou inadimplência.

Salienta que pelo princípio constitucional da legalidade tributária, importa concluir que nos demais casos, onde não houver o efetivo pagamento do ICMS de operação anterior, não previstos na Constituição Federal e na Lei Complementar 87/96, não pode ser determinada a glosa dos créditos de ICMS, ou seja, caso não sejam observadas operações isentas e não tributadas, afigura-se legítimo o crédito tomado em quaisquer outras operações em que haja a incidência do ICMS, sendo irrelevante o fato de as mercadorias adquiridas terem sido objeto de crédito presumido. Sobre o tema cita decisões do STJ. Diz que em relação à possibilidade ou não de aproveitamento do valor correspondente ao crédito presumido concedido pelo Estado de origem, a jurisprudência

do STJ é francamente positiva. Requer o cancelamento integral dos itens 4 e 5 impugnados, ou, ao menos, em relação às entradas oriundas de Pernambuco, cujo estabelecimento diz que sequer aproveita o benefício.

Pleiteia que, se o Órgão Julgador entender necessário, a baixa em diligência ou perícia fiscal, tal como permitem o § 3º do art. 123 c/c 145 do Decreto Estadual nº 7.629/1999. Explica que a diligência técnica se destinará especialmente a provar que houve a escrituração das notas fiscais complementares na acusação nº 01, e que a Impugnante não utiliza o benefício do art. 2º do Decreto nº 7.799/2000 (acusação nº 03), e que foram glosados indevidamente créditos relativos ao ICMS - Importação.

Requer sejam as razões de impugnação acolhidas e reconhecida a nulidade do Auto de Infração; caso este Órgão Julgador não reconheça a nulidade, seja reconhecida a improcedência do trabalho fiscal, ante as razões específicas lançadas e a documentação juntada, que comprovariam o direito alegado.

A autuante prestou informação fiscal fls.193/234. Diz que o contribuinte em lide foi flagrado no cometimento das irregularidades que transcreve. Sintetiza os argumentos da defesa.

Afirma que os argumentos levantados pela impugnante não prosperam, pois nas descrições das infrações foi respeitado o que determina o artigo 18 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99. Frisa que os lançamentos não são imprecisos, errôneos e obscuros e as planilhas são claras e objetivas, existindo o devido enquadramento da infração e multa aplicadas. Consta no auto os documentos e provas necessárias, vide folhas 58 a 115 e a escrita fiscal e notas fiscais constantes no arquivo magnético. Nas planilhas se faz referência aos arquivos e linhas que constam o lançamento na EFD, que é de domínio da defendant. Os valores reclamados na autuação se basearam nas notas fiscais eletrônicas e na Escrituração Fiscal Digital - EFD, documento gerado pela própria autuada. Assevera que em momento algum, a impugnante questionou as informações da EFD. Salienta que não se faz necessário novo lançamento fiscal, pois o auto de infração tem todos os requisitos exigidos no art. 18 do RPAF/99 e que a prova disso, está na própria defesa em que a impugnante entra no mérito. Conclui que se o autuado tem consciência para entrar no mérito é porque o auto de infração é preciso.

Sobre a infração 01, diz que a impugnante alega que lançou em “outros débitos” em dezembro de 2012 e também emitiu notas fiscais complementares em janeiro de 2013, registrando o débito em duplicidade. Por este motivo, teria feito através do lançamento “outros créditos” em janeiro de 2013 o estorno no valor de R\$298.375,14. Afirma que a alegação não prospera conforme demonstra a seguir.

Explica que a empresa foi intimada a justificar o registro de “outros créditos” no valor de R\$298.375,14. Em resposta, a empresa informou que emitiu nota fiscal complementar, porém não as apresentou. Por uma questão de zelo foi pesquisado nas notas fiscais eletrônicas a existência das supostas notas e não foram identificados em qualquer delas, no campo “descrição do produto” a informação “NF COMPLEMENTAR”. Comenta que somente na defesa foi apresentada uma relação das supostas notas fiscais de complementação.

Prossegue dizendo que analisando a relação das supostas notas fiscais complementares e consultando os respectivos DANFEs, constata que as referidas notas fiscais foram emitidas em janeiro de 2013, descumprindo o que estabelece a Orientação de Preenchimento da NF-e - versão 1.05 – 22/11/2012, que determina nas Instruções Específicas para o preenchimento dos campos da NF-e (com base na versão 5.00 do Manual de Integração que contempla a versão 2.0 do XML e Notas Técnicas), que o contribuinte preencherá o dado não informado na nota fiscal original e, para os demais casos, o complemento ou o dígito “0” (zero) nos campos numéricos e obrigatórios para os quais não constar orientação específica. Transcreve o respectivo dispositivo.

Assevera que a relação das supostas notas fiscais complementares em *xlsx* deveriam ter no campo código produto, a informação CFOP 5.949 e nestas constam indevidamente, o código do produto.

Prossegue explicando que no campo "descrição do produto" deveria ter a expressão "nota fiscal complementar" ao contrário do ali registrado. Informa que os campos NCM, CFOP, Qtd, Valor Unitário, Valor total, Total Alíquota e ICMS deveriam estar zerados, mas têm valores. Sustenta que da forma como a nota fiscal está escriturada, ela não é de complemento de imposto e sim, acoberta saída de mercadorias. Argumenta que o fato de a nota fiscal ser descrita como complementar não significa que o complemento seja obrigatoriamente de ICMS, pode ser complementar de quantidade. Comenta que no caso em questão, as supostas notas complementares têm valores diferentes de zero no campo quantidade, conforme nota fiscal copiada na informação fiscal fl.199 e as constantes no CD da defendant.

Observa que outra irregularidade constatada é que as supostas notas fiscais de complementação foram emitidas em janeiro de 2013, quando a indevida redução de base de cálculo se deu em dezembro de 2012, portanto as supostas notas fiscais complementares deveriam ser emitidas no mesmo mês de dezembro. Diz ainda que, como não foram emitidas em dezembro, não poderiam ser emitidas apenas em janeiro e lançadas na escrituração de janeiro, porque assim, não se está pagando os acréscimos moratórios, pois o imposto referente a dezembro de 2012 não pode ser pago tendo como referência janeiro de 2013.

Rebate ainda, a arguição da defendant de que a soma na planilha é exatamente R\$298.375,14, pois na realidade, a soma é de R\$ 305.515,12. Conclui que sendo assim, as supostas notas complementares não são adequadas para acobertar a operação. Ratifica a infração 1.

A respeito da infração 02 diz que a impugnante alega que a fiscalização não apresentou uma evidência sequer de que a empresa não observou a limitação de 10% do aproveitamento dos créditos referentes as entradas.

Assevera que a alegação não prospera, pois nas folhas 80 a 112 encontra-se o processo do Termo de Acordo, comprovando que a autuada é signatária Termo de Acordo de Atacadista. Nas folhas 58 a 63 existem os Registros Fiscais da Apuração do ICMS – Operações Próprias que comprovam que a empresa não fez o lançamento do estorno de créditos estabelecido no art. 6º do Decreto 7.799/00. Nos anexos 1 a 4 se encontram os cálculos dos valores do estorno de créditos estabelecido no art. 6º do Decreto 7.799/00 não recolhido, citando as notas fiscais eletrônicas e o indicativo do lançamento das notas na Escrituração Fiscal Digital – EFD. Diz que as notas fiscais e a EFD também constam do arquivo magnético na folha 116. Observa que todos estes documentos estão na posse da autuada.

Diz que a defendant também pede que se baixe o feito em diligência a fim de que a fiscalização complemente com documentos necessários. Entende que tal diligência não se faz necessária, pois no respectivo PAF tem todos os elementos necessários para comprovar a infração. Ratifica a infração 2.

No que tange a infração 3, diz que a impugnante alega que este item é instruído unicamente com o Demonstrativo de Crédito Presumido Lançado a Maior – Anexo 5 e não faz prova da acusação. Assevera que a alegação não prospera, porque existe no PAF toda a documentação necessária para comprovar a infração. Nas folhas 80 a 112 tem o Processo do Termo de Acordo comprovando que a autuada é signatária Termo de Acordo de Atacadista. Nas folhas 65 a 71 consta o Registro Fiscal da Apuração do ICMS – Operações Próprias, que comprova o valor lançado do crédito presumido determinado no art. 2º do Decreto nº 7.799/00. O anexo 5 demonstra o valor lançado a maior como crédito presumido e informa os dados da NF-e com a respectiva informação da linha e arquivo em que a NF-e foi lançada na Escrituração Fiscal Digital – EFD. Na folha 116 consta cópia da NF-e e da EFD.

Observa que também foi arguido que a fiscalização enganou-se ao identificar a infração, pois segundo as palavras do defendant: “a impugnante sequer goza do benefício (crédito presumido de 16,67%)”. Comenta que esta argüição não prospera porque a impugnante como é signatária do Termo de Acordo de Atacadista, conforme folhas 80 a 112, tem direito ao crédito presumido estabelecido no art. 2º do Decreto nº 7.799/00, de valor equivalente a 16,667% do valor do imposto incidente nas operações interestaduais. Frisa que tanto ela fez uso deste crédito, que está lançado conforme folhas 65 a 71 (Registros Fiscais da Apuração do ICMS – Operações Próprias) com a descrição “Outros Créditos – Ocorrências Não Especificadas Anteriormente – ICMS Outorgado BA”.

Explica que na intimação 3, folhas 10 a 17, a autuada foi notificada para justificar os lançamentos na Escrituração Fiscal Digital – EFD, registro E111, com a descrição “outros créditos Outorgado BA”. Em resposta, apresentou memória de cálculo como justificativa para os lançamentos informados no registro E111 da EFD através no arquivo Outorgado.zip. Diz que nesta planilha fica evidente que se trata do valor de 2% sobre a base de cálculo nas operações de saída interestadual. Este valor corresponde a 16,667% do imposto, para operações de saída interestadual, determinado no art. 2º do Decreto nº 7.799/00. Chama atenção para o exemplo da planilha “UL_TAX_01_2013”, anexada pela impugnante, que demonstra que o valor de 2% sobre a base totalizando R\$ 19.018,95, que é o valor lançado em Registros Fiscais da Apuração do ICMS – Operações Próprias com a descrição “Outros Créditos – Ocorrências Não Especificadas Anteriormente – ICMS Outorgado BA”, consoante folha 65 verso.

Sobre a alegação da impugnante de que a diferença reclamada corresponde ao crédito de ICMS de 4% pagos por ocasião de operações de importação realizadas, não condiz com a realidade, pois a impugnante não realizou operações de importação.

A respeito da alegação da autuada de que a diferença entre a planilha “UL_TAX_01_2013” e o anexo 5 refere-se as notas fiscais 42.712 e 72.713 ou 42.713, afirma que ao examinar a EFD, livro de Entrada, constata-se que não existem as notas fiscais 42.712 e 72.713 ou 42.713. Sustenta que o crédito presumido em questão, refere-se a 16,667% sobre o imposto das saídas interestaduais (art. 2º do Decreto nº 7.799/00), não tendo qualquer relação com créditos correspondentes aos 4% pagos por ocasião de desembarque aduaneiro.

Observa que mesmo que a diferença se referisse as notas fiscais de saída, com alíquota de 4%, não tem cabimento o crédito presumido do art. 2º do decreto 7.799/00, pois o parágrafo único do referido artigo determina que o tratamento previsto no caput só se aplica às operações interestaduais cuja alíquota incidente seja igual ou superior a 12%.

Conclui que a impugnante não comprovou o direito ao crédito presumido lançado a maior, portanto ratifica a infração 3.

A respeito das infrações 4 e 5 que o impugnante alega serem idênticas mudando apenas o ano-calendário, observa que na realidade as infrações não são idênticas, pois a infração 4 leva em consideração o período em que a defendant é signatária do Termo de Acordo Atacadista e a infração 5, o período em que a defendant não é signatária do citado Termo.

Sobre a alegação do impugnante de que o estabelecimento localizado em Pernambuco (CNPJ nº 61.068.276/001/44) não utiliza e não utilizou no período autuado, o benefício de 3% do crédito presumido, crê ter havido erro de digitação por parte da impugnante, pois o CNPJ correto é 61.068.276/0018-44.

Ressalta que a impugnante não alegou que os estabelecimentos localizados em Pernambuco com CNPJ: 61.068.276/0159-85 e Goiás com CNPJ: 61.068.276/0306-07 não utilizam e não utilizaram no período autuado o benefício de 3% do crédito presumido. Sendo assim, a defendant está admitindo que os estabelecimentos de Pernambuco com CNPJ: 61.068.276/0159-85 e Goiás com CNPJ: 61.068.276/0306-07 utilizaram o crédito presumido de 3%.

Explica que se tratando de estabelecimentos fora do Estado da Bahia, o fisco baiano não tem como obter esta informação. Como os estabelecimentos em questão são unidades da empresa UNILEVER BRASIL LTDA. e esta detém toda a documentação necessária, cabe a autuada apresentar prova de que a unidade de Pernambuco com CNPJ 61.068.276/0018-44, não utilizou o crédito presumido de 3%. Cita os arts. 8º, IV, 142 e 143 do RPAF/99, para reafirmar que a impugnante não apresentou provas de sua alegação e a simples negativa não elide a presunção da legitimidade da autuação fiscal.

Relata que a defendant ainda alega, que mesmo que os estabelecimentos escriturassem o crédito presumido, é certo que sendo contribuinte situada neste Estado, tem direito a aproveitar a integralidade do ICMS. Se o Estado de origem concede benefício fiscal, é coisa fora de sua alçada e de seu poder e que esse entendimento vem sendo amplamente esposado pelos Tribunais Superiores e que caberia ao Estado da Bahia fazer uso de ADIN para solucionar a questão de benefícios fiscais concedidos por outras unidades Federadas, sem a ratificação do CONFAZ, citando diversas resoluções, inclusive sobre questões de imposto cobrado x imposto pago e que a glosa só pode ser observada em operações isentas e não tributadas.

Sobre estes argumentos, ressalta o posicionamento do auditor fiscal Vladimir M. Morgado em trechos de informação fiscal sobre a matéria que transcreve, sobre a matéria, relacionada ao caso de Goiás que também se aplica em relação a Pernambuco.

Sustenta que o Fisco da Bahia tem o direito de realizar o lançamento tributário. Chama a atenção dos julgadores que a impugnante requer, caso as infrações 4 e 5 não sejam integralmente canceladas, que apenas um estabelecimento, o de Pernambuco com CNPJ: 61.068.276/0018-44, não utilizou o crédito presumido de 3%, portanto que tenha o crédito de suas entradas validadas.

Assevera que isto reforça o fato de que as unidades de Pernambuco com CNPJ: 61.068.276/0159-85 e Goiás com CNPJ: 61.068.276/0306-07 utilizaram o crédito presumido de 3%. Mesmo assim, diz que a impugnante não comprovou que o estabelecimento de Pernambuco com CNPJ: 61.068.276/0018-44, não utilizou o crédito presumido de 3%, portanto, ratifica as infrações 4 e 5.

Sobre o pedido de diligência da impugnante para provar que houve escrituração das notas fiscais complementares na acusação nº 01, que a impugnante não utiliza o benefício do art. 2º do Decreto nº 7.799/00, na acusação 03, e que foram glosados indevidamente créditos relativos ao ICMS – Importação, observa que não se faz necessária, pois constam do respectivo PAF todos os elementos necessários à conclusão da procedência das infrações. Opina pela procedência da autuação.

VOTO

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir crédito tributário relacionado ao ICMS no montante de R\$1.203.510,67, relativamente a cinco irregularidades, conforme descrito na inicial dos autos, sendo impugnadas todas as infrações que serão devidamente apreciadas conforme segue.

O defendant afirmou que a Fiscalização Estadual não trouxe elementos concretos – documentos ou provas – capazes de demonstrar a suposta conduta meramente descrita e as acusações não se fizeram acompanhar de notas fiscais, livros fiscais, ou documentos que concretamente as provasse. Afirmou que as descrições da acusação e os textos legais invocados pela Fiscalização, sequer erigem normas claramente passíveis de infringência específica, pois o Fisco apenas levantou diversas normas, sem especificar incisos e alíneas ditas infringidas, aplicáveis e se vê na situação de responder a acusações com base em lacônicos descritivos.

Na informação fiscal, a autuante informou que os lançamentos não são obscuros, pois constam dos autos os documentos e provas necessárias, conforme folhas 58 a 115 e tomaram por base a escrita fiscal e notas fiscais constantes no arquivo magnético. Disse que nas planilhas se faz referência aos arquivos e linhas que constam do lançamento na EFD, que é de domínio da defendant e os valores

reclamados na autuação se basearam nas notas fiscais eletrônicas e na Escrituração Fiscal Digital - EFD, documento gerado pela própria autuada.

Na análise de todos os elementos que integram o presente Auto de Infração constato que a sua composição, processamento e formalização se encontram em total consonância com o RICMS/2012 e com o RPAF-BA/99, ou seja, o lançamento tributário contém todos os pressupostos materiais e essenciais, pois, a sua lavratura obedeceu ao disposto no art. 39 do RPAF/99, e os fatos geradores do crédito tributário estão constituídos nos levantamentos, demonstrativos e documentos fiscais e CD, constantes nos autos, necessárias à demonstração dos fatos argüidos, todos entregues cópias a preposto do contribuinte autuado conforme fl.117, que exerceu com plenitude a ampla defesa e o contraditório.

Em verdade, os dispositivos do regulamento considerados infringidos pelo contribuinte foram indicados claramente no Auto de Infração, bem como os dispositivos legais referentes às multas indicadas.

Ademais, a descrição das infrações permite, claramente, identificar do que está sendo acusado o contribuinte, tanto é assim, que em sua impugnação rebateu cada uma das infrações alegando supostos equívocos ali relacionados, inociando quaisquer das hipóteses previstas nos incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99, capaz de inquinar de nulidade o lançamento de ofício. Não acolho, portanto, as nulidades argüidas.

Em relação à solicitação de diligência, cabe, de plano, consignar que os elementos existentes no processo são suficientes para a formação do convencimento dos julgadores, é desnecessária, inclusive, perícia no campo contábil, conforme solicitado, cabendo ao autuado demonstrar suas alegações. Assim, a prova do fato não depende do conhecimento especial de técnicos, além de não serem necessárias outras provas a serem requeridas de ofício para o convencimento dos julgadores. Portanto, com fulcro no art.147, incisos I e II, do RPAF/99, indefiro tal pedido, pois o processo contém todos os elementos para convicção dos julgadores sobre a lide.

No mérito, na infração 1, o autuado foi acusado de que teria se utilizado indevidamente de crédito fiscal de ICMS sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito. Na descrição dos fatos consta que o Termo de Acordo referente ao Decreto 7799/00 conforme processo 234066/20102-0 foi cassado e perdeu efeito a partir de 20/12/2012 e a empresa continuou a emitir notas fiscais com redução de base de cálculo e para regularizar a situação, em dezembro de 2012, lançou no campo outros débitos, com a descrição complementar “ref notas fiscais de 20/12 a 31/12/2012”, CFOP 5102, o valor de R\$298.375,14. Porém, em janeiro de 2013, estornou o referido valor, sem amparo legal, ao lançar em outros créditos o histórico “ref notas fiscais de 20/12/2012 a 31/12/2012”, CFOP 5102, conforme arquivo EFD 1301, registro E111, valor autuado no mês de janeiro de 2013, no valor de R\$298.375,14, acrescido da multa de 60%.

O impugnante não negou ter cometido a irregularidade, entretanto alegou não concordar com a cobrança do ICMS em questão, pois teria lançado em sua escrita as notas fiscais e os débitos de ICMS complementares, com a finalidade de cobrir o aproveitamento irregular do benefício. Exemplifica o ocorrido, através de planilha que elaborou – “Relação das notas fiscais complementares e originais”, onde relaciona notas fiscais emitidas de 20.12.2012 a 30.12.2013 e disse que no período autuado, a título de exemplo, para a “NF original” nº 41522, emitida em 20.12.2012, constatando a aplicação indevida da redução de base de cálculo, emitiu “NF Complementar” nº 42770 e lançou em sua escrita fiscal como “ICMS Complementar”. Aduziu ainda, que a soma das citadas notas complementares totalizam exatamente o valor autuado.

Na informação fiscal a autuante afirmou que os argumentos da autuada não se sustentam: primeiro, porque os documentos relacionados foram emitidos em desacordo com as normas que regulamentam a escrituração fiscal digital - EFD, para emissão de notas fiscais eletrônicas; segundo, porque apresentam especificações de quantidades, valor do produto, NCM, CFOP demonstrando acobertarem saídas e não complemento de imposto; terceiro, porque ao contrário do quanto afirmado pelo impugnante, a relação por ele elaborada totaliza R\$305.515,12

diferentemente de R\$298.375,14, valor autuado nesta infração; quarto, porque no caso em questão, as supostas notas complementares têm valores diferentes de zero no campo quantidade, conforme notas fiscais constantes no CD da defendant; e por último, porque as supostas notas fiscais de complementação foram emitidas em janeiro de 2013, quando a indevida redução de base de cálculo se deu em dezembro de 2012.

Compulsando os autos, conforme demonstrativo elaborado pelo defendant e dos documentos constantes do CD, observo que de fato, assiste razão a autuante, visto que analisando a relação das supostas notas fiscais complementares, constato que foram emitidas em desacordo com o que estabelece a Orientação de Preenchimento da NF-e.

Assim dispõe a Orientação de Preenchimento da NF-e - versão 1.05 – 22/11/2012, para emissão de notas fiscais complementares:

“Instruções Específicas para o preenchimento dos seguintes campos da NF-e (com base na versão 5.00 do Manual de Integração que contempla a versão 2.0 do XML e Notas Técnicas):

O contribuinte preencherá o dado não informado na nota fiscal original e, para os demais, o complemento ou o dígito “0” (zero) nos campos numéricos e obrigatórios para os quais não constar orientação específica.

...

b) Produtos e Serviços da NF-e

1. Caso algum produto venha a ter complemento de quantidade, deverá ser informado o respectivo código e o correspondente valor do complemento.

Se o complemento não se referir a algum produto, deverá ser criado código “escritural” para identificação do complemento. Exemplo: CFOP=5.949, Código do produto = “CFOP5.949”.

2. Caso o complemento não se refira a algum produto, deverá ser informada uma descrição “escritural” para identificação do complemento. Exemplo: “Nota Fiscal Complementar referente à falta de destaque do valor do ICMS na nota fiscal original”.

...

4. Código NCM – informar “00” quando não for indicar produto ou mercadoria. Do contrário, informar a classificação fiscal do produto ou mercadoria descrita.

Página 160 do Manual de Orientação Contribuinte Versão 5.00:”

Ainda que o autuado tenha descumprido estas regras, saliento, no entanto, que não se trata apenas do descumprimento de uma formalidade na emissão das notas fiscais. Da análise dos documentos fiscais trazidos pela defesa, vejo que os mesmos não se constituem em prova inequívoca de que registram complemento de ICMS a ser debitado, e sim, indicam saídas de mercadorias, como o exemplo da nota fiscal à fl. 199.

Há que se ressaltar, que o autuado emitiu os referidos documentos com registro de quantidades e descrição de mercadorias e preços, alegando que tinham por finalidade complementar o ICMS anteriormente apurado a menor. Da maneira como procedeu, dentre outros resultados, repercutirá indevidamente na quantificação de seus estoques.

Assim, considerando que as notas fiscais, ditas complementares, apresentadas pelo autuado, não comprovam o débito do ICMS, que teria a finalidade de cobrir o aproveitamento realizado anteriormente de forma irregular, do benefício de redução da base de cálculo, considero a infração 01 caracterizada.

A infração 02 refere-se à falta de estorno de crédito fiscal de ICMS relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subsequentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente a parte proporcional da redução. O contribuinte não efetuou o estorno de crédito estabelecido no art. 6º do Decreto 7799/00 que determina que os créditos fiscais relativos a mercadorias, vinculados a operações subsequentes amparadas pelos benefícios previstos nos arts. 1º, 2º, 3º - B, D, E e F do citado Decreto, não podem exceder a 10% do valor da operação utilizada em cada um dos respectivos documentos fiscais de aquisições de mercadorias, nos meses de janeiro a junho de 2012.

O defensor alegou que a Fiscalização não apresentou uma evidência sequer em relação a essa acusação, limitando-se a elaborar demonstrativo do qual consta a “glosa” de créditos supostamente excedentes aos 10%, cobrando a diferença. Aduziu que se vê na contingência de defender-se de uma acusação que não foi baseada em provas a exemplo de notas fiscais e provas da escrituração do crédito assim excedente aos 10%.

Observo que ao contrário do que disse o autuado, conforme apontado pela autuante, encontra-se às folhas 80 a 112 o processo do Termo de Acordo, comprovando que a autuada é signatária Termo de Acordo de Atacadista. Nas folhas 58 a 63 existem os Registros Fiscais da Apuração do ICMS – Operações Próprias que comprovam que a empresa não fez o lançamento do estorno de créditos estabelecido no art. 6º do Decreto 7.799/00. Nos anexos 1 a 4 se encontram os cálculos dos valores do estorno de créditos estabelecido no art. 6º do Decreto 7.799/00 não recolhido, citando as notas fiscais eletrônicas e o indicativo do lançamento das notas na Escrituração Fiscal Digital – EFD. Vejo que as notas fiscais e a EFD também constam do arquivo magnético na folha 116. Observa ainda, que todos estes documentos estão na posse da autuada. Neste caso, acato posicionamento da autuante e a infração 02 é procedente.

A infração 03 refere-se a utilização indevida de crédito fiscal presumido de ICMS. A empresa lançou no registro E111, no campo “outros créditos”, com a descrição complementar “outorgado Bahia” o crédito presumido determinado no art. 2º do Decreto 7799/00, nos meses de janeiro a julho de 2013, valores maiores que o devido, no montante de R\$3.189,12.

O autuado alegou que este item foi instruído unicamente, com o Demonstrativo de Crédito Presumido Lançado a Maior – Anexo 5 e não faz prova da acusação. Disse que a fiscalização enganou-se ao identificar a infração, pois a impugnante sequer goza do benefício (crédito presumido de 16,67%).

A autuante afirmou que a alegação não prospera, porque existe no PAF toda a documentação necessária para comprovar a infração. Nas folhas 80 a 112 tem o Processo do Termo de Acordo comprovando que a autuada é signatária Termo de Acordo de Atacadista. Nas folhas 65 a 71 consta o Registro Fiscal da Apuração do ICMS – Operações Próprias, que comprova o valor lançado do crédito presumido determinado no art. 2º do Decreto nº 7.799/00. O anexo 5 demonstra o valor lançado a maior como crédito presumido e informa os dados da NF-e com a respectiva informação da linha e arquivo em que a NF-e foi lançada na Escrituração Fiscal Digital – EFD. Na folha 116 consta cópia da NF-e e da EFD.

Não acato alegação defensiva considerando a existência nos autos de elementos a comprovar a utilização pelo autuado do crédito presumido estabelecido no art. 2º do Decreto nº 7.799/00, de valor equivalente a 16,667% sobre o imposto incidente nas operações interestaduais.

Da análise dos elementos que compõem o PAF, constato que está lançado de acordo com as folhas 65 a 71 (Registros Fiscais da Apuração do ICMS – Operações Próprias) com a descrição “Outros Créditos – Ocorrências Não Especificadas Anteriormente – ICMS Outorgado BA”.

Vejo que a autuada foi notificada para justificar os lançamentos na Escrituração Fiscal Digital – EFD, registro E111, com a descrição “outros créditos Outorgado BA” e em resposta, apresentou memória de cálculo através no arquivo Outorgado.zip. Nesta planilha fica evidente que se trata do valor de 2% sobre a base de cálculo nas operações de saída interestadual. Este valor

corresponde a 16,667% do imposto, para operações de saída interestadual, determinado no art. 2º do Decreto nº 7.799/00. Sobre a alegação da impugnante de que a diferença reclamada corresponde ao crédito de ICMS de 4% pagos por ocasião de operações de importação realizadas, o autuado não traz aos autos provas de sua alegação.

A respeito da alegação da autuada de que a diferença entre a planilha “UL_TAX_01_2013” e o anexo 5 refere-se as notas fiscais 42.712 e 72.713 ou 42.713, a autuante afirmou que ao examinar a EFD, livro de Entrada, constatou que não existem as notas fiscais 42.712 e 72.713 ou 42.713. Sustentou que o crédito presumido em questão, refere-se a 16,667% sobre o imposto das saídas interestaduais (art. 2º do Decreto nº 7.799/00), não tendo qualquer relação com créditos correspondentes aos 4% pagos por ocasião de desembaraço aduaneiro.

Dessa forma, acolho as conclusões da autuante, visto que o defensor não apresenta provas de suas alegações. Mantida a infração 03.

Seguindo a mesma linha da defesa, as infrações 04 e 05 serão analisadas conjuntamente.

A infração 04 refere-se a utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, referente a entradas interestaduais de mercadorias, contempladas com benefício fiscal do ICMS Não Autorizado por Convênio ou Protocolo, nos termos da Lei Complementar nº 24/75. O contribuinte recebeu mercadoria de atacadista do estado de Goiás, beneficiado com crédito outorgado de 3% sobre o valor das operações, conforme artigo 11, III do Anexo IX do RICMS de Goiás e do estado de Pernambuco conforme Lei 11.675/99 e art. 10, I do Decreto 21.959/99, sendo vedada a utilização de créditos nestes casos. O crédito de ICMS relativo a entrada de mercadorias somente será admitido no percentual efetivamente cobrado no Estado de origem, conforme estabelecido no Anexo do decreto 14.213/2012. Conforme os itens 1.12 e 5.2 do citado decreto 14.213/2012, sendo admitido apenas crédito de 9% sobre a base de cálculo. Como o contribuinte é signatário do Termo de Acordo Atacadista, nos termos do art. 6º do Decreto 7799/00, só usa efetivamente o crédito de 10%, já que lançou o estorno de crédito no livro de Apuração com a descrição “Estorno de crédito 2% BA”, resta o estorno de crédito de 1% no período de 01/12/2012 a 19/12/2012 e 08/01/2013 a 31/12/2013, no valor de R\$461.304,75, acrescido da multa de 60%;

A infração 05 trata de utilização indevida de crédito fiscal referente a entradas interestaduais de mercadorias contempladas com benefício fiscal do ICMS Não Autorizado por Convênio ou Protocolo nos termos da Lei Complementar nº 24/75. O contribuinte recebeu mercadoria de atacadista do estado de Goiás, beneficiado com crédito outorgado de 3% sobre o valor das operações, conforme artigo 11, III do Anexo IX do RICMS de Goiás e do estado de Pernambuco conforme Lei 11.675/99 e art. 10, I do Decreto 21.959/99, sendo vedada a utilização de créditos nestes casos. O crédito de ICMS relativo a entradas de mercadorias, somente será admitido no percentual efetivamente cobrado no Estado de origem, conforme estabelecido no Anexo Único do Decreto 14.213/12. Conforme os itens 1.12 e 5.2 do anexo Único do decreto 14.213/2012 só são admitidos créditos de 9% sobre a base de cálculo. Como o contribuinte está sem o Termo de Acordo Atacadista, Decreto 7799/00, no período de 20/12/2012 a 07/01/2013, deve estornar o crédito de 3%, nos meses de janeiro e dezembro de 2013, no valor de R\$43.128,32, acrescido da multa de 60%.

A respeito das infrações 4 e 5, o impugnante alegou serem idênticas mudando apenas o ano-calendário. Disse que o estabelecimento localizado em Pernambuco (CNPJ nº 61.068.276/001-44) não utiliza e não utilizou no período autuado, o benefício de 3% do crédito presumido. Disse ainda que, mesmo que os estabelecimentos escriturassem o crédito presumido, é certo que o contribuinte situado neste Estado, tem direito a aproveitar a integralidade do ICMS, e que caberia ao Estado da Bahia fazer uso de ADIN para solucionar a questão de benefícios fiscais concedidos por outras unidades Federadas sem a ratificação do CONFAZ.

Discordo do posicionamento do defensor, pois, há dispositivo expresso na LC 24/75 proibindo a adoção unilateral de benefícios fiscais nas suas diversas modalidades, sem passar pelo crivo do

CONFAZ - Conselho no qual os Secretários de Fazenda dos Estados se reúnem para deliberarem acerca de incentivos fiscais, com a Coordenação de órgão administrativo da União.

Neste sentido, prescreve o art. 1º da LC 24/75, c/c o art. 2º:

"Art. 1º - As isenções do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias serão concedidas ou revogadas nos termos de convênios celebrados e ratificados pelos Estados e pelo Distrito Federal, segundo esta Lei.

Parágrafo único - O disposto neste artigo também se aplica:

I - à redução da base de cálculo;

II - à devolução total ou parcial, direta ou indireta, condicionada ou não, do tributo, ao contribuinte, a responsável ou a terceiros;

III - à concessão de créditos presumidos;

IV - à quaisquer outros incentivos ou favores fiscais ou financeiro-fiscais, concedidos com base no Imposto de Circulação de Mercadorias, dos quais resulte redução ou eliminação, direta ou indireta, do respectivo ônus;

V - às prorrogações e às extensões das isenções vigentes nesta data"

Também o legislador é claro ao estipular as consequências para o Estado-membro que desrespeitar os comandos da Lei Complementar, a teor do estipulado no art. 8º, *verbis*:

Art. 8º - A inobservância dos dispositivos desta Lei acarretará, cumulativamente:

I - a nulidade do ato e a ineficácia do crédito fiscal atribuído ao estabelecimento recebedor da mercadoria;

II - a exigibilidade do imposto não pago ou devolvido e a ineficácia da lei ou ato que conceda remissão do débito correspondente.

Portanto, não pode ser admitido que unilateralmente, em desprezo a mandamento explícito contido em lei nacional, o Estado de Goiás ou de Pernambuco resolvam criar benefício fiscal que acabe repercutindo na sua conta gráfica de ICMS, isto é, na forma de créditos presumidos a serem diminuídos dos seus débitos fiscais e, via de consequência, do montante do imposto a recolher.

Relevante esclarecer que não se está a obstar a aplicação do princípio da não-cumulatividade do ICMS, previsto no artigo 155, § 2º, I e II, da Constituição Federal, na medida em que existe expressa determinação legal, tornando os créditos, ora apropriados, indevidos nos termos ora apontados.

Nessa trilha, o art. 1º da Lei Complementar 24/75 aponta que os benefícios fiscais no campo do ICMS deverão estar previstos em Convênios celebrados pelos Estados-membros. Goiás, por sua conta e risco, resolveu criar um favor fiscal que seria aproveitado diretamente no livro de Apuração do ICMS, transformando débitos fiscais consignados em notas fiscais de vendas para a Bahia em elementos aritméticos de ficção.

Da análise da legislação aplicável aos fatos ora em comento, resta indubidoso o acerto da autuação, visto a impossibilidade em se creditar de valores de benefícios fiscais não admitidos pela legislação vigente.

Quanto a alegação de que o estado de Pernambuco CNPJ: 61.068.276/0018-44, não utilizou o crédito presumido de 3%, vejo que não existe provas nos autos de tal alegação e a simples negativa de cometimento das infrações não desonera o sujeito passivo de provar o alegado. Concluo que as infrações 04 e 05 são subsistentes.

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

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 274068.0014/15-7, lavrado contra **UNILEVER BRASIL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.203.510,67**, acrescido das multas de 60% previstas nos incisos VII, alíneas “a” e “b” e II, alínea “f” do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de julho de 2016.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – RELATORA

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – JULGADOR