

PROCESSO - A. I. Nº 269197. 0005/14-0
RECORRENTE - NESTLÉ BRASIL LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 1ª JJF nº 0257-01/14
ORIGEM - IFEP – DAT/SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET 30/08/2017

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0203-11/17

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. IMPOSTO DESTACADO A MAIS NO DOCUMENTO FISCAL. GLOSA DO VALOR EXCEDENTE. Em revisão fiscal foi identificada existência de descontos superiores aos valores calculados, levando em consideração as alíquotas informadas. Acolhidos os demonstrativos refeitos em sede de diligência. Redução do débito quanto à infração 1 e mantido o resultado na infração 2. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO PARCIALMENTE.** Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão da 1ª Junta de Julgamento Fiscal que entendeu pela Procedência, não unânime, do Auto de Infração, lavrado em 06/06/2014, o qual exige crédito tributário no valor de R\$329.100,03, em decorrência do cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado:

1. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque de imposto a mais nos documentos fiscais, nos meses de janeiro a dezembro de 2011, janeiro a dezembro de 2012, sendo exigido ICMS no valor de R\$327.804,01, acrescido da multa de 60%. Consta que o autuado emitiu notas fiscais de entrada nas operações de aquisições de leite fresco a granel provenientes de produtores dos Estados de Minas Gerais e Espírito Santo concedendo e destacando descontos nos referidos documentos. Consta ainda que os descontos foram deduzidos para efeito das bases de cálculo de ICMS, desta forma, os valores das notas fiscais são menores que das bases de cálculo de ICMS, ficando caracterizado créditos maiores de ICMS. Anexo I;

2. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque de imposto a mais nos documentos fiscais, nos meses de agosto e setembro de 2011, sendo exigido ICMS no valor de R\$1.296,02, acrescido da multa de 60%. Consta que o autuado adquiriu leite fresco a granel proveniente do Estado de Minas Gerais de produtor com a emissão de nota fiscal de entrada com crédito fiscal a mais devido a erro no percentual da alíquota, sendo o correto 7% e destacou 12%. Anexo II.

Após a devida instrução processual, a referida Junta fundamentou sua Decisão nos seguintes termos:

VOTO

Inicialmente, cabe-me apreciar a arguição de nulidade do lançamento aduzida pelo autuado, por não ser a descrição da infração contida no bojo do Auto de Infração suficiente para identificar a irregularidade que supostamente teria cometido.

Alega o impugnante que a autuação laconicamente informa que não teria deduzido eventuais descontos da base de cálculo do imposto, contudo, não especifica a natureza de tais descontos, tampouco detalha o fundamento para a obrigatoriedade da dedução pretendida pelos autuantes. Afirma que não poderia o Fisco simplesmente alegar o aproveitamento de créditos de ICMS a mais sem o detalhamento da situação concreta, mas sim era dever dos autuantes assentar suas alegações em elementos sólidos e eficazes à comprovação do ilícito fiscal, o que diz não ter ocorrido no presente caso.

Sustenta que é nulo o Auto de Infração que não contenha elementos suficientes à determinação da infração, sendo exatamente essa a situação verificada no Auto de Infração em lide, na medida em que capitulo genericamente a infração, sem especificar a natureza dos descontos tidos como não descontados e sem detalhar o fundamento para a obrigatoriedade da dedução.

Não acolho a nulidade arguida.

Isso porque, contrariamente ao quanto aduzido pelo impugnante, verifico que a descrição da infração 01 se apresenta clara: Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque de imposto a mais nos documentos fiscais.

Além disso, a complementação da descrição afasta qualquer dúvida sobre a acusação fiscal: A empresa emitiu notas fiscais de entrada nas operações de aquisições de leite fresco a granel provenientes de produtores dos Estados de Minas Gerais e Espírito Santo concedendo e destacando descontos nos referidos documentos. Os descontos foram deduzidos para efeito das bases de cálculo de ICMS, desta forma, os valores das notas fiscais são menores que das bases de cálculo de ICMS, ficando caracterizado créditos maiores de ICMS. Anexo I.

Observo que o demonstrativo elaborado pelos autuantes acostado aos autos (fls. 11 a 40) denominado “DEMONSTRATIVO DO CÁLCULO DO CRÉDITO FISCAL A MAIOR, REFERENTE A BASE DE CÁLCULO DO ICMS MAIOR QUE O VALOR TOTAL DOS PRODUTOS, DEVIDO A NÃO CONSIDERAR O DESCONTO CONCEDIDO NA OPERAÇÃO (LEITE FRESCO DO PRODUTOR)” indica nas colunas específicas, o número da nota fiscal; a UF; o valor total da nota fiscal; o valor do desconto; o valor da base de cálculo; a alíquota do ICMS; o valor do ICMS destacado; o valor do ICMS correto; e o valor do ICMS indevido.

Ou seja, os autuantes se basearam nas notas fiscais de entradas emitidas pelo próprio autuado, cujos dados indicados no demonstrativo acima referido nada mais são do que aqueles constantes nas notas fiscais arroladas na autuação.

Relevante consignar que o autuado ao apresentar o seu inconformismo quanto ao mérito deste item da autuação demonstrou ter pleno conhecimento sobre o objeto da acusação fiscal ao dar exemplo de cálculo, no qual indica que o “desconto” diz respeito aos valores ao ICMS devido ao Estado de origem e ao Funrural.

Além disso, também demonstra ter conhecimento sobre as notas fiscais arroladas na autuação ao afirmar na peça de defesa (fl.88) que: Conforme demonstrado, o valor destacado nas notas fiscais autuadas representa o valor do imposto recolhido na operação anterior, da qual é substituto tributário, de modo que o valor nominal da Nota Fiscal refletisse o montante líquido pago ao fornecedor.

Diante do exposto, não acolho a nulidade arguida, haja vista que incorreu a hipótese prevista no artigo 18, inciso IV, alínea “a”, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, aduzida pelo impugnante.

Indefiro também o pedido de realização de diligência, com fulcro no art. 147, I, “a”, do RPAF/99, haja vista que os elementos acostados aos autos são suficientes para formação do convencimento deste Julgador e, consequentemente, ara Decisão da lide.

Passo ao exame de mérito.

De início, observo que o cerne da questão reside no fato de ter o autuado emitido as notas fiscais de entradas arroladas na autuação, discriminadas no demonstrativo elaborado pelos autuantes de fls.11 a 40, adotando o seguinte procedimento exemplificativo extraído da Nota Fiscal nº 2.695, indicada à fl. 11 dos autos:

- no campo base de cálculo do imposto – consignou o valor de R\$12.512,79;
- no campo valor do ICMS – consignou o valor de R\$1.501, 53;
- no campo valor total da nota – consignou o valor de R\$10.723,47;
- no campo valor do desconto – consignou o valor de R\$2.190,76.

Ao escrutar o referido documento fiscal o autuado lançou como crédito fiscal o valor do ICMS destacado de R\$1.501,53 - calculado com aplicação da alíquota de 12% sobre o valor de R\$12.512,79, conforme explicitado acima.

Como o valor total da Nota Fiscal é de R\$10.723,47 os autuantes entendem que o valor do crédito fiscal correto é de R\$1.286,82 – calculado com aplicação da alíquota de 12% sobre R\$10.723,47, no exemplo acima.

A diferença entre a base de cálculo utilizada pelo autuado e a base de cálculo adotada pelos autuantes é de R\$2.190,76, justamente o valor do desconto destacado na Nota Fiscal.

Nota que a explicação dada pelo impugnante é de que o desconto é apenas para que o valor total da Nota Fiscal equivalha ao valor que será pago ao fornecedor, ou seja, o valor líquido. Alega que, considerando que o valor apresentado no campo “desconto” refere-se ao próprio ICMS pago aos cofres públicos do Estado de origem da mercadoria, este não pode ser “deduzido” de sua própria base de cálculo.

Por certo, o procedimento adotado pelo contribuinte na emissão da nota fiscal, conforme explicitado acima, no mínimo, está em desacordo com a legislação do ICMS.

Isso porque, o art. 54 do RICMS/BA/97 determina que no tocante aos acréscimos e aos descontos relativos ao valor das operações ou prestações, incluem-se na base de cálculo do ICMS, nas operações e prestações

internas e interestaduais, todas as importâncias que representarem despesas acessórias, seguros, juros e quaisquer outros acréscimos ou vantagens pagos, recebidos ou debitados pelo contribuinte ao destinatário das mercadorias ou ao tomador dos serviços, inclusive o valor das mercadorias fornecidas ou dos serviços prestados a título de bonificação.

O inciso II do mesmo art. 54 estabelece que, serão deduzidos da base de cálculo os descontos constantes no documento fiscal, desde que não concedidos sob condição, assim entendidos os que estiverem sujeitos a eventos futuros e incertos.

O autuado consignou nas notas fiscais de entradas emitidas o desconto que, conforme visto, deve ser incluído na base de cálculo do ICMS (caput do art. 54) ou, deduzido, contanto que não tenha sido concedido sob condição, ou seja, esteja sujeito a evento futuro e incerto (II, art. 54).

Segundo o próprio autuado, o “desconto” foi consignado apenas para que o valor total da Nota Fiscal equivalha ao valor que será pago ao fornecedor, ou seja, o valor líquido, sendo referente ao ICMS pago aos cofres públicos do Estado de origem da mercadoria e ao FUNRURAL.

Ora, o desconto deve compor a base de cálculo do ICMS ou ser deduzido, a depender da forma como tenha sido efetivado, sendo certo que, não pode compor a base de cálculo e depois ser excluído do valor total da nota fiscal, tendo em vista que a base de cálculo do ICMS não pode ser maior que o valor total da nota fiscal, conforme procedido pelo autuado.

Ademais, conforme corretamente observado pelos autuantes, os valores do ICMS destacados nos documentos fiscais, pela sistemática do imposto, estão sempre inclusos nos valores das operações, conforme estabelecido no §1º do art. 17 da Lei 7.014/96.

Conclusivamente, não resta dúvida que o procedimento adotado pelo autuado está em desconformidade com a legislação do ICMS, notadamente a Lei nº 7.014/96 e o RICMS/BA/97, confirmando a acusação de fiscal de utilização indevida de crédito fiscal.

Diante disso, esta infração é subsistente.

Quanto à infração 02, observo que a autuação diz respeito a apenas duas notas fiscais, no caso, as Notas Fiscais nºs 3778 e 3927, conforme demonstrativo de fl. 67 dos autos.

Efetivamente, houve o creditamento indevido, haja vista que nas referidas notas fiscais foi aplicada a alíquota de 12% no cálculo do ICMS, quando deveria ter sido aplicada a alíquota de 7%, considerando que o Estado de origem do emitente é Minas Gerais.

É cediço que a admissibilidade do crédito fiscal somente ocorre quando o valor do imposto for corretamente calculado, significando dizer, a contrário senso, que se o imposto for destacado a mais do que o devido no documento fiscal o creditamento deverá ocorrer sobre o valor correto do imposto.

Nesse sentido, assim dispõe o art. 93, §5º, 6º e 7º, do RICMS/BA/97:

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

(...)

§ 5º Somente será admitido o crédito fiscal do valor do imposto corretamente calculado:

I - se o imposto for destacado a mais do que o devido no documento fiscal;

(...)

§ 6º Na entrada de mercadorias e na utilização de serviços oriundos de outras unidades da Federação, o crédito fiscal só será admitido se calculado pelas seguintes alíquotas:

I - mercadorias ou serviços oriundos das Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste, 12%;

II - mercadorias ou serviços provenientes das Regiões Sul e Sudeste, 7%;

III - serviços de transporte aéreo, 4%.

§ 7º Para os efeitos do disposto no parágrafo anterior, consideram-se pertencentes à:

I - Região Norte - os Estados do Acre, Amapá, Amazonas, Pará, Rondônia, Roraima e Tocantins;

II - Região Nordeste - os Estados de Alagoas, Bahia, Ceará, Espírito Santo, Maranhão, Paraíba, Pernambuco, Piauí, Rio Grande do Norte e Sergipe;

III - Região Centro-Oeste - O Distrito Federal e os Estados de Goiás, Mato Grosso e Mato Grosso do Sul;

IV - Região Sudeste - Os Estados de Minas Gerais, Rio de Janeiro e São Paulo;

V - Região Sul - os Estados do Paraná, Santa Catarina e Rio Grande do Sul.

Dianete disso, não resta dúvida que o autuado incorreu na irregularidade apontada neste item da autuação, sendo, consequentemente, procedente esta infração.

Quanto à multa imposta de 60%, por se tratar de multa decorrente de descumprimento de obrigação acessória, a competência para apreciar o pedido de cancelamento ou redução é da Câmara Superior deste CONSEF.

Por derradeiro, no que concerne ao pedido do impugnante para que todos os avisos e intimações relativas a este processo sejam realizadas exclusivamente em nome do advogado João Alberto P. Lopes Júnior (OAB/BA nº 11.972), com endereço profissional na Av. da França, 164, Edif. Futurus, 7º Andar, Comércio, Salvador-Bahia CEP 40.010-000, nada obsta que o pedido seja atendido, contudo, cabe observar que o não atendimento não implica em nulidade do ato, haja vista que as formas de intimação ao contribuinte estão previstas no art. 108 do RPAF/99.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Em contrapartida, o i. Conselheiro José Bizerra Lima Irmão discordou da Decisão quanto à infração 1, por entender que não houve erro na apuração de imposto por parte do Contribuinte, não sendo considerado desconto os valores constantes nas Notas Fiscais autuadas. Vejamos os fundamentos que embasaram o Voto Divergente do i. Julgador de piso:

VOTO DISCORDANTE – ITEM 1º

O item 1º deste Auto de Infração acusa o autuado de utilização indevida de crédito fiscal de ICMS em virtude de destaque do imposto a mais nos documentos fiscais – o autuado emitiu notas fiscais de entrada nas aquisições de leite a granel e destacou “descontos” nos documentos. A fiscalização excluiu os aludidos “descontos” e recalcoulou o imposto sobre o valor líquido, considerando que o contribuinte só teria direito ao crédito do imposto incidente sobre o valor líquido.

Não houve infração alguma neste caso. As alíquotas estão corretas: 7% nas aquisições de Minas Gerais, e 12% nas aquisições do Espírito Santo. Também está correta a base de cálculo, que é o valor das operações, ou seja, o valor das compras de leite feitas aos produtores.

Pus a palavra “descontos” entre aspas porque, a rigor, não se trata aqui de descontos comerciais, essa figura comum na linguagem do comércio e da matemática financeira.

Os descontos comerciais – que nada têm a ver com o presente caso – são abatimentos do valor do negócio que são feitos, por exemplo, quando o valor nominal da operação é pago antes do vencimento, ou seja, quando o credor estipula um desconto se o devedor antecipar o pagamento, pagando a compra “x” dias antes do vencimento. Esse desconto é chamado de condicional, pois é concedido “se” o pagamento for antecipado, ficando portanto sujeito a evento futuro e incerto. Existem outras modalidades de desconto condicional, como, por exemplo, se o vendedor concede um desconto com a condição de o comprador não operar com mercadorias de outros fornecedores concorrentes, ou com a condição de o comprador arcar com as despesas de publicidade, etc. Em todas essas situações os descontos são condicionais, assim denominados por ficarem sujeitos a eventos futuros e incertos.

Também existem os descontos incondicionais, que, como a expressão indica, são concedidos sem que o devedor fique sujeito ao cumprimento de qualquer condição. É o caso do desconto dado quando o pagamento é feito à vista, ou mesmo no caso de vendas para entrega futura. Outros exemplos: o vendedor concede um desconto porque foi feita uma operação de alto vulto; ou porque está fazendo uma liquidação; ou porque a mercadoria está fora de moda ou contém defeitos; ou porque o comprador é um cliente antigo, cliente fiel; ou simplesmente porque o vendedor gostou da cara do freguês. Nesses casos, o desconto não fica a depender de nada.

A distinção entre uma modalidade e outra de desconto é feita com base no conceito jurídico de condição, que consiste na cláusula ou convenção de que depende a validade de um ato.

No caso em questão, não houve desconto, no sentido de algum abatimento do valor da operação. A base de cálculo do ICMS adotada pela empresa foi o valor da operação, ou seja, o imposto destacado nos documentos foi calculado sobre o valor ajustado entre o vendedor (o produtor do leite) e o comprador (o autuado). O que aconteceu neste caso foi que o autuado, tendo pago o ICMS e o Funrural que eram devidos pelos produtores, ao efetuar o pagamento do leite aos produtores abateu os valores que havia desembolsado ao pagar os tributos devidos por eles. Mas isso não é “desconto”. Desconto existe é quando o credor abre mão de uma parte do valor do negócio, renunciando a uma parcela a que faria jus, contentando-se com o recebimento de uma quantia menor do que o valor do negócio realizado. Neste caso, não foi isso o que aconteceu. O autuado não abriu mão de parte do valor da operação, não renunciou a nada, não houve redução do valor da operação – o que houve foi que, para se ressarcir de valores pagos em nome dos produtores, ao efetuar os pagamentos, o autuado

abateu o que havia pagado por eles, entregando-lhes o valor líquido.

Isso, definitivamente, não é desconto.

Para concluir, assinalo que neste Auto houve uma coisa absurda: os autuantes abateram do valor da operação a parcela do ICMS. Que eu saiba, esta é a primeira vez que isso ocorre em toda a história do ICMS (e também do antigo ICM). O valor do ICMS integra o valor da operação. O destaque do imposto no documento é feito apenas para fins de controle. A pretensão fiscal neste caso é uma coisa inusitada.

Voto pela improcedência do item 1º deste Auto.

Quanto ao item 2º, acompanho o voto do nobre Relator.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração

Inconformado, o Sujeito Passivo interpôs Recurso Voluntário objetivando a reapreciação da Decisão de piso em sua integralidade, pelas razões de fato e de Direito aduzidas, os quais reproduz abaixo.

Após tecer um breve relato dos fatos e da Decisão de primeiro grau, passa a discorrer sobre as a preliminar de nulidade da Decisão.

Aduz que a não realização da diligência pleiteada contraria o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia, vez que a verificação do montante dos tributos recolhidos na etapa anterior das operações autuadas demonstraria sua correspondência com os valores destacados como “descontos” nas notas fiscais em exame.

Por conta disso, requer a anulação da Decisão recorrida, para que seja determinado o retorno dos autos à primeira instância para que a diligência seja realizada nos moldes narrados acima.

Quanto às razões de reforma da Decisão, quanto à infração 1, alega que os referidos descontos em verdade se tratam do próprio imposto recolhido em favor do Estado de origem, não sendo possível descontá-lo de sua própria base de cálculo. Assim, cita trecho do voto discordante, o qual corrobora com seu entendimento.

Informa que o “desconto” apontado pelas autoridades fiscalizadoras não se trata de desconto mercantil, que não comporia a base de cálculo do ICMS, a teor da Súmula nº 457 do STJ, mas sim do desconto dos tributos devidos, que não podem ser excluídos da base de cálculo do ICMS.

Repisa que os valores destacados nas notas fiscais autuadas representam o valor da operação, sendo que o recorrente é substituta tributária do ICMS e do FUNRURAL. Assim, na nota fiscal consta o valor da operação, apenas o valor efetivamente pago aos fornecedores sobre o abatimento dos tributos recolhidos ao Fisco (ICMS e FUNRURAL).

Assim, pleiteia o provimento do presente Recurso Voluntário, para que se reconheça que os valores destacados nas notas fiscais autuadas são referentes ao imposto recolhido ao Estado de origem, devendo este ser computado na base de cálculo do ICMS, tal como constou no Voto Divergente da Decisão de piso.

Em relação à infração 2, assevera que o imposto destacado nos documentos fiscais pertinentes foram devidamente recolhidos, não sendo cabível a exigência de pagamento referente ao respectivo crédito fiscal supostamente aproveitado a maior, pois extinto o crédito tributário pelo pagamento (art. 156, I do CTN).

Nesse passo, entende que eventual erro na alíquota incidente na operação ensejaria a referida cobrança, haja vista que, se ocorrido, o erro provocou o pagamento a maior do imposto, não sendo cabível o estorno do referido crédito, sob pena de violação ao princípio da não cumulatividade do ICMS.

Discorre sobre o caráter confiscatório da multa aplicada, bem como sua desproporcionalidade, suscitando que seja cancelada, ou, mantendo-se, seja dado provimento ao Recurso para reduzir a multa para patamares razoáveis de 20%.

Instada a se manifestar, a Procuradoria do Estado da Bahia emitiu Parecer da lavra da Dra. Maria

Helena Mendonça Cruz, no sentido de converter o feito em diligência, visando analisar a pertinência das alegações do recorrente acatadas pelo voto discordante para apurar, de fato, se há correspondência entre o montante dos tributos recolhidos em etapa anterior às operações autuadas e os valores destacados como descontos nas notas fiscais objeto da autuação.

Assim, em sessão realizada em 10/04/2016 por esta 1ª CJF, o processo foi convertido em diligência aos autuantes para intimar o Sujeito Passivo a apresentar os comprovantes de recolhimento do ICMS e FUNRURAL das operações e, caso o contribuinte atenda ao solicitado, elabore manifestação quanto aos documentos apresentados.

Em cumprimento ao solicitado pelos autuantes (fl. 198), o Contribuinte se manifestou, requerendo a juntada dos comprovantes de recolhimento do FUNRURAL relativos aos períodos de 2011 e 2012 (DOC 1/2), e parte dos comprovantes de recolhimento de ICMS relativos ao mesmo período (DOC 3/6).

Ademais, suscitou prazo adicional para juntada dos demais comprovantes de recolhimento do ICMS, tendo em vista que o autuado teve de requisitar cópia dos referidos comprovantes perante a instituição financeira, que demora até 7 dias para o cumprimento da diligência.

Em 25/08/2016, o Contribuinte foi novamente intimado para apresentar os comprovantes de pagamento referentes ao ICMS pago em favor do Estado do Espírito Santo, nos anos de 2011 e 2012 (fl. 254 a 278).

Em resposta à diligência, os Autuantes Fiscais, após análise de todos os documentos apresentados, constataram que:

1. Os valores destacados nos documentos e recolhimentos ao FUNRURAL correspondem com exatidão aos valores recolhidos mensalmente;
2. Os valores do GNRE do ICMS do Estado de MG sofrem pequenas alterações entre os valores mensais recolhidos e os valores apurados como indevidos no levantamento fiscal;
3. Os comprovantes de pagamento do ICMS do Espírito Santo também sofrem algumas divergências mensais entre o valor recolhido e o valor apurado mensalmente.

Assim, as Autoridades Fiscalizadoras elaboraram nova planilha de cálculo da Base de Cálculo (fls. 282 a 310), considerando o “desconto” referente ao FUNRURAL com alíquota de 2,3% e o ICMS referente ao Estado de origem com alíquotas de 7% quando proveniente de MG e de 12% quando proveniente do ES.

Foi identificada em alguns casos, a existência de desconto superior aos valores calculados, levando em consideração as alíquotas informadas. Assim, foi mantida a exigência do crédito indevido de R\$61.392,75, correspondente ao valor que excedeu ao destacado nos documentos fiscais.

Em manifestação à diligência realizada, aduz o recorrente que: *em que pese o resultado da diligência ter considerado parte dos descontos e cancelado parcialmente a autuação fiscal, o i. Auditor Fiscal não considerou todos os valores “descontados”, mantendo parte da cobrança no valor de R\$ 61.392,75. Assim, reitera os argumentos já desenvolvidos a fim de que sejam considerados também em relação aos “descontos” não abrangidos na diligência realizada.*

Repisa os termos da defesa em relação a infração 2 e, por fim, suscita a improcedência da autuação, com o cancelamento integral da exigência, bem como subsidiariamente, o afastamento da multa aplicada e da sua respectiva atualização, dado seu caráter confiscatório, ou ao menos reduzida para patamares razoáveis (20%).

O Processo foi novamente enviado à PGE para emissão de Parecer Conclusivo, da lavra do i. Procurador José Augusto Martins Júnior, o qual entendeu pelo Provimento Parcial do Recurso Voluntário, comungando integralmente com os valores apontados na diligência (fls. 280/281), uma vez efetuado os expurgos referentes aos descontos concedidos referentes ao FUNRURAL e,

outrossim, o ICMS relativo ao Estado de origem.

Ademais, salienta que o recorrente, em sua manifestação, não trouxe aos autos qualquer documento que comprovasse as divergências apontadas na diligência, no que tange aos valores mensais recolhidos e os valores apurados.

Tal Parecer foi acolhido pela Procuradora Assistente, Dra. Rosana Maciel Bittencourt Passos, em Despacho proferido em 06/06/2017.

VOTO

Objetiva o presente Recurso Voluntário a reapreciação da Decisão de piso, que julgou procedente o Auto de Infração em comento.

A infração 1 versa sobre uso indevido de crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque de imposto a mais nos documentos fiscais – *o autuado emitiu notas fiscais de entrada nas aquisições de leite a granel e destacou “descontos” nos documentos. A fiscalização excluiu os aludidos “descontos” e recalculou o imposto sobre o valor líquido, considerando que o contribuinte só teria direito ao crédito do imposto incidente sobre o valor líquido.*

O julgador de piso entendeu pela procedência da autuação. Todavia, em voto divergente apresentado, o julgador divergente acolheu a fundamentação apresentada pelo Contribuinte na defesa Inicial, de que os “descontos” nas notas fiscais autuadas nada mais eram do que o próprio imposto recolhido em favor do Estado de origem (ICMS + FUNRURAL), não sendo possível descontá-lo de sua própria base de cálculo.

Em opinativo apresentado, a PGE inclinou-se pela realização de diligência no intuito de apurar-se, de fato, os valores dos “descontos” faziam relação com os impostos pagos.

Assim, esta 1ª CJF converteu o feito em diligência aos fiscais autuantes, sendo o Contribuinte intimado a apresentar os documentos capazes de comprovar o alegado, o que o fez ao apresentar:

1. Comprovantes de recolhimento do FUNRURAL relativos aos períodos de 2011 e 2012 (DOC 1/2);
2. Parte dos comprovantes de recolhimento de ICMS relativos ao mesmo período (DOC 3/6);
3. Comprovantes de pagamento referentes ao ICMS pago em favor do Estado do Espírito Santo, nos anos de 2011 e 2012.

Os fiscais autuantes, em resposta à diligência solicitada, estando em posse dos precitados documentos, auferiram que os valores dos impostos eram exatamente correspondentes aos “descontos” das notas fiscais.

Contudo, foi identificada em alguns casos, a existência de descontos superiores aos valores calculados, levando em consideração as alíquotas informadas.

Assim, foi mantida a exigência do crédito indevido de R\$61.392,75, correspondente ao valor que excedeu ao destacado nos documentos fiscais.

Em manifestação apresentada, o Contribuinte ateve-se tão somente em contestar de forma genérica os valores que subsistiram na infração 1, não trazendo aos autos, documentos que provassem o contrário.

Em Parecer conclusivo, a PGE manteve a diligência em sua integralidade, sendo tal entendimento ratificado pela Procuradora Assistente em Despacho proferido.

Por todo o exposto, acolho os demonstrativos refeitos pelos fiscais autuantes em sede de diligência, reconhecendo que como devido o valor de R\$61.392,75.

Em relação à infração 2, a qual trata de crédito indevido por *erro no percentual da alíquota*, compulsando os demonstrativos do cálculo indevido (fl. 67), verifica-se que foram objeto de autuação apenas dias notas fiscais, CFOP 2101, sendo o Estado de origem Minas Gerais.

Às fls. 68 e 69 contata-se que a alíquota aplicada foi a de 12%, sendo que, deveria ter sido aplicada a alíquota de 7%.

Assim, como bem explicitado pelo julgador de piso, quando *o imposto for destacado a mais do que o devido no documento fiscal o creditamento deverá ocorrer sobre o valor correto do imposto*.

Desta maneira dispõe o art. 93, §5º, 6º e 7º, do RICMS/BA/97. Vejamos:

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

(...)

§ 5º Somente será admitido o crédito fiscal do valor do imposto corretamente calculado:

I - se o imposto for destacado a mais do que o devido no documento fiscal;

(...)

§ 6º Na entrada de mercadorias e na utilização de serviços oriundos de outras unidades da Federação, o crédito fiscal só será admitido se calculado pelas seguintes alíquotas:

I - mercadorias ou serviços oriundos das Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste, 12%;

II - mercadorias ou serviços provenientes das Regiões Sul e Sudeste, 7%;

III - serviços de transporte aéreo, 4%.

§ 7º Para os efeitos do disposto no parágrafo anterior, consideram-se pertencentes à:

I - Região Norte - os Estados do Acre, Amapá, Amazonas, Pará, Rondônia, Roraima e Tocantins;

II - Região Nordeste - os Estados de Alagoas, Bahia, Ceará, Espírito Santo, Maranhão, Paraíba, Pernambuco, Piauí, Rio Grande do Norte e Sergipe;

III - Região Centro-Oeste - O Distrito Federal e os Estados de Goiás, Mato Grosso e Mato Grosso do Sul;

IV - Região Sudeste - Os Estados de Minas Gerais, Rio de Janeiro e São Paulo;

V - Região Sul - os Estados do Paraná, Santa Catarina e Rio Grande do Sul.

Desta maneira, fica caracterizada a procedência da infração 2.

Quanto à aplicação da multa de 60% e seu caráter confiscatório, este Órgão Colegiado não tem competência para apreciar a constitucionalidade aduzida.

Nestes termos, voto pelo PROVIMENTO EM PARTE do Recurso Voluntário, passando a infração 1 ao valor R\$ 61.392,75, e mantendo integralmente a infração 2.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 269197.0005/14-0, lavrado contra **NESTLÉ BRASIL LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$62.688,78**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de Julho de 2017.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

LAÍS DE CARVALHO SILVA – RELATORA

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS