

A. I. Nº - 269197.0009/17-0  
AUTUADO - NESTLÉ BRASIL LTDA.  
AUTUANTE - MARCELO DE AZEVEDO MOREIRA e JOSÉ LUIS SOUSA SANTOS  
ORIGEM - IFEP SUL  
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 27.04.2018

#### 4<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO JJF Nº 0051-04/18

**EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. FALTA DE ESTORNO. ENTREDAS DE MERCADORIAS DE ESTABELECIMENTO INDUSTRIAL POSSUIDOR DE BENEFÍCIO FISCAL. TRIBUTAÇÃO NAS SAÍDAS INFERIOR AS OPERAÇÕES DE ENTRADAS.** Após revisão no lançamento efetuada pelos autuantes o débito foi reduzido, o que foi aceito pelo sujeito passivo. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

No presente Auto de Infração, lavrado em 22/05/2017, consta a seguinte acusação; “*O contribuinte deixou de efetuar o estorno do crédito fiscal de ICMS referente ao serviço tomado ou a mercadoria entrada no estabelecimento, oriunda de contribuinte industrial que goza de incentivo fiscal concedido por este Estado, quando se verificar que o valor do imposto creditado é maior que o do imposto debitado. Obtendo-se o valor do estorno da diferença entre ambos e considerando as operações de entrada e a da saída subsequente da mesma mercadoria - Com repercussão. Anexo I: Trata-se de operações com Nescau 200ml, Nescau 1L, Nesquik 200ml, Sollys 200ml e Sollys 1L que são fabricados e oriundos da Nestlé Nordeste. A repercussão fiscal para o estorno do crédito se deu mês a mês com a carga tributária de 17%.*” Valor: R\$200.198,34. Período: outubro e novembro de 2014.

A título de complemento consta: “*Esta etapa da fiscalização do grupo Nestle, teve como escopo a análise e cruzamento dos valores das entradas e saídas na Nestle Brasil Ltda, CNPJ 60.409075/0051-11 dos produtos oriundos da fábrica da Nestle Nordeste Alimentos de Bebidas Ltda, CNPJ 08.334.818/0003-14, detentora do incentivo fiscal do programa DESENVOLVE através da Resolução nº 55/2010.*

*Constatamos saídas de produtos da Nestle Brasil com valores inferiores aos da entrada e como as entradas são provenientes da Nestle Nordeste, detentora de incentivo, a empresa deveria ter efetuado os estornos dos créditos fiscais nos valores que superam os débitos fiscais relacionados. Desta forma a empresa infringiu frontalmente o artigo 312, Inciso V do Decreto 13.780/12.*

*Destacamos que a empresa no dia 05/12/2016, emitiu inúmeras notas fiscais complementares com o ajuste da correção das bases de cálculo das saídas e com o respectivo destaque do ICMS, que foram associadas as notas fiscais de saídas originais e excluídas do presente levantamento.*

*Ressalvamos que as empresas em pauta funcionam dentro de um mesmo ambiente fabril, não existindo nenhuma separação das empresas no processo produtivo.*

A empresa, por meio de representante legal, ingressou com impugnação ao lançamento fiscal (fls. 30/44). Após descrever a infração ao estabelecimento imputada, os valores exigidos (imposto, acréscimos moratórios e multa) e informar ser pessoa jurídica de direito privado, se dedicando, entre outras atividades, à fabricação e comercialização de produtos alimentícios, apresenta questões de nulidade ao Auto de Infração.

Com o título de “DA DEFICIENTE DESCRIÇÃO DOS FATOS”, argumenta que o lançamento fiscal não atende sequer aos requisitos para ser considerado válido e revestido de certeza e liquidez, estando maculado por nulidades, pois da forma como foi lavrado, e lhe apresentado, não pode exercer o seu direito de defesa de forma ampla. Diz textualmente: “*Note-se que a autuação genericamente informa que a ora Impugnante não havia efetuado o estorno dos créditos fiscais relativos aos produtos adquiridos da Nestlé Nordeste, haja vista a saída de mercadorias da Autuada com valor inferior ao de entrada, de forma que a Autoridade Fiscal simplesmente se utiliza de presunção para chegar a esta conclusão, sem, no entanto, buscar a verdade material dos fatos. ... Na forma pela qual o auto de infração foi lançado e disponibilizado à Impugnante, nenhum contribuinte comum, tampouco a mais especializada das defesas técnicas, possui os subsídios necessários para combate-lo – o referido auto é deficiente do requisito essencial aos atos administrativos, que é a **motivação**.*”

Com tais argumentos, entende que o Auto de Infração é nulo com base no art. 18, IV, “a”, do RPAF/BA.

Apresenta com o título “DA EMISSÃO DE NOTA FISCAL COMPLEMENTAR” que o lançamento fiscal não considerou todas as notas fiscais complementares emitidas, ao final de cada período, que anularam os efeitos do creditamento de ICMS. Indicando que a infração o acusa de ter deixado de estornar parte dos créditos relativos a mercadorias adquiridas da empresa Nestlé Nordeste, detentora do benefício fiscal DESENVOLVE, diz ser ela descabida porque “*ciente de que a Nestlé Nordeste é detentora de benefício fiscal, a Impugnante emitiu notas fiscais complementares ao final de cada período, a fim de anular os efeitos dos créditos de ICMS glosados pela D. Autoridade Fiscal.*”, que não teriam sido consideradas, em sua totalidade, na ação fiscal.

Requer diligência objetivando que todas as notas complementares sejam analisadas, para se averiguar que os créditos fiscais oriundos da Nestlé Nordeste foram anulados. Para corroborar o que afirma, junta, por amostragem, notas fiscais complementares emitidas no período autuado e uma planilha listando as informações das mesmas e observa que jamais praticou a infração ora lhe imposta. Em assim sendo e como consequência, como o Auto de Infração teve por base premissa equivocada, deve ser ele anulado.

Acrescenta o impugnante (DA INCORRETA INCLUSÃO DO ICMS E DO PIS/CONFIS NA BASE DE CÁLCULO DO CUSTO DE AQUISIÇÃO DOS PRODUTOS AUTUADOS) que o lançamento é nulo porque não foi determinado corretamente o custo dos produtos objeto da autuação, uma vez que não excluiu de sua composição o ICMS e o PIS/CONFINS incidentes nas operações, fundamentando-se no CPC 16 (R1) – 2009 (Comitê de Pronunciamentos Contábeis). Argumenta que são classificados como “tributos recuperáveis” o IPI e o ICMS. Além disso, o PIS e a COFINS, quando apurados na modalidade não-cumulativa, caso presente, incorporam à sua identidade a classificação de “tributos recuperáveis”. No presente lançamento não havia sido observada esta exigência quando da apuração do custo de aquisição das mercadorias objeto da autuação, aumentando indevidamente a suposta diferença entre os valores de entrada e de saída. Diz ser caso de nulidade da ação fiscal e traz aos autos o Acórdão nº 0407-12/13 deste Colegiado para corroborar a sua tese.

No mérito, discutindo o princípio da não cumulatividade do ICMS, diz que não se pode negar este seu direito constitucionalmente garantido, sem qualquer fundamento legal. Afirma que, “*o Princípio da Não-Cumulatividade é regra dentro do Sistema Tributário Nacional, excepcionando-se tão somente as hipóteses elencadas pelo artigo 20 da Lei Complementar nº 87/1996 (conforme o artigo 155, § 2º, inciso II, alínea “a”, CF). Quaisquer outros óbices que a d. Autoridade Fiscal imponha ao contribuinte para o creditamento de ICMS são inconstitucionais e devem ser afastadas de pronto.*”

Passa a contestar a multa aplicada, entendendo que ela viola o princípio do não confisco. Expõe doutrina pátria e requer o seu afastamento ou a sua redução ao patamar de 20%.

Requer a nulidade ou improcedência da infração. Caso assim não se decida que a multa aplicada seja afastada ou reduzida ao patamar de 20%.

No mais, reserva-se ao direito de requerer diligência ou perícia, bem como, de juntar documentos adicionais.

Requer a realização de sustentação oral quando do julgamento do presente Auto de Infração e que todos os avisos e intimações do presente feito exclusivamente em nome do advogado João Alberto P. Lopes Júnior (OAB/BA nº 11.972), com endereço profissional na Av. da França, 164, Edf. Futurus, 7º andar, Comércio, Salvador/BA, CEP: 40.010-000.

Os autuantes prestam informação fiscal, fls. 109/130. Após sintetizarem a infração e as razões de defesa, passam a analisá-las.

Entendem descabidos os argumentos de nulidade suscitados, uma vez que não se verifica no caso concreto quaisquer das hipóteses previstas no artigo 18 do RPAF/BA. Que não se vislumbra obscuridade na ação fiscal, posto que presentes os requisitos previstos no art. 39 do nominado Regulamento, inclusive havendo por parte da defesa uma compreensão exata da sistemática adotada no lançamento, o que possibilitou o seu exercício do direito de defesa de forma ampla.

Que não houve desobediência ao princípio da não-cumulatividade do ICMS. Não obstante o direito ao crédito fiscal do ICMS integrar a própria regra de incidência do ICMS, este não é direito absoluto, extraindo-se da própria Constituição a possibilidade da sua regulação e limitação, bem como, na norma infraconstitucional (art. 155, § 2º, II, "a" e "b" da CF, art. 20, § 1º da LC nº 87/96 e do art. 29, §§ 2º e 4º da Lei nº 7.014/96). E este, inclusive, é o caminho percorrido pelo STF, conforme julgamento do RE 174.478-SP. E assim é como devem ser interpretadas as determinações do art. 312, VI, do RICMS/12 (transcrito).

Informam que o estabelecimento autuado dá cumprimento operacional a esta norma regulamentar, fato constatado na auditoria fiscal realizada. No entanto, o que aqui se discute não é se o estorno de crédito foi realizado ou não, mas sua inteireza e completude, fato constatado, inclusive objeto de discussão na fase pré-lançamento. Naquele momento, o estabelecimento autuado informou que a técnica utilizada para o estorno foi pela emissão de nota fiscal complementar de saída onde procedia ao lançamento da diferença entre o crédito e o débito correspondente (informação esta que consta no próprio Auto de Infração).

Quanto à falta de exclusão do ICMS e PIS/CONFINS no custo dos produtos objeto da autuação, dizem não desconhecerem a norma de valoração de estoques, não só em função do pronunciamento técnico emanado do Egrégio Comitê de Pronunciamento Contábil, CPC 16 (R1) Estoques, mas da sua previsão legal conforme se deduz da norma inserta no atr. 183, § 1º, "b", da Lei nº 6.404/76, com a redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009. No entanto, aqui não se trata de valoração de estoques. Apenas se buscou comparar o valor do ICMS incidente sobre a operação de entrada e da operação de saída de produto beneficiado por programa de incentivo fiscal instituído pelo Estado da Bahia em um mesmo período, a fim de aferir se o valor atribuído na entrada (crédito) não excede ao atribuído na saída (débito). Caso o crédito relativo ao produto beneficiado seja superior ao débito gerado, configura a obrigação de estornar. É disso que se trata. Até porque, tratando, como se trata, de comparação entre valor de imposto incidente na entrada e na saída em operações de transferência internas (CFOP 5152), o valor do ICMS e do PIS/COFINS não influenciam no cálculo, já que são iguais as alíquotas de incidência tanto nas operações de entrada como nas operações de saída.

Entendem improcedente o argumento de que a multa aplicada e voltam ao que chamaram do verdadeiro aspecto do argumento defensivo, ou seja, da não consideração, em sua totalidade, dos estornos realizados.

Ressaltam que a existência das referidas notas fiscais complementares foi objeto de preocupação na fase pré-lançamento e objeto, inclusive, de comunicação por e-mail com o setor responsável do estabelecimento autuado. Foi disponibilizado previamente o levantamento fiscal para

saneamento, onde a empresa apontou somente as notas emitidas no dia 05/12/2014, conforme e-mails que apresenta. Diante desta situação, restaram convictos de que todas as notas fiscais complementares de saída emitidas para complementar o débito, o que equivale a estornar o crédito tomado a mais nas operações de entrada, tinham sido integralmente consideradas. Neste momento apresentam uma de notas fiscais inicialmente consideradas, baseadas nas informações fornecidas pelo estabelecimento auditado.

Analisaram, em seguida, o Anexo 08 apensado aos autos pelo defensor dos DANFE's nº 43340, 43688, 44631, 45834, 46753, 48603, 49950, 50353, 52090, 53571, 54583, 55361 referentes a 2014 e o DOC 09 dos DANFEs nº 55612, 57343, 58296, 58628, 59233 e 60122 referente a 2015. Identificaram que, de fato, faltaram as exclusões das NF-es referentes aos DANFEs **53571** e **54583** de complementação do ICMS e que os demais já não faziam parte do presente levantamento.

Em relação ao anexo da defesa, no nominado DOC 10 (arquivo magnético com planilhas), após nova análise, identificaram novas NF-es que foram complementadas pelos DANFEs 53569, 53570, 53571, 53572, 53573, 53575, 54581, 545822, 54584, 54585, 54587.

Após ajustes, apresentam novo demonstrativo de débito em relação ao mês de outubro de 2014, a seguir indicado.

Data Ocor	Data Veneto	Base Cálculo	Aliq %	Multa %	Valor Histórico (R\$)
31/10/2014	09/11/2014	25.976,00	17,00	60,00	4.415,92

Pugnam pela procedência parcial da autuação.

Chamado para tomar conhecimento da informação fiscal, o defensor concorda. Solicita, novamente, que todos os avisos e intimações do presente sejam feitos, exclusivamente, em nome do advogado do estabelecimento autuado (fl. 151).

Os autuantes, em nova manifestação, reiteram o inteiro teor de sua informação fiscal (fl. 156).

O impugnante, em 19/12/2017, atravessa petição (fl. 158) informando que estava desistindo "da presente demanda" e renunciava ao direito em que ela se funda nos termos do art. 6º da Lei Estadual nº 13.803/17.

Diz que, oportunamente, iria comprovar a quitação do débito discutido no presente Auto de Infração e, de novo, requer que todos os avisos e intimações do presente sejam feitos, exclusivamente, em nome do advogado do estabelecimento autuado.

Consta às fls. 161/162 dos autos extrato de pagamento realizado pelo estabelecimento no valor histórico de R\$1.324,78, com valor corrigido perfazendo o montante de R\$1.708,90, recolhido com base na Lei nº 13.803/17.

## VOTO

O presente lançamento fiscal trata de estorno de crédito fiscal, com repercussão, no recolhimento mensal do imposto. O autuado absorve em seu conta corrente fiscal todos os créditos fiscais oriundos de suas aquisições dos produtos da fábrica da Nestle Nordeste Alimentos de Bebidas Ltda., CNPJ 08.334.818/0003-14, detentora do incentivo fiscal do programa DESENVOLVE através da Resolução nº 55/2010 em desconformidade com as determinações do art. 312, V, do RICMS/12, que assim dispunha quanto dos fatos geradores:

*Art. 312. O sujeito passivo deverá efetuar o estorno do imposto de que se tiver creditado, salvo disposição em contrário, sempre que o serviço tomado ou a mercadoria entrada no estabelecimento:*

*"V - forem adquiridos de contribuinte industrial que tiver obtido aprovação técnica para fruição de incentivo fiscal concedido por este Estado, no valor que exceder ao imposto devido na saída subsequente da mesma mercadoria."*

Os autuantes observaram que para cumprir tais determinações, o estabelecimento autuado emitia notas fiscais complementares com o ajuste da correção das bases de cálculo das saídas e com o

respectivo destaque do ICMS, as associando às notas fiscais de saídas originais, o que sanava este procedimento.

Diante desta situação, na auditoria fiscal foram excluídos todos os documentos onde o fisco constatou este ajuste. A época da auditoria realizada, conforme afirmado pelos fiscais e antes da lavratura do Auto de Infração, o contribuinte foi chamado para tomar conhecimento dos levantamentos fiscais realizados e que se pronunciasse. Após tal pronunciamento, foi ele lavrado.

O defensor apresenta, em síntese, três argumentos à nulidade da ação fiscal, entre elas de que não foram computadas na auditoria realizada todas as notas fiscais complementares. Por consequência, como o Auto de Infração teve por base premissa equivocada, deveria ser ele anulado. Como mérito, argumenta sobre a não cumulatividade do ICMS.

No entanto, após informação fiscal, o defensor (fl. 150 e em 27/11/2017) manifesta-se concordando com todas as considerações apresentadas pelos fiscais autuantes a respeito de todos os seus argumentos apresentados, inclusive com o saneamento realizado quando o imposto exigido no mês de outubro de 2014 foi consideravelmente diminuído. E, em 19/12/2017 (fl. 159) expressamente afirma estar desistindo “da presente demanda” e renunciava ao direito em que ela se funda, nos termos do art. 6º da Lei Estadual nº 13.803/17.

Este procedimento implicou em renúncia expressa do impugnante a todos os seus argumentos invocados, com exceção das notas fiscais complementares emitidas, tornando-os ineficaz, conforme previsto pelo art. 122, inciso IV do RPAF/BA.

Diante da situação, atendo-me, neste voto, tão somente a estas notas fiscais complementares.

A respeito do assunto, observo que a falta de inclusão de algumas notas fiscais complementares na auditoria realizada não é motivação para nulidade da ação fiscal, mas sim, de saneamento. Desta forma, trato a matéria como de mérito.

Diante de todos os documentos apresentados pelo impugnante, os fiscais autuantes analisaram cada um deles. Dos documentos fiscais apresentados nos Anexo 08 e 09 pelo autuado, identificaram que, de fato, faltaram as exclusões das NF-es referentes aos DANFEs 53571 e 54583 de complementação do ICMS e que os demais já não faziam parte do presente levantamento. E em relação àqueles apresentados no anexo DOC 10 identificaram novas NF-es que foram complementadas pelos DANFEs 53569, 53570, 53571, 53572, 53573, 53575, 54581, 545822, 54584, 54585, 54587.

Com tal análise, excluíram os documentos fiscais acima nominados da autuação, passando o valor do imposto exigido, no mês de outubro de 2014, para R\$4.415,92.

Chamado para tomar conhecimento do saneamento realizado, e como já dito, o defensor concorda e renuncia à sua defesa.

Sendo matéria eminentemente fática, somente posso concordar com as exclusões realizadas pelos fiscais autuantes e mantenho o ICMS do mês de outubro no valor de R\$4.415,92 e aquele relativo ao mês de novembro de 2014 na sua integralidade, ou seja, R\$78.423,78.

Em relação ao pedido do cancelamento da multa aplicada ou a sua redução ao patamar de 20%, ressalto de que não compete a este foro administrativo de 1ª Instância se pronunciar a respeito de penalidade aplicada sobre uma obrigação principal. A imposição fiscal decorreu de expressa previsão da Lei nº 7.014/96, no seu art. 42, inc. VII, “f”.

Por fim, quanto ao pedido do representante legal da empresa de que cópias das notificações referentes à presente lide sejam encaminhadas, exclusivamente, ao seu escritório de advocacia situado nesta Capital do Estado da Bahia, ressalto que no foro administrativo embora não seja obrigatória a comunicação de intimações e decisões ao advogado da empresa ou outros estabelecimento do aglomerado empresarial, mas sim à parte envolvida na lide, nada obsta de que seu pleito seja atendido. O órgão competente desta Secretaria de Fazenda poderá enviá-los

comunicações sobre o andamento do presente processo, embora não obrigatória e não ensejando, sua falta, motivo para alegação de cerceamento de defesa, nem tampouco determinará a nulidade do lançamento fiscal, não havendo previsão legal no RPAF/BA (art. 108) para tal comportamento, pois obedece ao quanto disposto no art. 127, do Código Tributário Nacional – CTN como regra, ou seja, a eleição do domicílio tributário do sujeito passivo. Além do mais, através da Lei nº 13.199, de 28/11/2014, foi alterado o Código Tributário do Estado da Bahia (art. 107-D) sendo instituído o domicílio tributário eletrônico neste Estado, obrigatório para todos os seus contribuintes, restando como canal oficial da Secretaria da Fazenda com seus contribuintes, para, dentre outras finalidades, encaminhar avisos, intimações, notificações e científá-los de quaisquer tipos de atos administrativos. E através dele, os advogados da empresa poderão ser comunicados por tal meio se assim estiveram cadastrados.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração para exigir o imposto no valor de R\$82.839,70. Que o órgão competente desta Secretaria de Fazenda homologue os valores efetivamente recolhidos, conforme fls. 161/162 dos autos.

### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269197.0009/17-0**, lavrado contra **NESTLÉ BRASIL LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$82.839,70**, acrescido de multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legal. Que o órgão competente desta Secretaria de Fazenda homologue os valores efetivamente recolhidos, conforme fls. 161/162 dos autos.

Esta Junta de Julgamento recorre de Ofício desta decisão, para uma das Câmaras deste Conselho, nos termos do artigo 169, inciso I, alínea “a”, item 01 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/2011.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de abril de 2018

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS – RELATORA

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA