

A. I. Nº - 269352.3001/16-8
AUTUADO - BRF S/A.
AUTUANTES - ANDERSON PEIXOTO SAMPAIO e ANDRÉ LUIZ SOUZA AGUIAR
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 19/06/2018

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0074-01/18

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS DE ENTRADAS DE MERCADORIAS. BENEFÍCIO FISCAL NÃO AUTORIZADO NA FORMA DETERMINADA PEL LEI COMPLEMENTAR Nº 27/75. O Estado da Bahia revogou o Decreto nº 14.213/2012, visando a não exigência fiscal sobre as isenções, incentivos e benefícios fiscais ou financeiro-fiscais relacionadas em seu Anexo Único em alinhamento com a convalidação dos atos instituídos por todas as unidades federadas, nos termos da Lei Complementar nº 160/17 e do Convênio ICMS 190/17. Infração insubstancial. Rejeitada a nulidade arguida. Indeferido o pedido de diligência/perícia. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 30/05/2016, formaliza a exigência de ICMS no valor total histórico de R\$15.562.924,45, acrescido da multa de 60%, em decorrência do cometimento da seguinte infração à legislação do ICMS imputada ao autuado: *O Contribuinte utilizou indevidamente créditos fiscais relativos às entradas interestaduais de mercadorias contempladas com Benefício Fiscal do ICMS NÃO AUTORIZADO por Convênio ou Protocolo nos termos da Lei Complementar nº 24/75.* Período de ocorrência: dezembro de 2012, janeiro a dezembro de 2013, janeiro a dezembro de 2014, acrescido da multa de 60%.

O autuado, por intermédio de advogados legalmente constituídos, apresentou defesa (fls.27 a 50). Reporta-se sobre a tempestividade da peça defensiva. Discorre sobre os fatos que ensejaram a autuação. Em caráter preliminar, argui a nulidade do Auto de Infração por impossibilidade da presunção da utilização dos benefícios fiscais pelos remetentes das mercadorias.

Consigna que o lançamento de ofício foi realizado em decorrência da glosa de supostos créditos presumidos do tributo escriturados que escriturou objeto de benefícios fiscais concedidos pelos Estados em que se localizam as filiais da empresa remetentes das mercadorias.

Alega que a autuação teve como base a simples conferência da origem das mercadorias nas Notas Fiscais apontadas nas planilhas anexas ao Auto de Infração e a verificação da existência de benefícios fiscais tidos pelo Fisco Baiano como indevidos nos Estados de origem da mercadoria.

Diz que constatada a existência de benefícios fiscais com outorga de créditos presumidos pelos Estados de origem das mercadorias, a Fiscalização presumiu a utilização dos referidos benefícios pelos remetentes das mercadorias, sem qualquer embasamento para tanto, não havendo no Auto de Infração qualquer comprovação de que as filiais remetentes das mercadorias fariam jus e que estariam efetivamente utilizando tais benefícios.

Afirma que o lançamento foi realizado com base em meras conjecturas e suposições da Fiscalização acerca da efetiva utilização, pelos remetentes das mercadorias, dos benefícios fiscais que outorgaram créditos presumidos e/ou redução da base de cálculo, sem que fosse efetivamente demonstrado e comprovado tal fato no momento do lançamento.

Sustenta que o equívoco cometido pela Fiscalização, gera a nulidade do lançamento, pois

ocorreu no momento em que simplesmente presumiu a utilização dos benefícios pelos remetentes, sem qualquer apuração específica da aplicabilidade dos benefícios às especificidades de cada estabelecimento remetente, não tendo realizado qualquer intimação das remetentes das mercadorias para prestar informações e esclarecimentos sobre a efetiva utilização dos incentivos.

Destaca que a utilização das presunções no Direito Público, em especial no Direito Tributário, somente pode ser autorizada por lei, que aplica o instituto quando a verificação da verdade absoluta dos fatos se torna inviável. Registra que as presunções são sempre relativas, ou seja, sua eficácia deve sempre estar condicionada à impossibilidade de verificação da verdade dos fatos, o que no caso não ocorreu.

Nesse sentido, ressalta que a legislação atinente ao lançamento tributário não confere qualquer grau de discricionariedade à autoridade fiscal, devendo ser realizada de forma vinculada e precisa, não comportando brechas para presunções, conforme se extrai do texto do Código Tributário Nacional, nos termos do seu artigo 142.

Assinala que o agente fazendário deverá sempre agir dentro dos ditames da lei (vinculação), não lhe cabendo qualquer medida de discricionariedade ou interpretação extensiva da norma, sob pena de se afrontar o princípio da legalidade e tipicidade tributária. Cita lição do Prof. Ricardo Lobo Torres, *in Curso de Direito Financeiro e Tributário*, pág. 237, ed. Renovar, 7ª. Edição.

Afirma que constituir o crédito tributário, nos termos da lei, não tem outro sentido senão o de determinar a certeza e a liquidez da dívida, conferindo legitimidade à cobrança, que deve representar, invariavelmente, a mensuração da realidade dos fatos.

Diz que ao lançar um tributo/multa com base numa mera presunção, a administração recairia sempre em ilegalidade, haja vista que: “*i) constituiria crédito tributário a maior, ao presumir um valor superior ao real; ou ii) constituiria crédito tributário a menor, ocasionando renúncia de receita por parte do Ente Público*”.

Observa que o Direito Tributário brasileiro, por força de expressa disposição constitucional, está vinculado ao princípio da verdade material ou da realidade, que repele, salvo previsão legal expressa, a adoção de presunções ou ficções jurídicas no campo da tributação.

Aduz que a autoridade administrativa, no cumprimento de sua atividade vinculada de formalização da obrigação tributária, tem o dever de, dentro de um procedimento inquisitivo, investigar as atividades dos particulares na busca da certeza ou não da ocorrência do fato jurídico tributário e de sua correta quantificação, não podendo optar pelo cômodo e simplista procedimento de presumir a ocorrência do pressuposto legal que determina o surgimento da obrigação tributária.

Assinala que o CTN, por sua vez, é expresso no sentido de que a obrigação tributária surge com a ocorrência do fato gerador (art. 113), sendo que a atividade do lançamento pressupõe a verificação da ocorrência do fato gerador (art. 142). Diz que, por isso, exige-se que o lançamento tributário se dê com base na comprovação da materialidade fática prevista na norma de incidência e não com base em simples presunção. Acrescenta que, ainda mais como no caso em apreço, em que a autoridade não desincumbe minimamente com o seu dever de investigação, tendo em vista que se omitiu em diligenciar para apurar a verdade material em relação à aplicabilidade e efetiva utilização dos benefícios pelos remetentes.

Assevera que, no presente caso, a presunção efetuada pela Fiscalização é totalmente equivocada, uma vez que: *a) não traz prova de que houve a efetiva utilização dos benefícios pelos remetentes das mercadorias; b) não foram efetuadas diligências no sentido de se apurar a verdade material dos fatos, partindo o lançamento unicamente de notas fiscais de mercadorias remetidas por unidades localizadas em outros Estados da Federação e na legislação de tais Estados; c) a presunção é totalmente irrazoável, já que não demonstrou sequer se os remetentes fariam jus aos benefícios fiscais outorgados por outros Estados, se teriam optado por tal benefício e se necessariamente utilizaram de tais benefícios, já que estes não eram de aplicação obrigatória e*

exigiam sempre o cumprimento de diversos requisitos.

Frisa que para demonstrar que a irrazoabilidade do lançamento, a Fiscalização chega ao absurdo extremo de enquadrar a filial da empresa localizada em Viana/ES (CNPJ nº 01.838.723/0113-23), que é uma comercial atacadista, como se tivesse usufruído de um benefício exclusivamente destinado às indústrias (art. 530-L-R-B do RICMS/ES), ou mesmo os casos de Goiás, em que a Fiscalização aponta que a estabelecimento sob o CNPJ nº 01.838.723/0291-09 ou mesmo os de CNPJ nºs 01.838.723/0308-91 e 01.838.723/0173-64 teria se beneficiado de créditos presumidos e/ou redução de base de cálculo referente a abate, produção e industrialização de carne (entre outros), ignorando totalmente o fato de que tais estabelecimentos se dedicam, preponderantemente, à fabricação de lácteos e os últimos são comerciais atacadistas, sem praticar qualquer atividade de abate ou industrialização, não podendo fazer jus aos referidos benefícios fiscais imputados no Auto de Infração.

Afirma que outro flagrante equívoco cometido pela Fiscalização foi o fato de que não houve sequer a apuração das mercadorias, que tiveram os créditos de ICMS glosados, que ensejariam a possibilidade da utilização dos benefícios fiscais, tendo sido objeto da autuação todas às operações oriundas dos referidos Estados.

Alega que a Fiscalização, ao efetuar o lançamento, não observou a verdade material, pela ausência da efetiva análise dos remetentes, gerando conclusões absurdas e sem qualquer nexo de validade e legalidade.

Conclusivamente, diz que deve ser reconhecida a nulidade do Auto de Infração, por ter violado o disposto nos artigos 113 e 142 do CTN, e ao art. 5º, LV da Constituição Federal, bem como os princípios da legalidade e da verdade material.

No mérito, sustenta o direito ao crédito de ICMS relativo às entradas de mercadorias/insumos provenientes de outros estados.

Consigna que em conformidade com demonstrativo elaborado pela Fiscalização, anexo ao Auto de Infração, os autuantes presumiram que diversas operações de entradas de mercadorias oriundas dos Estados do Espírito Santo, Minas Gerais e Goiás, se encontravam acobertadas por benefícios fiscais concedidos pelos referidos Estados à revelia do CONFAZ.

Afirma que a Fiscalização não analisou efetivamente se as operações de origem se encontravam acobertadas por algum benefício fiscal, glosando indiscriminadamente os créditos de ICMS escriturados pela empresa que foram objeto de fiscalização, no valor de R\$15.562.924,45, tendo como suporte o rol previsto no Decreto Estadual nº 14.213/2012.

Observa que o ICMS é tributo regido pelo princípio da não-cumulatividade, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado, conforme dispõe o art. 155, II, §2º, I, da CF/88 e arts. 19 e 20 da LC nº 87/96.

Acrescenta que as únicas exceções ao princípio da não-cumulatividade se referem às hipóteses de isenção e não-incidência do tributo, nas quais não implicará direito ao crédito para compensação com o montante devido nas operações ou prestações seguintes e acarretará a anulação do crédito relativo às operações anteriores, salvo legislação em contrário, nos termos do art. 155, II, § 2º, II, ‘a’ e ‘b’ da CF/88 e art. 20, §1º da LC nº 87/96, cujas hipóteses não se vislumbraram no presente caso.

Diz que outros benefícios fiscais não impedem o creditamento pela entrada nem impõe o estorno do crédito já escriturado quando da saída da mercadoria, pois se trata de dispositivos constitucional e legal de cumprimento obrigatório pelos Estados, não se admitindo que o Fisco pretenda fazer prevalecer a sua legislação (Lei nº 7.014/96 e Decreto nº 14.213/12) em detrimento da CF/88 e da LC nº 87/96.

Afirma que se não bastasse às disposições veiculadas na CF/88 e na LC nº 87/96, o direito de

crédito independe do pagamento do tributo. Neste sentido, invoca e reproduz trecho de ensinamento de Paulo de Barros Carvalho (CARVALHO. Paulo de Barros. Revista Dialética nº 33, pg. 153-160), o direito ao crédito (...) não decorre da cobrança, nem da incidência nem do pagamento do imposto; nasce da percussão da regra de direito de crédito. (...) a cobrança do tributo na operação anterior torna-se irrelevante para a formação do direito de crédito”.

Ou seja, não é necessário que haja o recolhimento do tributo na operação anterior para que surja o direito de crédito; isso porque, a norma de incidência tributária é diversa da norma de direito de crédito, ou seja, são autônomas; “(...) uma, a obrigação tributária de recolher valores pecuniários aos cofres do Fisco (sujeito-ativo); outra, a do direito subjetivo de crédito em relação à Fazenda Pública (...)”.

Salienta que, em síntese, considerando a incidência do ICMS nas operações interestaduais em nome do autuado, bem como o destaque da respectiva alíquota nas notas fiscais emitidas, deve ser garantido o crédito integral do ICMS destacado, em respeito ao princípio da não-cumulatividade, da legalidade, da segurança jurídica e do estado democrático de direito, previstos na CF/88.

Assinala que se o Fisco Baiano quer se insurgir quanto aos eventuais benefícios fiscais concedidos por outros Estados à revelia do CONFAZ, o instrumento correto para questionar eventual irregularidade da legislação do ICMS de outros Estados, conforme previsão dos arts. 102, I, “a” da Constituição Federal, é a Ação Declaratória de Inconstitucionalidade – ADIN.

Ressalta que é totalmente descabida a imputação do ônus econômico ao contribuinte em relação à disputa fiscal entre os Estados, sendo que a cobrança dos valores pelos Estados de destino deve ser, necessariamente, lastreada em decisão que reconheça a inconstitucionalidade da sua cobrança pelo STF, sendo inadmissível a inclusão da Impugnante em uma guerra fiscal da qual não faz parte.

Alega que, no presente caso, a Fiscalização não demonstrou, em momento algum, a existência de decisão do STF pela inconstitucionalidade dos supostos benefícios fiscais outorgados pelos referidos Estados de origem, motivo pelo qual a glosa dos créditos de ICMS é totalmente infundada. Transcreve voto proferido pela Min. Ellen Gracie (STF, Relatora Ministra Ellen Gracie, Agravo Regimental na Ação Cautelar nº 2.611, DJE 25/06/2010), no Agravo Regimental na Ação Cautelar nº 2.611.

Diz que em mesma linha o entendimento firmado pelo E. STF, a 1ª SEÇÃO DO E. STJ (AgRg no RMS 44.350/MG, AgRg no REsp 1.312.486/MG, EDcl no RMS 32.937/MT, RMS Nº 31.714, RMS 32.453/MT e REsp 1.125.188/MT) que consolidou o entendimento de que a discussão entre os Estados da Federação sobre a guerra fiscal somente pode ser travada pela via judicial, com o afastamento da via administrativa para dirimir o conflito. Neste sentido, diz que o que se extrai do voto do Min. Napoleão Maia proferido neste julgado o entendimento que restou reconhecido pelo STJ: “(...) Meu voto (...) é no sentido de que os Estados que se julguem prejudicados pelo sistema de incentivos periféricos recorrerem à via judicial, e não à via administrativa, para cortar a eficácia da legislação em apreço”.

Salienta que, de fato, o Min. Mauro Campbell destaca neste acórdão que “(...) A circunstância de não ter havido o recolhimento integral do imposto constante do documento fiscal, em razão da existência de favor fiscal concedido pelo Estado de origem ao alienante, não torna o Estado de destino credor da parcela do imposto correspondente ao benefício fiscal”.

Assevera que, além disso, atenta-se ainda, para o fato de que a previsão contida no art. 8º, I da LC nº 24/75, na parte que desconsidera o imposto incidente na operação anterior, viola o princípio da não cumulatividade, não tendo sido recepcionado pela CF/88 ou, quando menos, que as regras previstas neste dispositivo não se compatibilizariam com a LC nº 87/96, conforme decidiu o STJ no RMS 38.041/MG destacado.

Com base nesse entendimento, afirma que não compete ao Fisco da Bahia, na via administrativa,

desconsiderar os créditos de ICMS aproveitados pela Impugnante neste Estado, de cujas operações de remessa sequer restou demonstrado pela fiscalização que houve o aproveitamento de qualquer benefício fiscal na origem.

Esclarece que a fiscalização parte da presunção de que a mercadoria, sendo oriunda de determinado Estado, por si só já estaria abarcada por benefício fiscal, ou seja, a autuação se sustenta (mediante presunção) apenas em um rol de normas jurídicas estaduais sem a necessária vinculação às mercadorias adquiridas pela Impugnante, conforme será demonstrado adiante. Não obstante, mesmo que tivesse ocorrido esta prova pela fiscalização, afirma que não poderia ocorrer a glosa integral destes créditos na via administrativa, na esteira do que decidiu o E. STJ e o E. STF. Verifica, portanto, que a autuação ora combatida não merece prosperar, razão pela qual deve ser afastada integralmente a glosa do crédito de ICMS apropriado pela Impugnante.

Alega irregularidade da glosa dos créditos de ICMS de mercadorias/inssumos adquiridos de outros Estados. Diz que caso não se entenda pelo direito à integralidade do crédito de ICMS destacado nas notas fiscais emitidas em nome da empresa, as glosas em discussão devem ser julgadas improcedentes pelas razões a seguir expostas:

A) DO REMETENTE LOCALIZADO NO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

Observa que Fiscalização glosou crédito de ICMS no valor de R\$670.382,61, decorrente das operações oriundas do estabelecimento da empresa localizado em Viana/ES (CNPJ nº 01.838.723/0113-23), do período de junho/2014, julho/2014 e setembro/2014, sob a presunção de que este estabelecimento teria se aproveitado dos benefícios fiscais previstos no art. 530-L-R-B do RICMS/ES (carga tributária de 1%), no art. 107, XXXII do RICMS/ES (crédito presumido de 90% do saldo devedor do imposto) e no art. 107, XXXIV do RICMS/ES crédito presumido de ICMS de 12% sobre o valor da operação com aves e produtos resultantes do seu abate e com suínos, vedado pelos itens 4.2, 4.4, 4.5 e 4.6 do Anexo Único do Decreto nº 14.213/2012.

Sustenta que a presunção da Fiscalização não merece prosperar, pois benefício fiscal referente ao item 4.2 do Anexo Único do Decreto Estadual nº 14.213/2012 veda que o Contribuinte baiano se aproprie integralmente do crédito de ICMS destacado nas notas fiscais, decorrente de operações realizadas com o Estado do Espírito Santo acobertadas pelo benefício fiscal concedido pelo art. 530-L-R-B do Decreto nº 1.090-R/2012 (RICMS/ES). Reproduz o referido artigo:

“Art. 530- L-R-B. O estabelecimento comercial atacadista estabelecido neste Estado poderá, a cada período de apuração, estornar, do montante do débito registrado em decorrência de suas saídas interestaduais, destinadas a comercialização ou industrialização, o percentual equivalente a trinta e três por cento, de forma que, após a utilização dos créditos correspondentes apurados no período, a carga tributária efetiva resulte no percentual de um por cento.” (destacamos)

Alega, no entanto, que, conforme se verifica dos livros Registro de Apuração de ICMS do período (Doc. 04), o estabelecimento de origem não utilizou o benefício fiscal apontado pela Fiscalização.

Assevera que não se pode admitir que pelo simples fato do estabelecimento de origem desenvolver a atividade de comercial atacadista que o mesmo teria utilizado do benefício fiscal previsto no art. 530-L-R-B do RICMS/ES (item 4.2 do Decreto nº 14.213/2012). Nota que a previsão neste dispositivo é que o contribuinte comercial atacadista poderá estornar o débito registrado em suas saídas interestaduais, o que não foi realizado pelo referido estabelecimento como comprova a Impugnante pela apresentação do seu Livro de Apuração do período (Doc. 04).

Alega, ainda, quanto aos itens 4.4 e 4.5 do Anexo Único do Decreto Estadual nº 14.213/2012, que veda que o Contribuinte se aproprie integralmente do crédito de ICMS destacado nas notas fiscais, decorrente de operações realizadas com o Estado do Espírito Santo acobertadas pelo benefício fiscal concedido pelo art. 107, XXXII do Decreto nº 1.090-R/2012 (RICMS/ES). Reproduz o mencionado artigo:

“Art. 107. Fica concedido crédito presumido: (...)

XXXII - de noventa por cento do saldo devedor do imposto, no período de apuração em que houver saldo devedor, ao estabelecimento exclusivamente industrial localizado neste Estado, que opere com os seguintes produtos, observado o disposto no § 7º:

a) carne e demais produtos comestíveis frescos, resfriados, congelados, salgados, secos ou temperados, resultantes do abate de leporídeos e de gado bovino, bufalino, caprino, ovino e suínos; e

b) demais produtos industrializados resultantes do abate de leporídeos e de gado bovino, bufalino, caprino, ovino e suínos.” (destacamos)

Afirma que conforme se verifica dos livros Registro de Apuração do ICMS do período (Doc. 04), o estabelecimento de origem não utilizou o benefício fiscal apontado pela Fiscalização.

Diz que os benefícios fiscais previstos nas alíneas do art. 107, XXXII, do RICMS/ES (item 4.4 e 4.5 do Decreto nº 14.213/2012) se aplicam a estabelecimentos exclusivamente industriais localizados no território capixaba, o que não é o caso do estabelecimento de origem destes produtos, que é um centro de distribuição (comercial atacadista), conforme atividades discriminadas no cartão CNPJ em anexo (Doc. 05).

Assinala que o item 4.6 do Anexo Único do Decreto Estadual nº 14.213/2012 veda que o Contribuinte baiano se aproprie integralmente do crédito de ICMS destacado nas notas fiscais, decorrente de operações realizadas com o Estado do Espírito Santo acobertadas pelo benefício fiscal concedido pelo art. 107, XXXIV do Decreto nº 1.090-R/2012 (RICMS/ES). Reproduz o citado artigo:

“Art. 107. Fica concedido crédito presumido: (...)

XXXIV - de doze por cento, nas operações interestaduais com aves ou produtos resultantes do seu abate, industrializados ou não, desde que produzidos neste Estado, e com suínos, vedada a utilização de quaisquer outros créditos, devendo o contribuinte estornar os créditos relativos à entrada de insumos ou dos produtos utilizados na sua produção;” (destacamos)

Afirma que se verifica no livro Registro de Apuração de ICMS do estabelecimento de origem (Doc. 04) que não foi apropriado o crédito presumido de 12% sobre o valor da operação de que trata o art. 107, XXXIV, do RICMS/ES. Diz que para a utilização deste benefício, segundo o referido dispositivo legal, o contribuinte deve estornar os créditos relativos à entrada de insumos ou dos produtos utilizados na sua produção, o que não ocorreu no caso como demonstrado em seu livro de apuração, não havendo que se falar na glosa dos créditos de ICMS baseados na mera presunção de utilização do mencionado benefício fiscal. Desse modo, sustenta que comprovada a não utilização dos benefícios fiscais apontados pela Fiscalização, deve ser afastada integralmente a glosa dos créditos de ICMS relativa às operações oriundas do estabelecimento de Viana/ES (CNPJ nº 01.838.723/0113-23).

B) DOS REMETENTES LOCALIZADOS NO ESTADO DE MINAS GERAIS

Salienta que a Fiscalização glosou crédito de ICMS no valor de R\$8.680.421,64, decorrente de operações realizadas entre estabelecimentos localizados em Minas Gerais e o seu estabelecimento, sob a presunção de que teria se apropriado do crédito em valor superior ao permitido, vedado pelos itens 2.1 e 2.11 do Decreto nº 14.213/2012.

Afirma que a presunção da Fiscalização não merece prosperar, pois item 2.1 do Anexo Único do Decreto Estadual nº 14.213/2012 veda que o Contribuinte baiano se aproprie integralmente do crédito de ICMS destacado nas notas fiscais, decorrente de operações realizadas com o Estado de Minas Gerais acobertadas pelo benefício fiscal concedido pelo art. 75, XIV, do RICMS/MG. Reproduz o referido artigo:

“Art. 75. Fica assegurado crédito presumido: (...)

XIV - ao contribuinte signatário de Protocolo firmado com o Estado, mediante regime especial concedido pelo diretor da Superintendência de Tributação, de modo que a carga tributária, nas operações de saída promovidas pelo estabelecimento, resulte em no mínimo 3% (três por cento), observado o disposto no §7º deste artigo; (...)” (destacamos)

Pede que se verifiquem que nos livros Registro de Apuração do ICMS dos estabelecimentos com

CNPJ nº^{os} 01.838.723/0307-00, 20.730.099/0002-75 (a empresa Sadia S/A foi baixado em 31/12/2012 razão da incorporação realizada pela Impugnante), 01.838.723/0194-99 e 01.838.723/0443-37 (Doc. 06 a 09) que não foi apropriado o crédito presumido nas operações de saída, nos termos do art. 75, XIV do RICMS/MG.

Além disso, salienta que para a utilização deste benefício, o contribuinte de origem deveria ser signatário de protocolo firmado com o Estado de Minas Gerais, mediante regime especial concedido pelo diretor da Superintendência de Tributação.

Assevera que em momento algum a Fiscalização fez qualquer prova de que os estabelecimentos de origem tivessem firmado regime especial para utilização deste crédito presumido. Além disso, não há como a Impugnante, fazer prova de algo que não existe (regime especial concedido pelo diretor da Superintendência de Tributação).

Ressalta que para fins de afastar qualquer alegação da Fiscalização com a juntada dos livros Registro de Apuração do ICMS do período deste estabelecimento, esclarece-se que o único crédito presumido utilizado pelo estabelecimento com CNPJ nº 01.838.723/0443-37 foi o previsto no inciso XXI do art. 75 do RICMS/MG, que autoriza a apropriação de um crédito presumido para o estabelecimento fabricante de margarinas apenas nas saídas internas destinadas a estabelecimentos varejistas, de modo que a carga tributária resulte em 7%. Ora, não há qualquer benefício fiscal para operações interestaduais, de modo que não prospera a glosa dos créditos de ICMS decorrentes de operações oriundas deste estabelecimento.

Sustenta que, desse modo, demonstrada a não utilização do benefício fiscal apontado pela Fiscalização, deve ser afastada a glosa dos créditos de ICMS relativa às operações oriundas dos estabelecimentos localizados no Estado de Minas Gerais que não usufruíram do benefício fiscal previsto no art. 75, XIV, do RICMS/MG (01.838.723/0307-00, 20.730.099/0002-75, 01.838.723/0194-99 e 01.838.723/0443-37).

Em relação ao item 2.11 do Anexo Único do Decreto Estadual nº 14.213/2012, que veda que o Contribuinte baiano se aproprie integralmente do crédito de ICMS destacado nas notas fiscais, decorrente de operações realizadas com o Estado de Minas Gerais acobertadas pelo benefício fiscal concedido pelo art. 75, XVI do RICMS/MG, reproduz o referido artigo:

“Art. 75. Fica assegurado crédito presumido: (...)

XVI - ao estabelecimento industrial, nas operações interestaduais com leite pasteurizado tipo “A”, “B” ou “C” ou leite UHT (UAT) destinadas ao comércio, em embalagem que permita sua venda a consumidor final, de modo que a carga tributária resulte em 1% (um por cento), observado o disposto nos §§ 8º e 9º deste artigo. (...)" (destacamos)

Assevera que através das planilhas elaboradas pela Fiscalização, é possível identificar que a glosa dos créditos, no período de dezembro/2012 a dezembro/2014, refere-se às mercadorias oriundas do estabelecimento localizado em Sabará/MG (CNPJ nº 01.838.723/0197-31).

Chama atenção para que se verifique que nos livros Registro de Apuração do ICMS do referido estabelecimento (Doc. 10), que este não apropriou o crédito presumido nas operações de saída, nos termos do art. 75, XVI do RICMS/MG como erroneamente presumiu a Fiscalização, razão pela qual deve ser afastada integralmente a glosa dos créditos de ICMS relativa às operações oriundas do estabelecimento localizado em Sabará/MG (CNPJ nº 01.838.723/0197-31).

C) DOS REMETENTES LOCALIZADOS NO ESTADO DE GOIÁS

Observa que a Fiscalização glosou crédito de ICMS no valor de R\$6.212.120,18, decorrente de operações realizadas entre estabelecimentos localizados em Goiás e o seu estabelecimento, sob a presunção de que a Impugnante teria se apropriação de crédito em valor superior ao permitido, vedado pelos itens 1.12, 1.13, 1.14 e 1.16 do Decreto nº 14.213/2012.

Afirma que a presunção da fiscalização não merece prosperar, sendo que o item 1.12 do Anexo Único do Decreto Estadual nº 14.213/2012 veda que o contribuinte baiano se aproprie integralmente do crédito de ICMS destacado nas notas fiscais, decorrente de operações oriundas

de estabelecimento localizado no Estado de Goiás, acobertadas pelo benefício fiscal concedido pelo art. 11, III do Anexo IX do RICMS/GO:

"Art. 11. Constituem créditos outorgados para efeito de compensação com o ICMS devido:

(...)

III - para os contribuintes industrial e comerciante atacadista, o equivalente ao percentual de 2% (dois por cento) e 3% (três por cento), respectivamente, na saída interestadual que destine mercadoria para comercialização, produção ou industrialização, aplicado sobre o valor da correspondente operação, observado o seguinte (Leis nºs Lei nº 12.462/94, art. 1º, § 4º, II; e 13.194/97, art. 2º, II, "h"): (...)"

Esclarece que ao verificar nos livros Registro de Apuração do ICMS do estabelecimento com CNPJ nº 01.838.723/0291-09 (Doc. 11) que não foi apropriado crédito outorgado nas operações de saída interestadual previsto no art. 11, III do Anexo IX do RICMS/GO do referido estabelecimento, razão pela qual deve ser integralmente afastada a glosa dos créditos de ICMS relativa às operações oriundas deste estabelecimento.

Diz que é possível verificar nos livros de apuração do CNPJ nº 01.838.723/0172-83 que o referido estabelecimento utilizou o benefício fiscal previsto no art. 11, III, do Anexo IX do RICMS/GO. Todavia, o crédito outorgado utilizado na hipótese, conforme prevê a referida legislação e como se comprova nos livros fiscais deste estabelecimento (Doc. 12), foi apropriado à alíquota de 2% e não de 3% como apontado pela Fiscalização, uma vez que se trata de estabelecimento industrial, conforme se comprova pelo seu cartão CNPJ (Docs. 16) e não comerciante atacadista como erroneamente considerou a Fiscalização.

Aduz que, assim sendo, não poderia a Fiscalização presumir que foi aplicada a alíquota de 3% e, por conseguinte, autorizar apenas o crédito de 9% sobre a base de cálculo (item 1.12 do Anexo Único do Decreto nº 14.213/2012), quando na realidade a alíquota prevista para a hipótese de fruição do crédito para este estabelecimento é da alíquota de 2%, o que autoriza a Fiscalização, quando menos, a admitir um crédito de 10% (diferença entre a alíquota interestadual de 12% e o crédito outorgado de 2%).

Salienta que, desse modo, na remota hipótese de não ser afastada integralmente a glosa dos créditos de ICMS referente ao estabelecimento sob o CNPJ nº 01.838.723/0172-83, se faz necessária a correção do valor da glosa dos créditos de ICMS com base na efetiva alíquota do crédito outorgado por ele utilizado (2%), admitindo-se, por conseguinte, que possui o direito ao crédito de 10% sobre a base de cálculo do ICMS nas referidas transferências.

Quanto ao item 1.13 do Anexo Único do Decreto Estadual nº 14.213/2012, que veda que o contribuinte baiano se aproprie integralmente do crédito de ICMS destacado nas notas fiscais, decorrente de operações oriundas de estabelecimento localizado no Estado de Goiás, acobertadas pelo benefício fiscal concedido pelo art. 11, V do Anexo IX do RICMS/GO, reproduz o referido artigo:

"Art. 11. Constituem créditos outorgados para efeito de compensação com o ICMS devido:

[...]

V - para o estabelecimento frigorífico ou abatedor, na saída para comercialização ou industrialização, de carne fresca, resfriada, congelada, salgada, temperada ou salmourada e miúdo comestível resultantes do abate ou da industrialização, em seu próprio estabelecimento de asinino, bovino, bufalino, eqüino, muar, ovinos, caprino, leporídeo e ranídeo adquiridos em operação interna com a isenção de que trata o inciso CXVI do art. 6º deste Anexo ou criados pelo beneficiário do crédito outorgado ou por produtor rural a ele integrado, o equivalente à aplicação de 9% (nove por cento) sobre o valor da respectiva base de cálculo, observado o seguinte (Lei nº 13.453/99, art. 1º, I, "c", 1): (...)"

Afirma que ao verificar nos livros Registro de Apuração do ICMS dos estabelecimentos com CNPJ nºs 01.838.723/0172-83, 01.838.723/0291-09, 01.838.723/0308-91 e 01.838.723/0173-64 (Docs. 11 a 14) não foi apropriado crédito outorgado nas operações de saída interestadual previsto no art. 11, V do Anexo IX do RICMS/GO, como concluiu precipitadamente a Fiscalização.

Observa que a fruição deste benefício é permitida apenas para estabelecimento frigorífico ou

abatedor, de carnes de asinino, bovino, bufalino, equino, muar, ovino, caprino, leporídeo e ranídeo, pois conforme de observa do cartão CNPJ do estabelecimento com CNPJ nº 01.838.723/0172-83 (Doc. 15), referida unidade é frigorífico que tem como atividades o abate de suínos e aves, não se enquadrando no referido benefício fiscal.

Assinala que já o estabelecimento com CNPJ nº 01.838.723/0291-09 (Doc. 11), encerrado em 03/02/2016 em Itumbiara/GO, dedicava-se a atividades de produção de lácteos, não sujeita ao benefício fiscal destinado a frigoríficos e abatedores das carnes expressamente delimitadas no art. 11, V, do Anexo IX do RICMS/GO. Por sua vez, destaca que o estabelecimento com CNPJs nºs 01.838.723/0308-91 e 01.838.723/0173-64 (Doc. 17 e 18) de Aparecida de Goiânia/GO e Rio Verde/GO, respectivamente, são centros de distribuição que se dedicam ao comércio atacadista de carnes bovinas e suínas, leite e laticínios, aves e derivados e produtos alimentícios em geral, ou seja, não é uma unidade abatedora ou frigorífica, não se sujeitando ao benefício imputado pela Fiscalização.

Sustenta que, assim sendo, demonstrada a não utilização do benefício fiscal previsto no art. 11, V do Anexo IX do RICMS/GO, deve ser afastada integralmente a glosa dos créditos de ICMS relativa às operações oriundas dos estabelecimentos de Goiás com CNPJ nºs 01.838.723/0172-83, 01.838.723/0291-09, 01.838.723/0308-91 e 01.838.723/0173-64.

Quanto ao item 1.14 do Anexo Único do Decreto Estadual nº 14.213/2012, que veda que o Contribuinte baiano se aproprie integralmente do crédito de ICMS destacado nas notas fiscais, decorrente de operações oriundas de estabelecimento localizado no Estado de Goiás, acobertadas pelo benefício fiscal concedido pelo art. 11, VI do Anexo IX do RICMS/GO, reproduz o referido artigo:

“Art. 11. Constituem créditos outorgados para efeito de compensação com o ICMS devido:

[...]

VI - para o estabelecimento frigorífico ou abatedor, na saída para comercialização ou industrialização, de carne fresca, resfriada, congelada, salgada, temperada ou salmourada e miúdo comestível resultantes do abate, em seu próprio estabelecimento, de ave e suíno adquiridos em operação interna com a isenção de que trata o inciso CXVI do art. 6º deste Anexo ou criados pelo beneficiário do crédito outorgado ou por produtor rural a ele integrado, o equivalente à aplicação de 9% (nove por cento), sobre o valor da respectiva base de cálculo, observado o seguinte (Lei nº 13.453/99, art. 1º, I, “c”): (...)"

Solicita que se verifique nos livros Registro de Apuração de ICMS dos estabelecimentos com CNPJs nºs 01.838.723/0291-09, 01.838.723/0308-91 e 01.838.723/0173-64 (Doc. 11, 13 e 14) que não foi apropriado crédito outorgado nas operações de saída interestadual previsto no art. 11, VI do Anexo IX do RICMS/GO, como concluiu equivocadamente a Fiscalização. Consigna, ainda, que a fruição deste benefício é prevista apenas para estabelecimento frigorífico ou abatedor, de carnes de ave e suínos.

Salienta que se verifica no cartão do CNPJ do estabelecimento, no caso CNPJ nº 01.838.723/0291-09 (Doc. 16), encerrado em 03/02/2016, em Itumbiara/GO, que a referida unidade dedicava-se a atividades de produção de lácteos, não sujeita ao benefício fiscal destinado a frigoríficos e abatedores das carnes expressamente delimitadas no art. 11, VI, do Anexo IX do RICMS/GO. Acrescenta que, por sua vez, o estabelecimento com CNPJ nºs 01.838.723/0308-91 e 01.838.723/0173-64 (Doc. 17 e 18) de Aparecida de Goiânia/GO e Rio Verde/GO, respectivamente, são centros de distribuição que se dedicam ao comércio atacadista de carnes bovinas e suínas, leite e laticínios, aves e derivados e produtos alimentícios em geral, ou seja, não são unidades abatedoras ou frigoríficas, não se sujeitando ao benefício imputado pela Fiscalização.

Sustenta que, desse modo, demonstrada a não utilização do benefício fiscal previsto no art. 11, VI do Anexo IX do RICMS/GO, deve ser afastada integralmente a glosa dos créditos de ICMS relativa às operações oriundas dos estabelecimentos de Goiás com CNPJs nºs 01.838.723/0291-09, 01.838.723/0308-91 e 01.838.723/0173-64.

No que pertine ao item 1.16 do Anexo Único do Decreto Estadual nº 14.213/2012, que veda que o

Contribuinte baiano se aproprie integralmente do crédito de ICMS destacado nas notas fiscais, decorrente de operações oriundas de estabelecimento localizado no Estado de Goiás, acobertadas pelo benefício fiscal concedido pelo art. 11, XII do Anexo IX do RICMS/GO, reproduz o referido artigo:

Art. 11. Constituem créditos outorgados para efeito de compensação com o ICMS devido:

[...]

XII - para o titular de projeto agroindustrial de avicultura e suinocultura o percentual de 5% (cinco por cento) na operação que destine produto comestível decorrente da industrialização de ave e suíno para os Estados das Regiões Norte, Nordeste, Centro-Oeste e para o Estado do Espírito Santo (Lei nº 12.955/96, art. 7º); (...).

Diz que se verifica que nos livros Registro de Apuração de ICMS dos estabelecimentos com CNPJ nº^{os} 01.838.723/0291-09 e 01.838.723/0308-91 (Doc. 11 e 13) que não foi apropriado crédito outorgado nas operações de saída interestadual previsto no art. 11, XII do Anexo IX do RICMS/GO, como concluiu equivocadamente a Fiscalização.

Acrescenta que, além disso, a fruição desse benefício é prevista apenas para estabelecimento titular de projeto agroindustrial de avicultura e suinocultura, o que não é o caso dos referidos estabelecimentos, pois conforme de observa do cartão CNPJ do estabelecimento com CNPJ nº 01.838.723/0291-09 (Doc. 16), encerrado em 03/02/2016, em Itumbiara/GO, a unidade dedicava-se a atividades de produção de lácteos, não sujeita ao benefício fiscal destinado a titular de projeto agroindustrial de avicultura e suinocultura, nos termos do art. 11, XII, do Anexo IX do RICMS/GO.

Alega que o estabelecimento com CNPJ nº 01.838.723/0308-91 (Doc. 17) de Aparecida de Goiânia/GO, é um centro de distribuição que se dedica ao comércio atacadista de carnes bovinas e suínas, leite e laticínios, aves e derivados e produtos alimentícios em geral, ou seja, não é uma unidade que possui projeto agroindustrial de avicultura e suinocultura, não se sujeitando ao benefício imputado pela Fiscalização.

Sustenta que, assim sendo, demonstrada a não utilização do benefício fiscal previsto no art. 11, XII do Anexo IX do RICMS/GO, deve ser afastada integralmente a glosa dos créditos de ICMS relativa às operações oriundas dos estabelecimentos de Goiás com CNPJs nº^{os} 01.838.723/0291-09 e 01.838.723/0308-91.

Finaliza a peça defensiva requerendo o reconhecimento da preliminar de nulidade e/ou, no mérito, a improcedência do Auto de Infração. Protesta provar o alegado por todos os meios de prova em direito admitidos, inclusive pela juntada de novos documentos, que comprovarão a improcedência da glosa realizada pela Fiscalização. Requer, por fim, caso não considerarem que os documentos constantes nos autos são suficientes para o reconhecimento da improcedência da autuação, a realização de diligência e/ou perícia, nos termos do art. 131, inciso V, alínea “b” do Decreto nº 7.629/1999 [RPAF].

Os autuantes prestaram Informação Fiscal (fls.2.697 a 2.702. Contestam a arguição defensiva de nulidade do Auto de Infração. Afirmam que em nenhum momento a autuação foi baseada em presunção por parte desta Fiscalização para o presente lançamento, mas sim cumprimento ao que determina a legislação estadual e complementar Federal. Salientam que o Decreto nº 14213/2012 estabelece as limitações de crédito fiscal por parte das empresas adquirentes neste Estado, nos percentuais estabelecidos em seu Anexo Único, referente mercadorias contempladas com Benefício Fiscal do ICMS não autorizado por Convênio ou Protocolo, em consonância ao que determina a LC 24/75.

Nesse sentido, invocam e reproduzem vários julgados no âmbito do CONSEF que, segundo dizem, são pacíficos no sentido da legalidade da presente autuação, no caso os Acórdãos CJF Nº 0177-11/15; JJF Nº 0225-01/15; CJF Nº 0514-13/13.

Afirmam que os exemplos acima referidos mostram que cabe ao Contribuinte, que possui suas filiais nas Unidades da Federação elencadas no Decreto nº 14.213/12, provar que efetivamente recolheu aos cofres daqueles Estados a carga tributária lançada a crédito no estabelecimento filial

autuado.

Ressaltam que, no presente caso, nenhuma prova deste recolhimento foi apresentada.

Dizem que o Contribuinte tenta mostrar apenas o livro Registro de Apuração do ICMS, às fls. 105 a 234, com suposta escrituração normal, sem benefício. Contudo, como exemplo, a própria legislação do Estado do Espírito Santo estabelece que no caso do benefício fiscal ora discutido deve a empresa, no caso das saídas interestaduais beneficiadas, fazer uma "apuração em separado". Neste sentido, transcrevem o § 1º do inciso I do art. 530-L-R-B, do Regulamento do ICMS do Espírito Santo.

Consignam que se percebe, claramente, que a intenção de criar procedimentos internos e esparsos por parte do Estado incentivador, que não mostra claramente a apuração do imposto beneficiado. Dizem que o próprio contribuinte poderia mostrar seu efetivo recolhimento naquele Estado, o que não o fez. Acrescentam que poderia mostrar todos os recolhimentos daqueles valores devidos apurados em sua escrita fiscal apresentada.

No que tange à alegação defensiva de que foi indevidamente enquadrada a empresa remetente, filial da defendant no Estado do Espírito Santo, com CNPJ 01.838.723/0113-23, que é comercial atacadista, num benefício daquele Estado que é destinado a empresas industriais, afirmam que simplesmente se equivoca o autuado, pois conforme se verifica do próprio dispositivo do Regulamento do ICMS do ES, art. 530 -L-R-B, transcrito em sua própria defesa, o benefício é destinado, sim, a empresas atacadistas.

Assinalam que, no mesmo ponto, em relação ao Estado de Goiás, observa-se que o autuado tenta confundir o julgamento, ao tentar distorcer a leitura do que diz o Anexo Único do Decreto nº 14.213/12. Dizem que o seu item 1.16 textualmente estabelece que os produtos comestíveis decorrentes da industrialização de ave e suíno ficam com seus créditos limitados a 7% sobre a base de cálculo. Acrescentam que em nenhum momento e em nenhum local se diz que deve a mercadoria ser industrializada pelo remetente, mas remetida por ele. Observam que apenas serve de distinção entre as aves e suíno em estado natural, fresco ou congelado, e seus produtos resultantes da sua industrialização, a exemplo de linguiça, que é um produto resultante desta industrialização.

Em relação à alegação defensiva de que o benefício fiscal do ES constante dos itens 4.4 e 4.5 do Anexo Único do Decreto nº 14.213/12 se refere aos estabelecimentos industriais estabelecidos naquele Estado, conforme art. 107, XXXII, do RICMS local, observam que fatalmente o enquadramento alternativo seria o do item 4.2 do mesmo Anexo, que lista quaisquer mercadorias destinadas de estabelecimentos atacadistas, e com uma restrição maior de créditos, pois fica limitado a 1%, ao invés do aplicado nos itens 4.4 e 4.5, que é 1,2%. Ou seja, um eventual refazimento de demonstrativo geraria aumento do valor da infração.

No tocante à informação trazida pelo impugnante, notadamente em referência ao benefício fiscal do item 1.13 do Anexo Único do Decreto nº 14213/12, em que alega que não é a unidade de GO nem frigorífico nem abatedor, esclarecem que o estabelecimento em questão é frigorífico, sim, pois não há como estocar os produtos perecíveis em questão do item 1.13 sem refrigeração, sem ser frigorificado, quais sejam frango, miúdos congelados, asa de frango, coxa, sobrecoxa, todos congelados. Reproduz o texto do dispositivo citado.

Citam, ainda, o Decreto nº 30.691, de 29 de março de 1952, da Presidência da República, que Aprova o Regulamento da Inspeção Industrial e Sanitária de Produtos de Origem Animal, e conceitua em seu art. 21, § 11, o que é um entreposto-frigorífico:

"§ 11 - Entende-se por "entreposto-frigorífico" o estabelecimento destinado, principalmente, à estocagem de produtos de origem animal pelo emprego de frio industrial."

Sustentam que, dessa forma, não há porque se falar que esta filial remetente do Estado de Goiás não é um estabelecimento frigorífico. Ele pode não ser abatedor, mas o dispositivo do Regulamento do ICMS daquele Estado, trazido pela própria defendant à fl. 45, o seu Art. 11, V,

diz claramente que o benefício é para o estabelecimento frigorífico ou abatedor. Portanto tal incentivo fiscal é destinado à filial da autuada.

Observam que se não fosse estabelecimento frigorífico, salientaria a necessidade de o autuado responder como a empresa estoca esses produtos congelados acima mencionados e que compõem os demonstrativos e planilhas anexadas aos autos, referentes aos benefícios contestados.

Ressaltam que todas as cópias de livros Registro de Apuração do ICMS apresentadas pelo autuado não tem nenhum valor legal, pois a empresa é obrigada a apresentação de seus registros fiscais através da Escrituração Fiscal Digital - EFD, componente do SPED- Sistema Público de Escrituração Digital, instituído pelo Decreto Federal nº 6.022/2007, sendo que todas as cópias apresentadas não foram geradas pelo SPED. Registram que às fls. 235 a 241 constam consultas ao site oficial do SPED com o início da obrigatoriedade de cada filial da empresa, mostrando que estas ficaram obrigadas à apresentação do SPED desde 2009 ou 2010.

Finalizam a peça informativa mantendo na integralidade o Auto de Infração.

A 1ª Junta de Julgamento Fiscal, em face das alegações defensivas aduzidas na sustentação oral na sessão e julgamento, após análise e discussão, deliberou pela conversão do feito em diligência à IFEP COMÉRCIO (fls. 2.708/2.709), a fim de que fossem adotadas as seguintes providências:

REPARTIÇÃO FAZENDÁRIA

1. Intimasse o autuado no seguinte sentido: a) a apresentar e identificar os registros na Escrituração Fiscal Digital (EFD) de cada estabelecimento da empresa envolvido na glosa do crédito fiscal de que cuida o presente Auto de Infração, no período objeto da autuação; b) a apresentar os documentos de recolhimento do ICMS apurado pelos estabelecimentos remetentes, no intuito de comprovar as suas alegações de que os referidos estabelecimentos não utilizaram os benefícios fiscais objetos da glosa dos créditos fiscais, ou seja, que recolheram o imposto efetivamente devido, sem utilização de qualquer benefício fiscal;
2. Caso o autuado atendesse a intimação, encaminhasse o PAF aos autuantes;
3. Contrariamente, em não sendo atendida a intimação, retornasse o PAF ao CONSEF para os devidos fins;

AUTUANTES

4. Caso o autuado atendesse a intimação acima referida, verificassem e analisassem as alegações defensivas, em face da EFD, elaborando, se fosse o caso, novos demonstrativos.

O autuado intimado para atendimento da solicitação contida na diligência se manifestou (fls. 2.7162.728). Após tecer amplas considerações sobre os livros fiscais e os registros do SPED Fiscal, inclusive dos estabelecimentos remetentes das mercadorias, requer a juntada dos documentos solicitados na intimação recebida, bem como reitera seu pedido de que seja julgado integralmente improcedente o Auto de Infração, tendo em vista que os créditos de ICMS foram apropriados em conformidade com a legislação vigente.

Os autuantes se pronunciaram (fls. 2.757 /2.758). Consignam que o impugnante anexou as EFDs e os comprovantes de recolhimento, e diante das análises destes documentos, ainda não restou comprovado que efetivamente o estabelecimento de origem não utilizou os benefícios fiscais nos Estados remetentes das mercadorias. Alegam que, conforme ressaltado na primeira Informação Fiscal, a própria legislação do Estado do Espírito Santo estabelece que no caso do benefício fiscal em discussão, no caso das saídas interestaduais beneficiadas, o contribuinte deve fazer uma **“apuração em separado”**, conforme transcrição que apresentam do § 1º do inciso I do art. 530-L-R-B do Regulamento do ICMS do Estado do Espírito Santo.

Asseveram que existe, ainda, um agravante e elemento comprobatório de que a tese defensiva de que a empresa não se valeu de nenhum benefício fiscal em seus estabelecimentos de origem, pois

quando se analisa o resumo de CFOP de saídas de suas filiais de Goiás, CNPJ 01.838.723/0173-64, exemplificada no mês 01/2014, fl. 2.756, percebe-se que as saídas internas no referido Estado, CFOP 5102, representam apenas 0,28% do total de saídas no mês, haja vista que somaram apenas R\$115.864,32, de um total de saídas no valor de R\$40.135.376,98. Por outro lado, 99,72% das saídas para outros Estados, o que demonstra que o objetivo da empresa ao se instalar nesse Estado não é logístico, mas para fins tributários.

Finalizam mantendo na integralidade o Auto de Infração.

A 1ª Junta de Julgamento Fiscal, após análise e discussão em pauta suplementar, deliberou, por unanimidade, pela conversão do feito em diligência à Assessoria Técnica do CONSEF (ASTEC/CONSEF), a fim de que Auditor Fiscal designado adotasse as seguintes providências:

1. *Em face do não acolhimento pelos autuantes dos elementos - Escrituração Fiscal Digital (EFD) e documentos de recolhimento do ICMS apurado pelos estabelecimentos remetentes - apresentados pelo impugnante no atendimento da diligência anteriormente solicitada, INTIMASSE o autuado a apresentar elementos comprobatórios atinentes a apuração do imposto devido no Estado de origem, especialmente quanto à realização da “apuração em separado” pelos remetentes, conforme salientado pelos autuantes. Na oportunidade, deveria ser entregue ao autuado cópia do termo de diligência;*
2. *Caso o autuado atendesse a intimação acima referida, verificasse e analisasse as alegações defensivas, em face da EFD dos estabelecimentos remetentes; dos documentos de arrecadação; já apresentados e, especialmente, da “apuração em separado”, no intuito de apurar se os remetentes recolheram o imposto efetivamente devido ao Estado de origem SEM UTILIZAÇÃO DE QUALQUER BENEFÍCIO FISCAL, conforme alegado pelo impugnante;*
3. *Elaborasse, se fosse o caso, novos demonstrativos com os ajustes e correções que porventura fossem necessários.*

A Auditora Fiscal da ASTEC/CONSEF cumpriu a diligência. Emitiu o Parecer ASTEC Nº 74/2017 (fls. 2.766. 2.767), no qual consignou, conclusivamente, que não elaborou novos demonstrativos com os ajustes e correções, haja vista que o autuado não apresentou os elementos comprobatórios atinentes à apuração do imposto devido no Estado de origem, especialmente quando da realização da “apuração em separado”, solicitada por esta JJF.

O autuado, cientificado do resultado da diligência se manifestou (fls. 2.783 a 2.785). Registra que após a apresentação da Impugnação, em razão do não acolhimento dos Livros de Apuração dos estabelecimentos remetentes pelas Autoridades Autuantes, na sessão de julgamento realizada em 14/10/2016, os Julgadores desta d. 1ª Junta de Julgamento Fiscal converteram o feito em diligência (fls. 2.708/2.709), determinando a sua intimação para apresentar as EFDs e os documentos de recolhimento de ICMS dos estabelecimentos de origem do período autuado, o que foi cumprido em 28/11/2016.

Consigna que os autuantes não acolheram tais documentos, tendo esta 1ª Junta de Julgamento Fiscal novamente convertido o feito em diligência (fls. 2761/2762), para que intimasse “(...) o autuado a apresentar elementos comprobatórios atinentes a apuração do imposto devido no Estado de origem, especialmente quanto realização da ‘apuração em separado’ pelos remetentes, conforme salientado pelos autuantes. Na oportunidade, deverá ser entregue ao autuado cópia deste termo de diligência. (...)” .

Diz que conforme mencionado na Manifestação à 2ª diligência (12/09/2017), a obrigação acessória que declara os débitos e informa os créditos utilizados na apuração do ICMS atualmente é a Escrituração Fiscal Digital (EFD), mantendo-se, em alguns Estados da Federação, um suporte detalhado das informações nos Livros de Apuração do ICMS.

Acrescenta que, além disso, como demonstrado nos documentos juntados na Impugnação (27/07/2016) e na Manifestação à 1ª Diligência (28/11/2016), os estabelecimentos remetentes não se utilizaram dos créditos presumidos de ICMS como sustentado pelos autuantes.

Salienta que a “apuração em separado”, mencionada pelo r. despacho de diligência, diz respeito a um benefício fiscal previsto especificamente na legislação do Estado do Espírito Santo, no caso

art. 530-L-R-B, §1º, inciso I, do RICMS/ES.

Alega que, conforme sustentado anteriormente, não utilizou o referido benefício fiscal, sendo que o próprio dispositivo legal estabelece que este benefício fiscal é uma opção do contribuinte, como demonstram seus livros de apuração do ICMS e sua EFD do período autuado. Afirma que se não houve aproveitamento deste benefício, é evidente que não estava sujeito à apresentação desta “apuração em separado”.

Ressalta que diversamente do consignado no Parecer ASTEC nº 74/2017, não há qualquer justificativa plausível para não analisar os Livros de Apuração de ICMS e as EFDs dos estabelecimentos remetentes, que possuem as mesmas informações, apenas de uma forma mais detalhada no Livro de Apuração de ICMS, pois neles estão informados os créditos utilizados nos períodos de apuração, que demonstram, de forma inequívoca, a não utilização dos créditos presumidos de ICMS pelos estabelecimentos remetentes.

Conclusivamente, diz que, dessa forma, deve a Autoridade Fiscal dar efetivo cumprimento à Diligência solicitada por esta 1ª Junta de Julgamento Fiscal, com base nos Livros de Apuração do ICMS e da EFD do período autuado, para confirmar as informações prestadas de que não se utilizou dos benefícios fiscais que lhe foram imputados no presente Auto de Infração.

Finaliza reiterando que os seus procuradores, Henrique Gaede (OAB/PR 16.036) e Flávio Augusto Dumont Prado (OAB/PR 25.706) possuem endereço profissional na Rua Eurípedes Garcez do Nascimento, 1281 – Ahú, CEP: 80540-280 – Curitiba/PR e endereço eletrônico (*e-mail*): publicacoes.pr@gsga.com.br, devendo todas as notificações e comunicações relativas a este processo, destinadas aos seus procuradores, serem encaminhadas aos endereços supramencionados.

Um dos autuantes consignou a sua “ciência” sobre o Parecer ASTEC/CONSEF nº 74/2017 à fl. 2.789, tendo apenas sugerido o encaminhamento do PAF ao CONSEF para julgamento.

VOTO

Versa o Auto de Infração em exame sobre o cometimento de infração à legislação do ICMS imputada ao autuado, em face de ter utilizado indevidamente créditos fiscais relativos às entradas interestaduais de mercadorias contempladas com benefício fiscal do ICMS não autorizado por Convênio ou Protocolo nos termos da Lei Complementar nº 24/75.

Inicialmente, no que concerne à arguição de nulidade do lançamento por ter violado o disposto nos artigos 113 e 142 do CTN e no art. 5º, LV, da Constituição Federal, bem como os princípios da legalidade e verdade material, não acolho a pretensão defensiva.

Isso porque, os autuantes agiram em perfeita consonância com as disposições legais no seu sentido mais amplo, haja vista que realizaram o lançamento de ofício em questão na forma prevista no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, bem como com a Lei nº 7.014/96 e, especialmente, seguiram as determinações do Decreto nº. 14.213/12, portanto, respeitaram totalmente o princípio da legalidade.

No tocante ao princípio da verdade material, certamente que as diversas diligências solicitadas por esta Junta de Julgamento Fiscal, inclusive em atendimento às alegações defensivas, afastam por completo qualquer arguição no sentido de inobservância do referido princípio.

No presente caso, o direito de ampla defesa e do contraditório do Contribuinte restou plenamente respeitado, inclusive tendo sido exercido amplamente pelo impugnante, descabendo, desse modo, falar-se em nulidade do lançamento.

Quanto ao pedido de realização de diligência/perícia formulado pelo impugnante, conforme já consignado acima, foram realizadas várias diligências, precisamente três, no intuito de buscar a verdade material dos fatos, inclusive a última sendo realizada pela ASTEC/CONSEF por Auditor

Fiscal estranho ao feito.

Diante disso, com fulcro no art. 147, I, “a”, do RPAF/BA/99, indefiro o pedido de realização de nova diligência.

No tocante à perícia, cabe observar que, no presente caso, a matéria é de pleno conhecimento dos Julgadores que compõem esta Junta de Julgamento Fiscal, sendo, desse modo, desnecessária a participação especial de um perito para solução da lide.

Assim sendo, com fulcro no art. 147, II, “a”, do RPAF/BA/99, indefiro o pedido de perícia.

No mérito, cumpre observar que a Lei Complementar nº 160, de 07 de agosto de 2017, portanto, data posterior à lavratura do Auto de Infração em lide, ocorrida em 30/05/2016, permitiu que, mediante convênio, os Estados e o Distrito Federal deliberassem sobre a remissão dos créditos tributários, constituídos ou não, decorrentes das isenções, dos incentivos e dos benefícios fiscais ou financeiro-fiscais instituídos em desacordo com o disposto na alínea “g” do inciso XII do § 2º do art. 155 da Constituição Federal e a reinstituição das respectivas isenções, incentivos e benefícios fiscais ou financeiro-fiscais.

Em decorrência disso, foi celebrado o Convênio ICMS 190/2017 que estabeleceu os procedimentos e prazos que as unidades federadas deveriam observar para remissão dos créditos tributários decorrentes do uso de isenções, incentivos e benefícios fiscais ou financeiro-fiscais instituídos em desacordo com o disposto na alínea “g” do inciso XII do § 2º do art. 155 da Constituição Federal, bem como sobre as correspondentes reinstituições.

Em cumprimento ao prazo estabelecido no inciso I da cláusula terceira do Convênio ICMS 190/17 - da mesma forma como fez o Estado da Bahia em relação aos seus atos normativos vigentes, por meio do Decreto nº 18.270/18 -, os Estados publicaram, em seus respectivos Diários Oficiais, relação com a identificação de todos os atos normativos citados no Anexo Único do Decreto nº 14.213/12, visando à remissão dos eventuais créditos tributários existentes.

Precisamente, no presente caso, a relação das empresas remetentes constantes da planilha elaborada pelos autuantes indica que a glosa se referiu aos itens 1.12, 1.13, 1.14 e 1.16 do Anexo Único do Decreto nº 14.213/12, decorrente de operações realizadas entre estabelecimentos da empresa localizados em Goiás e o estabelecimento autuado. Aos itens 2.1 e 2.11 do Anexo Único do Decreto nº 14.213/12, decorrente de operações realizadas entre estabelecimentos da empresa localizados em Minas Gerais e o estabelecimento autuado. E aos itens 4.2, 4.4, 4.5 e 4.6 do Anexo Único do Decreto nº 14.213/2012, decorrente de operações realizadas entre estabelecimentos da empresa localizados no Estado do Espírito Santo e o estabelecimento autuado.

Os referidos itens dizem respeito a benefícios concedidos, por meio de suas legislações internas específicas - Leis e Regulamentos do ICMS - pelos Estados de Goiás, Minas Gerais e Espírito Santo que, visando remissão dos créditos tributários, publicaram atos normativos - indicando os benefícios que constam do Anexo Único do Decreto nº 14.213/12 - em atendimento ao comando estabelecido no inciso I da cláusula segunda do Convênio ICMS 190/17.

Assim é que, visando remissão dos créditos tributários, em atendimento ao comando estabelecido no inciso I da cláusula segunda do Convênio ICMS 190/17, o Estado de Goiás publicou o Decreto nº 9.193, em 20 de março de 2018; o Estado de Minas Gerais publicou o Decreto nº 47.394, em 26 de março de 2018; e o Estado do Espírito Santo publicou a Portaria nº 09-R/18.

Em consonância com a materialização pelas unidades federadas da celebração do referido convênio e do cumprimento dos procedimentos e prazos nele estabelecidos, o Estado da Bahia por meio do Decreto nº 18.219 de 26/01/2018, publicado no DOE de 27/01/2018, revogou o Decreto nº 14.213/2012, visando a não exigência fiscal sobre as isenções, incentivos e benefícios fiscais ou financeiro-fiscais relacionadas em seu Anexo Único em alinhamento com a convalidação dos atos instituídos por todas as unidades federadas, nos termos da Lei Complementar nº 160/17 e do Convênio ICMS 190/17.

Diante disso, com base na remissão dos créditos tributários relativos a benefícios instituídos em desacordo com o disposto na alínea “g” do inciso XII do § 2º do art. 155 da Constituição Federal, processado nos termos do Convênio ICMS 190/17, a infração é insubstancial.

Por derradeiro, no que concerne ao pedido do impugnante para que todas as notificações e comunicações relativas a este processo, destinadas aos seus procuradores Henrique Gaede (OAB/PR 16.036) e Flávio Augusto Dumont Prado (OAB/PR 25.706), sejam encaminhadas ao endereço profissional na Rua Eurípedes Garcez do Nascimento, 1281 – Ahú, CEP: 80540-280 – Curitiba/PR e endereço eletrônico (*e-mail*): publicacoes.pr@gsga.com.br, cumpre observar que inexiste óbice para atendimento do pleito pelo órgão competente da repartição fazendária, contudo, ressalto que o não atendimento não implica em nulidade do ato, haja vista que a forma de intimação do Contribuinte se encontra prevista no art. 108 do RPAF/BA/99.

Voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº 269352.3001/16-8, lavrado contra **BRF S/A**.

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

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de maio de 2018.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ - JULGADOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR