

PROCESSO - A. I. Nº 269197.0009/17-0
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e NESTLÉ BRASIL LTDA.
RECORRIDOS - NESTLÉ BRASIL LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0051-04/18
ORIGEM - IFEP – DAT/SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET 26/04/2019

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0060-11/19

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. FALTA DE ESTORNO. SAÍDAS COM TRIBUTAÇÃO INFERIOR ÀS OPERAÇÕES DE ENTRADAS. Comprovado o efetivo estorno, através de débito em notas fiscais complementares, cuja análise reduziu o débito apenas à parte do valor da competência de outubro. Modificada a Decisão recorrida. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**. Recurso Voluntário **PROVIDO**. Auto de Infração **Procedente em Parte**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso de Ofício em razão da Decisão, proferida através do Acórdão nº 0051-04/18, ter desonerado o sujeito passivo de parte do débito imputado, consoante determina o art. 169, I, “a”, do RPAF/99, e de Recurso Voluntário interposto pelo autuado que inconformado com a referida Decisão, tempestivamente, apresenta a peça recursal respaldado no art. 169, I, “b”, do citado regulamento.

O Auto de Infração foi lavrado para exigir o débito de R\$200.198,34, inerente aos meses de outubro e novembro de 2014, sob a seguinte acusação fiscal:

“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%”.

Consta do campo “Descrição dos Fatos”, a título de complemento, que:

“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”.

O Acórdão recorrido julgou o Auto de Infração Procedente em Parte, no valor de R\$82.839,70,

diante das seguintes considerações:

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 quando 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 defendente 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 defendente (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 está 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, atenho-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 Anexos 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, 54582, 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 defendente com ele 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 a 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 estabelecimentos 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 quando 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 cientificá-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.

Por fim, a JJF recorreu de ofício a uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF.

No Recurso Voluntário, às fls. 186 a 190 dos autos, inicialmente, o recorrente aduz que, considerando o valor remanescente e as reduções previstas na Lei nº 13.803/17, optou pelo pagamento do débito desistindo da presente demanda, contudo, foi surpreendido com o Acórdão recorrido que julgou procedente em parte o Auto de Infração, no valor de R\$82.839,70, sob o crivo de que o contribuinte teria quitado somente o débito referente ao mês de outubro/2014, restando em aberto os lançamentos relativos a novembro/2014, ao concluir que os autuantes, quando da informação fiscal, teriam somente realizado exclusão de parte do mês de outubro/2014, mantendo integralmente os lançamentos do mês de novembro/2014.

Sustenta o recorrente que se trata de uma interpretação equivocada da JJF acerca da informação fiscal, tendo em vista que os autuantes analisaram todas as notas fiscais complementares apresentadas e que parte destas se refere ao mês de novembro, conforme mídia eletrônica à fl. 194 dos autos. Afirmar que tal conclusão está claramente demonstrada na informação fiscal, pois os autuantes tiveram o cuidado de citar expressamente os números das Notas Fiscais consideradas em seu cálculo, quais sejam: 54581, 545822, 545823, 54584, 54585 e 54587, as quais se referem ao mês de novembro/2014, cujo texto transcreve.

Assim, o apelante reitera que os próprios autuantes afirmam que realizou novo levantamento com base nas notas fiscais enviadas pelo recorrente (referentes aos meses de outubro e novembro). Logo, não há como concluir que o novo demonstrativo de cálculo contemplava somente lançamentos de outubro, mantendo-se os lançamentos de novembro.

O recorrente salienta que, ainda que restasse dúvida, o que diz admitir somente para argumentar, os próprios autuantes trouxeram a resposta ao consignar que “Após esses ajustes, sobressai o novo demonstrativo suporte do lançamento.”, o que nada mais é o novo valor que deve ser cobrado na ação fiscal, ou seja, o valor remanescente do Auto de Infração, após análise da documentação e do recálculo, cujo demonstrativo de cálculo, anexo à informação fiscal, informa inequivocamente os exercícios fiscalizados de “2014-2016” e consigna o valor total devido de R\$4.415,92.

Diz que tanto é verdade tal conclusão que, ao procurar a SEFAZ para realizar o pagamento do débito cobrado, já com as reduções previstas na Lei nº 13.803/17, recebeu DAE correspondente ao referido valor reduzido em 70%, conforme disposto no art. 2º, II, da referida Lei, totalizando o valor de R\$1.708,90. Por fim, caso haja dúvida, requer que os autuantes esclareçam este ponto.

VOTO

Trata-se de Recurso de Ofício por ter a Decisão recorrida considerado Parcialmente Procedente o Auto de Infração, exonerando o sujeito passivo do débito originalmente exigido em valor superior a R\$100.000,00, conforme previsto à época no art. 169, I, “a”, do RPAF, aprovado pelo Decreto nº

7.629/99, como também de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte no sentido de modificar a Decisão da JJF.

Inicialmente, quanto ao Recurso de Ofício, examinando as peças que integram os autos, depreendo que a desoneração do débito original de R\$200.198,34, ao valor de R\$82.839,70, decorreu do fato de o sujeito passivo ter comprovado, em sede de defesa, a emissão, em 31/10/2014 e 29/11/2014, pelo estabelecimento autuado, de notas fiscais complementares nº: 53571 e 54583 (fls. 93/94), com débito do ICMS nos valores de R\$775.184,42 e R\$329.056,82, relativas às notas fiscais faturadas em outubro e novembro de 2014, de modo a estornar o crédito tomado a mais nas operações de entradas, objeto deste lançamento de ofício.

Também foram apresentadas notas fiscais complementares nº: 53572, 53573, 53575, 54581, 54582, 54584, 54585 e 54587, tendo os autuantes, quando da Informação Fiscal, às fls. 129/130 dos autos, afirmado que:

Identificamos que realmente faltou a exclusão das NFe's referentes aos DANFE's 53571 e 54583 de complementação do ICMS, os demais já não faziam parte do presente levantamento.

No DOC 10 a Defesa apresenta em arquivo magnético com planilhas, que após um novo cotejamento identificamos novas NFe's e que foram complementadas pelos DANFE's 53569, 53570, 53571, 53572, 53573, 53575, 54581, 535822, 54584, 54585, 54587.

Após esses ajustes, sobressai o novo demonstrativo suporte do lançamento:

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

Com fundamento no exposto, pugnamos pela procedência parcial do Auto de Infração sob exame, nos termos propostos.

Portanto, a desoneração ocorreu em razão de o sujeito passivo ter comprovado, conforme análise dos autuantes, quando da Informação Fiscal, de já ter procedido aos estornos dos créditos fiscais apropriados a mais, relativos às entradas de mercadorias ocorridas através das notas fiscais relacionadas às fls. 10 a 24 dos autos, cujos estornos ocorreram através de emissão de notas fiscais complementares, a exemplo das de nºs 53571 e 54583, nas quais fazem constar no campo "DADOS ADICIONAIS" as notas fiscais faturadas, objeto do estorno, relativas aos meses de outubro e novembro de 2014, ora em análise, tendo os autuantes efetivados os ajustes e apurado o valor remanescente de R\$4.415,92, de cujo valor a JJF entendeu ser exclusivo da competência de outubro de 2014 e, por isso, o acrescentou ao débito de novembro de 2014, no valor de R\$78.423,78, perfazendo o débito consignado na Decisão recorrida de R\$82.839,70, objeto que deverá ser analisado no Recurso Voluntário.

Diante de tais considerações, concluo pelo Não Provimento do Recurso de Ofício.

Inerente ao Recurso Voluntário, o mesmo restringe-se ao fato de o recorrente sustentar que o valor remanescente do Auto de Infração é R\$4.415,92, conforme os próprios autuantes apuraram ao consignar que "Após esses ajustes, sobressai o novo demonstrativo suporte do lançamento", e não o valor de R\$82.839,70, conforme firmado na Decisão recorrida ao concluir que o contribuinte teria quitado em parte o débito referente ao mês de outubro/2014, restando em aberto os lançamentos relativos a novembro/2014.

Sustenta o recorrente que se trata de uma interpretação equivocada da JJF, pois na Informação Fiscal os autuantes analisaram todas as notas fiscais complementares apresentadas, dentre as quais parte destas se refere ao mês de novembro, concluindo que "Após esses ajustes, sobressai o novo demonstrativo suporte do lançamento.", o que nada mais é o novo valor que deve ser cobrado na ação fiscal, ou seja, o valor remanescente do Auto de Infração, após análise da documentação e do recálculo, cujo demonstrativo de cálculo, anexo à informação fiscal, informa inequivocamente os exercícios fiscalizados de "2014-2016" e consigna o valor total devido de R\$4.415,92.

Da análise das provas documentais verifica-se a existência das Notas Fiscais Complementares nºs: 53571 e 54583, às fls. 93 e 94 dos autos, com débito do ICMS nos valores de R\$775.184,42 e

R\$329.056,82, nas quais fazem constar no campo “DADOS ADICIONAIS” as notas fiscais faturadas, objeto do estorno, relativas aos meses de outubro e também novembro de 2014, tendo os autuantes efetivados os ajustes e apurado o valor remanescente de R\$4.415,92, porém, apenas à competência de outubro de 2014.

Em consequência, por tratarem de estornos de créditos dos meses de outubro e novembro de 2014, não há valor remanescente no mês de novembro, mas, apenas, quanto à competência de outubro, no valor de R\$4.415,92, conforme apurado pelos autuantes ao consignarem “*após esses ajustes, sobressai o novo demonstrativo suporte do lançamento*”, ou seja, o Auto de Infração remanesce no valor de R\$4.415,92.

Sendo assim, dou PROVIMENTO ao Recurso Voluntário para modificar a Decisão recorrida e julgar o Auto de Infração Procedente em Parte no valor de R\$4.415,92, relativo à competência de outubro de 2014.

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

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e 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\$4.415,92**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo homologar os valores efetivamente recolhidos, conforme fls. 161/162 dos autos.

Sala das Sessões do CONSEF, 08 de março de 2019.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – RELATOR

ANA CAROLINA ISABELA MOREIRA - REPR. DA PGE/PROFIS