

A.I. Nº - 269193.0003/21-0
AUTUADO - CERVEJARIAS KAISER BRASIL S.A.
AUTUANTES - GERALDO BARROS RIOS e JOILSON SANTOS DA FONSECA
ORIGEM - DAT NORTE/IFEPNORTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 27/06/2022

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0087-01/22-VD

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. FALTA DE ESTORNO. **1.** ICMS NORMAL. O autuado não efetuou parte do estorno dos créditos fiscais que excederam os subsequentes débitos fiscais com as mesmas mercadorias, adquiridas junto a contribuinte beneficiário do Programa DESENVOLVE, em razão de uso de metodologia de cálculo em divergência com o disposto no inciso II do § 5º do art. 312 do RICMS. Infração 01 subsistente. **2.** FUNCEP. Falta de estorno do crédito fiscal nas aquisições das mercadorias, referente ao valor destinado ao FUNCEP, por falta de lançamento das notas fiscais de transferência ao fornecedor, nos termos do inciso V do art. 312 do RICMS. O autuado comprovou que os lançamentos a débito foram realizados nos meses subsequentes, mas os lançamentos em atraso, referentes a três períodos de apuração, ocorreram após o início da ação fiscal. Infração 02 subsistente em parte. Auto de infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O auto de infração em lide, lavrado em 23/09/2021, formaliza a exigência de ICMS no valor total de R\$ 23.578.636,25, em decorrência das seguintes infrações:

Infração 01 (01.05.29) - deixou de efetuar estorno de 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, ocorrido nos meses de novembro de 2019 a abril de 2020 e de agosto a dezembro de 2020, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 17.409.813,59, acrescido de multa de 60%, prevista na alínea “f” do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96. Acrescentou que esta infração se refere exclusivamente à parcela do ICMS Normal.

Infração 02 (01.05.29) - deixou de efetuar estorno de 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, ocorrido nos meses de novembro de 2019 a março de 2020 e de outubro e novembro de 2020, acrescido de multa de 60%, prevista na alínea “f” do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96. Acrescentou que esta infração se refere exclusivamente à parcela do FECEP Normal, em alusão ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza – FUNCEP, o qual entende que não pode ser utilizado pelo autuado.

O autuado, através de representante legal, apresentou defesa das fls. 21 a 43, demonstrando a sua

tempestividade. Disse que possui regime especial que autoriza a transferência de créditos fiscais para a HNK BR Indústria de Bebidas LTDA, nos termos dos arts. 301 e 312 do RICMS.

Explicou que compra da empresa HNK mercadorias por ela produzidas, sujeitas à antecipação tributária, para comercialização dentro da Bahia e para outras unidades da federação. Em razão dessas operações, pode acumular créditos fiscais ou ter direito a ressarcimento quando as mercadorias são destinadas a outras unidades da federação, podendo transferi-los para a HNK, conforme estabelecido nos Regimes Especiais nº 29.166/2018 e 1.559/2020, concedidos com base no inciso V do art. 312 do RICMS.

Destacou que somente após a venda das mercadorias pode efetuar os estornos do ICMS antecipado e do normal, nos termos dos art. 301, 306 e 312 do RICMS, pois poderá mensurar o valor que deverá ser ressarcido ou transferido. Ressaltou que cumpriu a legislação na emissão de notas fiscais de ressarcimento e de transferência, que foram previamente validadas pela SEFAZ, conforme documentos das fls. 78 a 96. Apresentou tabela com notas fiscais às fls. 33 e 34 para demonstrar que efetuou o estorno correto do ICMS destinado ao FUNCEP.

Reclamou que as planilhas do auto de infração estão quase ininteligíveis para apontar as supostas informações relacionadas às operações de saída, não tendo sido anexado qualquer informação acerca da metodologia aplicada, cerceando o seu direito de defesa.

Entendeu que o Fisco determina o valor do crédito de entrada a partir das informações das operações de saída e, para tanto, arbitra um valor médio ponderado do crédito por produto.

Explicou que todo mês confronta a quantidade de mercadorias que entrou no estabelecimento com a quantidade que saiu em operações interestaduais. Ao verificar a relação entre as saídas internas e as interestaduais, obtém um percentual que é aplicado sobre o valor do crédito de entrada e determinado o montante que pode ser utilizado e aquele que deve ser estornado.

Acrescentou que o fisco desconsiderou que a apuração de agosto de 2020 é um reflexo da apuração de maio, junho e julho de 2020. Alegou que havia acordado verbalmente com a autoridade fiscal responsável pelo acompanhamento de sua situação fiscal acerca da alteração das datas de corte de apuração para o estorno do imposto no período de maio a agosto de 2020, passando para: 01/05/2020 a 25/05/2020; 26/05/2020 a 25/06/2020; 26/06/2020 a 20/07/2020; e 21/07/2020 a 31/08/2020. Em razão disso, os autuantes levantaram uma suposta apropriação indevida em agosto de 2020. Disse que essa situação pode ser comprovada pela análise das notas fiscais de transferência nº 18.044, 20.804, 22.192 e 24.101.

Requeru a realização de perícia fiscal dos documentos anexados aos autos, apresentando os seguintes quesitos:

- 1 – queira o Sr. Perito esclarecer se a impugnante à época dos fatos contidos na autuação fazia jus ao regime especial de transferência de créditos acumulados;
- 2 – sendo positiva a resposta, queira o Sr. Perito esclarecer se houve autorização para o estorno dos créditos fiscais de ICMS e se foram concluídas as transferências de créditos de ICMS para a remetente no período autuado. Favor elencar o exato momento autorizado pela SEFAZ neste período;
- 3 – queira o ilustre Sr. Perito apontar se os valores dos créditos que a impugnante deixou de apropriar no período de maio, junho e julho de 2020, em razão das datas de corte diferenciadas que estão refletidas na apuração da EFD (01/05/2020 a 25/05/2020; 26/05/2020 a 25/06/2020; 26/06/2020 a 20/07/2020; e 21/07/2020 a 31/08/2020) são suficientes para cobrir o suposto valor excedente de crédito fiscal de agosto de 2020;
- 4 – queira o ilustre Sr. Perito esclarecer qual a metodologia de cálculo utilizada pelo Fisco para apurar o suposto valor correto do valor utilizável, analisando-se as operações de entrada e saída.

O autuante Geraldo Barros Rios apresentou informação fiscal das fls. 108 a 113. Em relação às planilhas anexadas aos autos, disse que tomou por base planilha desenvolvida na IFEP NORTE para efetuar os cálculos decorrentes das saídas interestaduais de produtos antecipados na operação de entrada. Alegou que a complexidade referida pelo autuado decorre do próprio

sistema tributário brasileiro. Afirmou que a origem dos dados na planilha é da EFD do contribuinte, principalmente o registro 0220.

Destacou que o autuado possui regime especial para transferir à HNK o crédito fiscal excedido, nos termos do inciso V do art. 312 do RICMS. Assim, poderia utilizar como crédito fiscal o imposto incidente na operação de aquisição mais recente das mesmas mercadorias, limitado ao valor do imposto devido na saída. Para as mercadorias com alíquota na entrada de 27%, o limite de utilização como crédito fiscal é o imposto da saída e o excedente poderá ser transferido para a HNK para compensar na apuração do DESENVOLVE. Já o imposto anteriormente antecipado, vinculado às saídas interestaduais, poderá ser resarcido integralmente junto à HNK.

Afirmou que o autuado, por sua vez, soma o valor do débito do ICMS nas saídas interestaduais (ICMS utilizável) ao valor do crédito do ICMS que excedeu ao débito nas saídas interestaduais (ICMS transferível) e lança como ajuste a crédito na EFD no mês da saída para outra UF. No mês seguinte, o valor do crédito do ICMS que excedeu ao débito nas saídas interestaduais no mês anterior é lançado como ajuste a débito e transferido para a HNK, mediante processo, utilizando no conta-corrente parcela eventualmente não transferida. Explicou, ainda, que o valor do ICMS destinado ao FUNCEP, é lançado no ajuste a crédito no mês da saída para outra UF e lançado a débito no mês seguinte quando da transferência para a HNK, mediante processo. Por fim, esclareceu que o ICMS ST, inclusive a parcela do FUNCEP, são resarcidos mediante processo com emissão de nota fiscal com CFOP 5602.

Ressaltou que a planilha denominada “Cred. a utilizar_Ent.c Benef.Fisc. S.T. ...” contém os valores do ICMS utilizável, do ICMS transferível, do ressarcimento ST, do “Fecep NO” e do “Fecep ST”, em alusão ao FUNCEP, de cada nota fiscal. Explicou a forma de apresentação da planilha, identificando os valores de cada campo.

Disse que a planilha denominada “CRÉDITO Aprop. e Utilizável_CONSOLIDAÇÃO”, às fls. 08 e 09, é um resumo das planilhas analíticas. Estranhou que o autuado jamais questionou as planilhas anexadas aos autos durante o curso da ação fiscal.

Em relação às notas fiscais apresentadas pelo autuado para demonstrar o correto procedimento nas transferências vinculadas ao FUNCEP, disse que as referidas notas fiscais não continham destaque do ICMS, não se constituindo como débito do ICMS. Apresentou cópia do campo relativo ao ajuste a débito e a crédito da EFD do autuado. Disse que as notas fiscais nº 44881, 43140, 41264 e 39325 não se encontram escrituradas na EFD dos exercícios fiscalizados e as notas fiscais nº 15968, 28660 e 31282 foram escrituradas, mas não houve comprovação do lançamento de ajuste a débito.

Em relação aos resarcimentos da ST, disse que após apresentação de solicitação pelo contribuinte a autorização é dada sem efeito homologatório, sendo posteriormente designado um auditor fiscal para fazer as devidas verificações.

Alegou desconhecer qualquer acordo verbal entre o Fisco e o autuado para cumprimento do disposto na legislação tributária em relação à transferência dos créditos fiscais objeto deste auto de infração. Disse que se ocorreu lançamentos de créditos fiscais em valores inferiores ao que tinha direito em maio, junho e julho de 2020 deverá solicitar um lançamento extemporâneo na forma prevista no RPAF.

Presente à sessão de julgamento o representante do autuado, o Advogado Dr. Fernando Westin Marcones Pereira OAB/BA 212.546.

VOTO

Incialmente, verifiquei que foram observados todos os requisitos que compõem o auto de infração, previstos no art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), Decreto nº 7.629/99.

O presente auto de infração exige ICMS em razão da falta de estorno de crédito fiscal decorrente de aquisições junto a contribuinte industrial, beneficiário de incentivo fiscal concedido por este Estado, no valor que excede ao imposto devido na saída subsequente da mesma mercadoria.

Indefiro o pedido de perícia fiscal visando responder aos quesitos trazidos pelo autuado. Todos os

questionamentos serão abordados no presente voto, sem necessidade de se recorrer a qualquer tipo de perícia.

Discordo da alegação de cerceamento de defesa, que poderia levar à decretação de nulidade do presente auto de infração, em razão de suposta ininteligibilidade das informações constantes nas planilhas com os demonstrativos de débito. Os autuantes trouxeram a demonstração do valor do crédito que extrapolou o valor do débito, calculado em relação a cada nota fiscal de saída, em comparação com a nota fiscal de aquisição mais recente da mesma mercadoria, conforme metodologia estabelecida no inciso II do § 5º do art. 312 do RICMS (CD à fl. 12).

A norma contida no inciso V do art. 312 do RICMS, indicada no enquadramento legal deste auto de infração, obriga o autuado a efetuar o estorno do crédito fiscal no valor que exceder ao débito na subsequente saída da mesma mercadoria. Este dispositivo buscou evitar que o contribuinte beneficiário de incentivo fiscal potencializasse o benefício concedido, efetuando uma triangulação das operações destinadas a outras Unidades da Federação.

O presente auto de infração é dividido em duas infrações com a mesma descrição. A separação decorreu da forma inusitada como o autuado calculou o valor do ICMS passível de estorno, que foi objeto de transferência para o fornecedor das mercadorias. O autuado separou o valor dos créditos fiscais nas aquisições das mercadorias, cujo valor do ICMS era destinado ao FUNCEP, correspondente a 2% do ICMS destacado nos documentos fiscais de aquisição. Assim, a infração 01 apurou o imposto estornável proporcional aos créditos fiscais calculados pela alíquota de 25%, e a infração 02, os créditos calculados pela alíquota de 2%.

Foram produzidos pelos autuantes, em relação aos períodos de apuração em cada ano, um demonstrativo analítico calculando o estorno devido em relação a cada saída interestadual realizada, um demonstrativo com o cálculo das devoluções ocorridas para efeito de ajuste do valor estornável, e um demonstrativo sintético com a apuração do imposto devido.

Importante destacar que a metodologia aplicada pelos autuantes tem respaldo no disposto no inciso II do § 5º do art. 312 do RICMS, que estabelece que na determinação do valor a ser estornado, quando houver mais de uma aquisição ou prestação e não for possível determinar a qual delas corresponde a mercadoria ou ao serviço, o crédito a ser estornado deverá ser calculado mediante a aplicação da alíquota vigente na data do estorno, sobre o preço mais recente da aquisição do mesmo tipo de mercadoria ou do serviço tomado.

Em relação à infração 01, o montante apurado corresponde à diferença entre o valor do ICMS destacado nas notas fiscais de aquisição, que poderia ser utilizado pelo autuado na compensação com os débitos decorrentes de suas operações normais, e o valor do ICMS que efetivamente foi compensado em cada período de apuração. Esta diferença, portanto, deveria ter sido objeto de transferência para o fornecedor, nos termos do inciso V do art. 312 do RICMS, e nunca compensado com seus débitos fiscais, implicando em descumprimento de obrigação principal.

O método adotado pelo autuado para apuração do valor que deveria ser estornado mediante transferência para o fornecedor, que consistiu em obter um percentual a partir da relação entre as quantidades de determinada mercadoria remetida para outros Estados e as quantidades totais adquiridas, para depois aplicar sobre o valor total do crédito fiscal das entradas, não encontra guarida na legislação, que disciplina a metodologia a ser aplicada no § 5º do art. 312 do RICMS.

Também não é possível acatar a alegação do autuado, de que firmou contrato verbal com preposto do fisco não identificado, para considerar que os períodos de apuração dos meses de maio, junho, julho e agosto de 2020 seriam em datas especiais. O cálculo do imposto devido partiu de apurações realizadas em cada período de apuração, conforme estabelece a legislação.

O presente auto de infração não questiona o direito do autuado em transferir os créditos estornáveis para o fornecedor, tal como previsto nos regimes especiais concedidos. As autorizações concedidas não possuem efeitos homologatórios, conforme destacado na própria autorização, e em nada afeta a presente exigência fiscal, pois o montante exigido na infração 01 deste auto de infração, representa uma parcela dos créditos fiscais que também deveria ter sido transferida, ou seja, o valor transferido pelo autuado estava aquém daquele que efetivamente deveria ter sido transferido ou estornado. Infração 01 subsistente.

Em relação à infração 02, a lide não consiste em divergência acerca do valor transferido, correspondente ao crédito fiscal nas aquisições de mercadorias, calculado pela alíquota de 2% e destinado ao FUNCEP, mas em relação ao fato de não existir destaque de ICMS nas respectivas notas fiscais, nem comprovação de lançamento a débito na apuração do imposto, configurando o não estorno do respectivo crédito fiscal.

Entretanto, o autuado trouxe na sessão de julgamento cópias do registro de apuração do ICMS, constantes na EFD, em que comprova que os valores exigidos foram efetivamente lançados a débito nos meses subsequentes, conforme documentos das fls. 125/155.

Da análise dos autos e dos documentos apresentados na sessão de julgamento, verifiquei que a ciência do autuado acerca do início da ação fiscal que culminou com a lavratura do presente auto de infração ocorreu em 10/05/2021, conforme documento à fl. 05, e as exigências fiscais de 30/11/2019, 31/12/2019 e 31/01/2020 somente tiveram seus lançamentos a débito efetuados pelo autuado em junho e julho de 2021, conforme atestado pelo autuante em informação trazida por escrito na sessão de julgamento, anexado às fls. 125/155, a seguir reproduzida em parte:

“1 – Referente ao mês 11/2019 – a defesa apresentou documento que mostra que o Ajuste a Débito na EFD do contribuinte deu-se em 07/2021. Encontrava-se sob Ação Fiscal, portanto. Creio que este fato está pacificado neste Colendo CONSEF, e é na direção de que provas constituídas após o início da fiscalização não se prestam a elidir as imputações dela decorrentes. Acrescento que o processo que estribou tal lançamento é o de nro. 013.1369.2021.0028281-33 (SEI) e a N.F. a ele apensada é a de nro. 44881, de 27/07/2021. Manifesto-me pela manutenção das infrações 01 e 02, para esse mês.

2 – Referente ao mês 12/2019 – a defesa apresentou documento que mostra que o Ajuste a Débito na EFD do contribuinte deu-se em 06/2021. Encontrava-se sob Ação Fiscal, portanto. Acrescento que o processo que estribou tal lançamento é o de nro. 013.1369.2021.0024642-63 (SEI) e a N.F. a ele apensada é a de nro. 43140, de 30/06/2021. Manifesto-me pela manutenção das infrações 01 e 02, para esse mês.

3 – Referente ao mês 01/2020 – a defesa apresentou documento que mostra que o Ajuste a Débito na EFD do contribuinte deu-se em 06/2021. Encontrava-se sob Ação Fiscal, portanto. Acrescento que o processo que estribou tal lançamento não foi localizado e a N.F. que lastreou o lançamento é a de nro. 41264, de 28/05/2021. Manifesto-me pela manutenção das infrações 01 e 02, para esse mês.”.

Desta forma, a infração 02 fica subsistente em parte no valor de R\$ 2.979.099,72, devendo ser considerado para efeito de compensação da exigência fiscal remanescente, os lançamentos a débito efetuados pelo autuado, conforme a seguir:

DATA DE OCORRÊNCIA	VALOR HISTÓRICO	MÊS EM QUE DEVE SER CONSIDERADO O LANÇAMENTO EFETUADO PELO AUTUADO PARA EFEITO DE COMPENSAÇÃO
30/11/2019	1.097.134,86	JULHO/2021
31/12/2019	1.025.327,86	JUNHO/2021
31/01/2020	856.626,00	JUNHO/2021
TOTAL	2.979.099,72	

Desta forma, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do auto de infração, ficando a exigência fiscal reduzida para R\$ 20.388.913,31.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** do Auto de Infração nº 269193.0003/21-0, lavrado contra **CERVEJARIAS KAISER BRASIL S.A.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$ 20.388.913,31, acrescido de multa de 60%, prevista na alínea “f” do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais previstos na Lei nº 3.956/81, devendo ser homologado como pagamento os lançamentos a débito efetuados pelo autuado nas exigências remanescentes da infração 02.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a” do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 18.558/18, com efeitos a partir de 18/08/18.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 27 de maio de 2022.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS - PRESIDENTE

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ – RELATOR

LUIS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA - JULGADOR