

PROCESSO - A.I. Nº 00576312/96
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - CIBA GEIGY DA BAHIA S/A
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 4ª JJF nº 2174-04/01
ORIGEM - INFAZ CAMAÇARI
INTERNET - 20.02.02

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0051-11/02

EMENTA: ICMS. 1. BASE DE CÁLCULO. **a)** TRANSFERÊNCIA DE PRODUTOS COM PREÇOS INFERIORES AO CUSTO DE PRODUÇÃO. Nas operações de transferências, a base de cálculo do imposto é a prevista no art. 70, III, da Lei nº 4825/89. **b)** IMPORTAÇÃO. APLICAÇÃO ERRÔNEA DA TAXA DO DÓLAR E NÃO INCLUSÃO NO CÁLCULO DO IMPOSTO DAS DESPESAS ADUANEIRAS. Procedimento em desacordo com a legislação. Efetuada a correção no cálculo do imposto nas infrações 1 e 2. Mantida a Decisão Recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Refere-se a Recurso de Ofício apresentado pela 4ª Junta de Julgamento Fiscal em relação ao Acórdão nº 2174-04/01 que decidiu pela Procedência Parcial do Auto de Infração em referência.

Originalmente o Auto de Infração exige ICMS no valor de R\$33.757,56, em razão de :

A. Falta de recolhimento do imposto no valor de R\$13.068,78, em decorrência de saídas interestaduais de mercadorias com preço inferior ao das planilhas de custo apresentadas pela empresa.

B. Como nos termos do item anterior no valor de R\$20.174,14, em virtude de ter utilizado base de cálculo inferior a real e referente às importações, já que não aplicou a taxa do dólar do dia anterior, além de não incluir na base de cálculo do imposto as despesas aduaneiras.

C. Utilizou indevidamente crédito fiscal do ICMS no valor de R\$514,64, pelo fato da empresa ter usado o valor do ISS destacado em notas fiscais de prestações de serviços e do ICMS referente a produtos adquiridos para uso e consumo do estabelecimento.

O Sr. Relator da 4ª JJF produziu o seu relatório nos termos abaixo reproduzidos :

I – Quanto as razões de defesa : “O autuado em sua peça defensiva de fls. 19 a 31 dos autos concordou com o valor exigido no item C e impugnou o lançamento fiscal no tocante aos itens A e B com os seguintes argumentos:

Item A – não deve prevalecer à autuação, em razão da exigência estar embasada em documentos que não correspondem ao custo histórico médio contabilizado pela defendente. Aduz que o Regulamento do Imposto de Renda, aprovado pelo Decreto nº 1041/94, determina que os contribuintes que mantenham sistema de contabilidade de custo integrado e coordenado com o restante da escrituração, devem avaliar os produtos por eles fabricados pelo custo médio ponderado de produção (nota 424 do art. 236 – Doc. 4), cuja exigência se enquadra o procedimento da defendente, oportunidade em que transcreveu o teor do art. 232, seus incisos I, II e III, do Regulamento acima citado. Assevera que todo final de mês apura o custo histórico médio de cada produto, o qual é utilizado em sua contabilidade para a apuração de resultados e

para valorizar as transferências que serão realizadas no mês subsequente (Docs. 5 a 22). Sustenta ser impossível apurar-se o custo histórico médio dentro do próprio mês em que são feitas as transferências, visto que, só no final do mês, pode a defendente verificar todos os gastos realizados com os itens atrás mencionados. Diz que os valores exigidos pelo autuante estão incorretos, porque o seu trabalho foi feito tendo como base listagens de valorização de Ordens de Produção que representam apenas uma parcela do custo histórico médio de cada produto, o qual levam em conta, ainda, o estoque inicial do produto e outras movimentações ocorridas no estoque. Ressalva que além das incorreções acima, o autuante desobedeceu ao estatuído na alínea “b”, do inciso III, do art. 70, do RICMS/89, a qual determina que nas transferências interestaduais, a base de cálculo do ICMS é o custo da mercadoria produzida, assim entendido a soma do custo da matéria prima, material secundário, acondicionamento e mão de obra, ao agregar na base de cálculo o valor do ICMS. Alega, ainda, que o autuante na ânsia de exigir imposto sabidamente indevido, excluiu o valor do ICMS que não estava incluso no preço unitário constante das notas fiscais de transferências e o incluiu no valor da pseudo diferença encontrada. Frisa que o autuante errou ao afirmar que o preço unitário do primeiro item da Nota Fiscal nº 3727 é de R\$1.580,23, quando, na realidade, é de R\$1.589,23, fato que se repetiu com relação à Nota Fiscal nº 3845, cujo preço correto é de R\$3.997,02, ao invés de R\$3.957,02 (Docs. 23 e 24). Conclui, alegando que é patente a iliquidez e incerteza do crédito tributário constituído, pelo que não deve prevalecer a exigência fiscal.

Infração B – alega que recolheu o ICMS relativo às importações antecipadamente, ou seja, na mesma data em que ocorreu o desembaraço das mercadorias. Diz que apesar de ter recolhido o imposto antecipadamente, o Fisco exige diferença em relação à variação cambial, em desobediência ao que determina o § 15º, do art. 70, do RICMS/89, cujo teor transcreveu em apoio ao alegado. Esclarece que no caso sob enfoque, a lei deixou de definir como infração o não recolhimento do ICMS sobre a variação cambial, desde que o contribuinte recolhesse o imposto antes do fato gerador. Assevera que como houve a antecipação do recolhimento, nada mais justo que se exclua da exigência parcela do ICMS calculado sobre a variação cambial. Frisa para que não se alegue que o fato gerador do ICMS nas importações ocorre na data do desembaraço aduaneiro, a defendente cita a Súmula 577 do STF, que coloca pá de cal no assunto, além das Súmulas nºs. 7, 6 e 3, respectivamente, do TRF – 2ª, 3ª e 4ª Região. Sustenta ser indevida a exigência do ICMS sobre a variação cambial, face à antecipação do recolhimento do imposto, pelo que a sua exclusão do Auto de Infração é medida de justiça. Salaria que, admitindo-se em hipótese, apenas para argumentar, não se aplicar ao caso o disposto no § 15º acima citado, mesmo assim improcede a exigência dessa diferença de imposto, uma vez que os insumos objeto das importações foram utilizados na fabricação de produtos cujas saídas foram integralmente tributadas. É que o imposto foi pago em sua totalidade quando da saída da mercadoria industrializada e o não recolhimento de parte do mesmo na entrada dos insumos importados, nenhum prejuízo trouxe ao Fisco, já que o seu pagamento na entrada, geraria, automaticamente, o direito ao crédito pelo mesmo valor pago, o qual seria compensado com o imposto devido na saída das mercadorias.

Prosseguindo em sua defesa, ainda em relação ao item B, o autuado alega que as despesas de armazenagem e capatazia não são despesas aduaneiras, as quais não devem ser agregadas na base de cálculo do ICMS. Aduz que as despesas aduaneiras são aquelas pagas ou devidas à Repartição Alfandegária, até o momento do desembaraço aduaneiro, enquanto as despesas de armazenagem e capatazia incidem sobre as mercadorias movimentadas nos portos, as quais só se verifica, após o desembaraço aduaneiro. Discorda, também, do autuante, quando incluiu na base de cálculo do ICMS o AFRMM – Adicional ao Frete para Renovação da Marinha Mercante, a título de “demais despesas aduaneiras”, já que se trata de um tributo. Diz que de acordo com o disposto no Decreto-Lei nº 406/68, que estabelece normas gerais de Direito Financeiro aplicável ao ICMS, ao tratar da sua base de cálculo na importação de mercadorias do exterior, manda acrescentar-lhe o

“valor dos impostos de importação e sobre produtos industrializados e demais despesas aduaneiras efetivamente pagas”. Sustenta que os dois únicos tributos que se inserem na base de cálculo do ICMS são o IPI e o Imposto de Importação, eis que para eles há expressa previsão legal, o que não ocorre quanto ao AFRMM. Para espantar qualquer dúvida quanto à natureza jurídica do AFRMM, a defendente transcreveu as fls. 30 e 31 de sua defesa decisões judiciais que dão amparo aos seus argumentos.

Pede, ao final, a improcedência do Auto de Infração quanto aos itens A e B”.

II – Da informação fiscal prestada pelo autuante : “O autuante ao prestar a sua informação fiscal de fls. 61 e 62 dos autos assim se manifestou:

1. sobre a exigência contida no item A, a mesma deve prevalecer, pois está respaldada em planilhas de custo fornecidas pela empresa, das quais, a título de ilustração, faz a juntada no que se refere ao produto EB305715, relativo ao mês de março/94, contido no demonstrativo de mercadorias com valores abaixo do custo, oportunidade em que demonstrou a fl. 61 como chegou ao valor de R\$1.507,24. Aduz que a defesa apresentada, “Data vênua”, está completamente desnorteada quando abriga seu procedimento irregular para com o ICMS, no Regulamento do Imposto de Renda e assevera que a mesma não tem argumento contra a infração cometida. Frisa ser correto o argumento da defesa, quando diz que extraiu os valores de custo das Ordens de Produção, pois é este que dá respaldo a fiscalização conforme preceitua o art. 70, III. Quanto aos demonstrativos de cálculos apresentados pela empresa às fls. 35 a 52, esclarece que não oferecem as informações necessárias à fiscalização. Acerca das Ordens de Produção pertencerem ao mês de saída das mercadorias, entende correta a sua posição, pois a empresa não pode deixar de recolher o ICMS devido, baseada no fato de que só tem o custo de um mês, no início do mês seguinte. Aduz que neste caso, a empresa deveria ter emitido nota complementar de preço para recolher o ICMS corretamente, o que não foi feito. Sobre as notas fiscais citadas pela defesa está correta a afirmação, já que tal fato ocorreu porque as referidas notas estavam com os valores quase apagados, o que dificultou o seu trabalho. Salienta que efetuou as correções devidas, tendo alterado o valor da autuação para menos no valor de R\$19,91 e elaborou outro Demonstrativo de Débito, do qual foi enviada cópia a empresa;

2. quanto ao item B, esclarece que a defesa está dividida em duas partes, a saber:

a) a primeira, fala sobre o recolhimento antecipado, a qual é completamente equivocada quando diz que recolheu o ICMS das importações na data do desembarço. Sustenta que se isto tivesse ocorrido, não haveria infração e a empresa não teria sido autuada, pois a data que considerou para a taxa do dólar foi exatamente a do dia anterior conforme determina o art. 70, III, do RICMS-Ba. A título de ilustração anexa a D.I nº 500253/94, onde no campo 09 do seu Anexo 1, pode ser feita a comparação com o Demonstrativo das Importações à fl. 7. Aduz que a empresa utilizou o dólar fiscal para formar a base de cálculo do ICMS, daí ter ocorrido as diferenças, o qual não encontra guarida no § 15º, do art. 70, do RICMS-BA.;

b) a segunda, que trata das despesas que ocorreram com as importações, as quais estão corretamente valorizadas no Demonstrativo de fls. 6 a 9, a defesa não trouxe argumentos substanciais contra os fatos que geraram a infração. Esclarece que procedeu exatamente como determina o art. 70, VIII, onde está literalmente definido o procedimento, motivo pelo qual não poderia agir de outro modo. Também a título de ilustração, anexa os documentos que utilizou para os valores das despesas ocorridas na importação referente a D.I. nº 500253/94.

3. no tocante ao item C, o mesmo foi aceito pela empresa, conforme Tópico “FATOS” sub item 2.

Pede, ao final, que o Auto de Infração seja julgado totalmente procedente”.

III – Das vistas concedidas ao recorrido : “Face o autuante haver anexado novos documentos, bem como ter elaborado um novo Demonstrativo de Débito quando prestou a sua informação fiscal, a INFAZ-Camaçari intimou o contribuinte para ter vistas do PAF no prazo de dez dias.

Em nova intervenção às fls. 80 a 83 dos autos, o autuado assim se pronunciou:

1. acerca da afirmativa do autuante de que “Quando a defesa diz que extraímos os valores do custo das Ordens de Produção, está correta, pois só estas é que dão respaldo à Fiscalização conforme preceituado no art. 70, inc. III”, diz que o autuante demonstra não estar habituado com a técnica contábil, oportunidade em que demonstrou com um exemplo à fl 80, que o Sr. Fiscal não tem razão em sua assertiva. Salienta que o custo médio do Produto “A” não poderia ser só o valor obtido pelas Ordens de Fabricação ($R\$11.100,00/1.000,00 = R\$11,10$), pois, este valor não considera a quantia correspondente ao estoque inicial. Ressalta não assistir razão também ao autuante, quando afirma que a apuração, no final de cada mês, do custo médio é procedimento irregular e em apoio à sua alegação, transcreve o art. 236, seus parágrafos 1º e 2º, a alínea b, do Regulamento do Imposto de Renda, pelo que considera inquestionável o procedimento adotado pela defendente. Sobre a alegação do autuante, de que “os demonstrativos de cálculos apresentados pela empresa às fls. 35 a 52 do processo não oferecem as informações necessárias à fiscalização”, diz que tais documentos são os Demonstrativos do Cálculo do Custo Histórico e da Contabilização das Movimentações de Estoque, os quais dão suporte à sua contabilidade. Assevera que se os referidos documentos não fornecem as informações necessárias à fiscalização, nenhum outro oferecerá. Quanto à posição do fiscal em que entende correta a determinação da base de cálculo do ICMS pelas Ordens de Fabricação do próprio mês das saídas das mercadorias, como se fosse possível apurar o custo antes do final do mês, demonstra, mais uma vez, desconhecer a técnica contábil, o que não é nenhum demérito, pois as funções que exerce estão voltadas para o campo do Direito. Sustenta que o procedimento adotado pelo fiscal não se aplica aos fatos ocorridos antes de abril/95, ocasião em que foi celebrado o Convênio ICMS 3/95 que, em sua Cláusula Primeira, determina que a base de cálculo do imposto é o valor do custo atualizado da mercadoria produzida. Diz que como o período fiscalizado foi o exercício de 1994, não prevalece a regra acima e sim aquela determinada na alínea “b”, do inciso III, do art. 70, do RICMS;

2. com referência a afirmação do autuante de que a defendente está completamente equivocada quando diz que recolheu o ICMS das importações na data do desembaraço, no entanto, no seu demonstrativo, apresenta como data de recolhimento o dia do desembaraço, pelo que está certa a defendente e não ele. Sobre a inclusão das despesas aduaneiras na base de cálculo do ICMS, a qual segundo o autuante encontra amparo no inciso VIII, do artigo 70, do Regulamento, a defendente, por amor à brevidade, se limitará a transcrever a ementa da decisão dada pelo Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial nº 77.694 – BAHIA, tendo como Recorrente Robert Bosch Ltda. e como Recorrida a Fazenda Pública do Estado da Bahia (doc. 1), cuja decisão põe pá de cal neste item e demonstra, claramente, que a exigência não deve prevalecer.

Ao concluir, espera que se julgue insubsistente a exigência fiscal”.

IV – Do novo pronunciamento pelo autuante : “O autuante em nova manifestação à fl. 90 dos autos, inicialmente, ratifica o Auto de Infração em todos os seus termos, bem como a sua informação fiscal de fls. 61 e 62 e fez as seguintes colocações:

a) esclarece que a sua formação acadêmica é Bel. em Ciências Contábeis e Direito, a qual tem como finalidade escorregar as colocações contidas no item 4, pág. 81;

b) sobre a irregularidade A do Auto de Infração, diz que a empresa insiste em apresentar como argumento o Decreto nº 1041/94, que aprovou o Regulamento do Imposto de Renda, o que evidencia total desconhecimento dos pressupostos básicos do Direito. É que se o RICMS elege um

determinado procedimento, não poderá aquele que está obrigado a obedecer esta norma, deixar de fazer alegando procedimento diverso contido em outro Regulamento. Afirma que o seu procedimento pautou-se dentro do que determina o art. 70, III, “b” do RICMS/89 e que a empresa deveria entender que são regulamentos distintos com finalidades específicas;

c) com referência a irregularidade B, diz que a primeira parte da defesa não apresenta argumentos, apenas faz confusão no item 5 da fl. 82. Quanto a segunda parte, aduz que a empresa não apresenta nenhum argumento, apenas transcreve uma Ementa.

Ao finalizar, pede que o Auto de Infração seja julgado procedente”.

V – Do Parecer emitido pela PROFAZ : “A PROFAZ em parecer à fl. 91v, opina pela procedência do Auto de Infração”.

VI – Da diligência fiscal realizada pelo DICO : “Ao analisar o presente PAF, o então Relator através de despacho à fl. 94, o encaminhou ao DICO, para que fosse verificado o item A da autuação, no sentido de informar se razão assiste ao autuante ou a autuada.

Cumprida a diligência de fls. 95 a 100, o Auditor Fiscal designado fez, inicialmente, um relato da autuação, além de uma síntese da defesa e da informação fiscal do autuante, bem como da diligência fiscal acerca do item A da autuação. Sobre o que foi solicitado pelo Relator, diz que intimou o autuado para que, à luz de sua documentação fisco-contábil pudesse proceder à diligência. Frisa que a documentação apresentada pelo defendente, particularmente no que tange às Ordens de Produção (fls. 108 a 141), apesar da intimação clara e específica (fl. 106) foi incompleta, já que não foram fornecidos quaisquer dados de produção relativos aos meses de julho e setembro. Ressalta que além da ausência dos dados acima, constatou a falta de várias OFM, as quais, a título de ilustração, relacionou à fl. 98. Aduz que ao analisar os documentos acostados aos autos pelo impugnante em sua defesa (fls. 34 a 54), observou que os mesmos padecem dos mesmos defeitos da documentação que foi colocada à sua disposição. Esclarece que de posse da documentação incompleta, só pode analisar parte dos preços unitários apurados pelo autuante (fls. 103 e 104) e nos casos em que não foi possível revisar, adotou o preço utilizado pelo preposto fiscal, oportunidade em que ressaltou que o autuado não apresentou impugnação específica, ou seja, apenas contesta a forma de apuração dos custos, genericamente, sem fornecer demonstrativos. Saliencia que mesmo se acatasse o argumento do autuado, adotando como custo os preços unitários de avaliação por ele contabilizado, ainda assim, o auto persistiria, já que os alegados preços de avaliação final dos estoques, nos meses das transferências, em sua maioria, são superiores aos apurados pelo autuante. Sustenta que a utilização do custo contabilizado pelo autuado nos meses das transferências, em face da não emissão de nota fiscal complementar, conduziria a uma autuação mais severa, com base na análise do quadro comparativo que apresenta à fl. 105. Com relação aos reclamos do impugnante, ao discordar do abatimento do ICMS nos preços de venda, quando da apuração da diferença devida (Coluna g – fl. 5), entende razão lhe assistir. É que o ICMS, como é sabido, faz parte da sua própria base de cálculo, e no caso da transferência, a teor do art. 70, do RICMS/89, o valor da operação é o próprio custo, sem acréscimo, mas, com destaque do imposto, razão pela qual em seus cálculos não repetiu a prática adotada pelo autuante.

Ao concluir, diz que dentro dos limites impostos pela documentação colocada à sua disposição e admitida a ressalva indicada no item 22, entende que o procedimento do autuante foi correto.

Como foram encontradas algumas diferenças, propõe à fl. 100, a redução do valor exigido no Auto de Infração relativamente aos seus seis primeiros itens, para os valores que indica”.

VII – Da concessão de vistas ao autuado e autuante : “Ao retornar o PAF ao então Relator, o mesmo determinou que fosse dado vistas ao autuado e autuante sobre o resultado da diligência

da ASTEC, o que foi cumprido conforme documentos às fls. 145 a 148, no entanto, apenas o preposto fiscal se pronunciou, discordando do trabalho do diligente pelos seguintes motivos:

a) quanto aos cálculos das diferenças entre o preço de saída da mercadoria e o valor do custo, pelo fato de não ter sido retirado do preço de saída o ICMS que está ali incluso. Diz que a não retirada do ICMS do preço de saída para ser comparado com o custo, apresenta uma diferença a menor na base de cálculo e, conseqüentemente, o Estado deixa de cobrar o imposto na operação, oportunidade em que demonstrou à fl. 147 um exemplo prático, tendo como suporte a Nota Fiscal nº 3649, no tocante ao produto EB305715, além de frisar que ao todo são 33 itens;

b) que outros fatos que prejudicaram o trabalho da diligência, foi a constatação de equívocos nos quantitativos indicados no Demonstrativo elaborado de fls. 101 e 102, os quais apontam à fl. 147, que dizem respeito a diferenças das quantidades de saídas.

Ao concluir, pede que o Auto de Infração seja julgado procedente, com base no valor contido no Demonstrativo de Débito às fls. 63 e 64”.

VIII – Da nova diligência realizada pela ASTEC : “Face o pronunciamento do autuante que discordou da conclusão da diligência do DICO, o então Relator em despacho à fl. 150, encaminhou o PAF em diligência a ASTEC, no sentido de esclarecer a quem assiste razão.

Efetivada a diligência de fls. 151 a 154 dos autos, o Auditor Fiscal designado, após fazer uma explanação acerca do que estabelece a IN 51/78, da SRF e de autores sobre a matéria, no tocante a exclusão ou não do ICMS na contabilização das entradas e saídas, entende, pelo que foi exposto, como correta a exclusão do imposto do preço da transferência. Todavia, o diligente diz que paira dúvidas no PAF, no sentido de que no procedimento de auditoria, o autuante teria excluído sobre o custo de produção o ICMS correspondente.

Ao concluir, o diligente sugere a oitiva do autuante no sentido de esclarecer se teria sido ou não excluído do custo o ICMS, devendo o mesmo demonstrar as razões técnicas e jurídicas para embasar o seu entendimento e elabore um novo Demonstrativo do Débito”.

IX – Da diligência requerida a GECEX : “Por entender ser necessário a realização de diligência relativamente ao item B da autuação, por proposta do novo Relator à fl. 159, o PAF foi encaminhado a GECEX, no sentido de trazer aos autos as cópias da DI’s arroladas às fls. 06 a 09, além de solicitar a elaboração de um novo demonstrativo, onde constassem alguns dados que indica.

Cumprida a diligência de fls. 161 a 162 dos autos, as Auditoras Fiscais incumbidas de sua realização, informaram que anexaram a partir das fls. 176, cópias de todas as DI’s relacionadas na planilha elaborada pelo autuante às fls. 06 a 09 e elaboraram um novo demonstrativo de ICMS devido na importação, com base nos documentos apresentados pela empresa e anexados às fls. 163 a 171”.

X – Da nova ciência a autuada e autuante : “Face o resultado da diligência, o CONSEF encaminhou o PAF a INFAZ-Camaçari, para dar ciência ao autuado e autuante, o que foi cumprido conforme documentos às fls. 606 e 608, entretanto, apenas o contribuinte se pronunciou a respeito.

Em nova intervenção às fls. 609 a 612, o autuado fez, inicialmente, um relato dos fatos desde a lavratura do Auto de Infração e seus desdobramentos, oportunidade em que transcreveu parcialmente o teor da diligência de fls. 161 a 162. Alega não concordar com a insubsistência das informações e valores apontados na planilha em anexo, uma vez que só fez elencar índices, valores originários e supostas diferenças, sem, contudo, se dar ao trabalho de trazer ao seu conhecimento o montante do seu suposto débito, revestindo-o ao menos de sua imprescindível

liquidez e certeza, características estas que “tornariam-no” defensável, ou usando os próprios termos da intimação supra, “contra argumentáveis”.”

XI – Do novo pedido de diligência a ASTEC : “Ao retornar o PAF a 5ª JF, por proposta do então Relator, o PAF mais uma vez foi convertido em diligência a ASTEC, para que fossem esclarecidas as questões que indica.

A ASTEC em pronunciamento à fl. 622, diz que as questões trazidas pelo Relator vinculam-se diretamente ao mérito da autuação e, por isso, foge ao campo de investigação do diligente fiscal, pois qualquer resposta que venha a ser dada, enseja decidir pela procedência ou improcedência do Auto de Infração. Aproveitando o ensejo, citou a título de colaboração, alguns acórdãos das Câmaras de Julgamento do CONSEF, além de juntar xerocópias dos Convênios ICMS 03/95 e 66/88”.

XII – Do reenvio do PAF a ASTEC para outra diligência : “Ao ser redistribuído o presente PAF pela Secretaria do CONSEF para este Relator, face o autuado haver discordado do resultado da diligência no tocante à infração A, por ter o diligente utilizado o preço de saída nele incluído o valor do ICMS, bem como considerado quantidades menores de saídas em algumas notas fiscais, foi proposta e aceita pela 4ª JF, a sua conversão em nova diligência a ASTEC para atender o solicitado à fl. 627.

A Auditora Fiscal incumbida de sua realização, através do Parecer nº 0195/2001, após descrever o objeto da diligência solicitada, informou que o autuado foi intimado a apresentar as planilhas de custo conforme intimação à fl. 631, no entanto, não se manifestou.

Esclareceu à fl. 628 como foram realizados os trabalhos diligenciais, tendo concluído que o imposto devido para a infração 1 (A) é de R\$9.744,22 conforme demonstrativo à fl. 630”.

XIII – Do voto proferido pelo o Sr. Relator da 4ª JF : “Da análise das peças que compõem o PAF constata-se que o autuado em sua defesa reconheceu a exigência fiscal relativa à infração C, que trata da utilização indevida de crédito fiscal no valor de R\$514,64, o que comprova o acerto da ação fiscal, pelo que mantenho a autuação.

Acerca das infrações A e B, o autuado impugnou o lançamento fiscal. A seguir, manifesto o meu entendimento a respeito das referidas infrações:

Infração A – reporta-se à falta de recolhimento do imposto no valor de R\$13.068,78, em decorrência de saídas interestaduais de mercadorias com preço inferior ao das planilhas de custo apresentadas pela empresa.

Sobre a defesa formulada, razão assiste em parte ao autuado, uma vez que a diligência da ASTEC de fl. 630 demonstrou que o imposto devido para a infração é de R\$9.744,22, ao invés de R\$13.068,78 cobrado pelo autuante.

Apesar do autuado em sua impugnação inicial, bem como em outras manifestações haver apresentado inúmeros argumentos para contraditar a ação fiscal, considero, no entanto, sem qualquer consistência. É que sobre o assunto, este CONSEF já decidiu através do Acórdão nº CS nº CT 0012/00, da Câmara Superior, relativo a um processo de consulta em que o interessado questionou sobre que valor seria calculado o imposto em operação interestadual de transferência entre estabelecimentos da mesma empresa, cuja decisão foi a de que a base de cálculo nas transferências é o custo da mercadoria produzida, conforme disposto no inciso III, do art. 30, da Lei nº 4825/89.

O fato do autuado não conhecer o custo de produção no próprio mês da transferência, em meu entendimento, não se constituía em óbice para que o mesmo cumprisse o disposto na legislação.

Para tanto, poderia ter utilizado o custo de produção do mês anterior e, após conhecer o custo no mês da transferência, providenciar a emissão de nota fiscal complementar de preço, destacando e recolhendo o imposto correspondente. Ressalto que não acatei o argumento defensivo quando de sua impugnação, segundo o qual o autuante teria incorrido em equívoco ao apurar o custo das transferências, uma vez que ao ser intimado pelo Auditor Fiscal da ASTEC conforme documento assinado à fl.631, para apresentar as planilhas de custos, deixou de atender a referida intimação. De acordo com o disposto no art. 142, do RPAF/99, a recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária com elemento probatório de que necessariamente disponha.

Com base no dispositivo acima, entendo que caberia ao autuado a guarda de todos os registros e documentos, para uma eventual verificação, enquanto perdurasse a presente lide, até o seu desfecho final. Desse modo, considero parcialmente caracterizada a infração no valor de R\$9.744,22.

Infração B – diz respeito à falta de recolhimento do imposto, em virtude de ter utilizado base de cálculo inferior a real e referente às importações, já que não aplicou a taxa do dólar do dia anterior, além de não incluir na base de cálculo do imposto as despesas aduaneiras.

Com referência à defesa apresentada, não concordo com os argumentos esposados, pelos seguintes motivos:

I – é que a diligência da IFESP de fls. 161 e 162, após examinar os documentos apresentados pelo contribuinte, constatou alguns equívocos do autuante e elaboraram uma planilha às fl. 172 a 174, onde demonstraram, individualmente, para cada DI, a forma correta do cálculo do imposto devido sobre as importações realizadas pelo autuado. Ressalto que o autuado ao ser intimado pela INFAZ-Camacari, para se pronunciar a respeito, se limitou a discordar da conclusão da diligência, alegando a insubsistência das informações e valores apontados nas planilhas. Segundo o autuado, a diligência só fez elencar índices, valores originários e supostas diferenças, sem apresentar o montante do seu suposto débito, o que não é verdadeiro. De acordo com os demonstrativos de fls. 172 a 174, elaborados pelas diligentes com base nas planilhas de fls. 163 a 171, foram indicados os valores do imposto devido a cada importação realizada, além dos valores consignados na planilha do autuante e os constantes no Auto de Infração. Assim sendo, como não foi trazido pela defesa qualquer levantamento para contrapor aos elaborados pelas diligentes, considero impertinente às suas alegações;

II – acerca do questionamento do autuado de que nada deve de ICMS, pelo fato de haver recolhido o imposto antecipadamente, o que o dispensa de recolher qualquer complementação em virtude da variação cambial, entendo sem fundamento. É que as diligentes às fls. 161 e 162, esclareceram que os recolhimentos antecipados foram considerados, oportunidade em que indicaram as diferenças por elas apuradas em sua planilha e as do autuante conforme itens “a” a “e”, as quais não foram rebatidas pelo contribuinte ao ser intimado pela INFAZ-Camacari;

III – no tocante a alegação defensiva de que não devem ser incluídas na base de cálculo do imposto as despesas de armazenagem, capatazia e do AFRMM, citando, para tanto, decisões de Tribunais sobre a matéria, esclareço que é pacífico neste CONSEF, o entendimento de que as referidas despesas devem ser agregadas a base de base de cálculo do imposto, com fundamento na Instrução Normativa nº 110/88 e no art. 70, VIII, do RICMS/89.

IV – sobre o argumento defensivo de que nenhum prejuízo causou à Fazenda Estadual, já que se tivesse efetuado o recolhimento do imposto como nos moldes apurados pela fiscalização, teria direito ao crédito fiscal por ocasião da entrada da mercadoria no estabelecimento, considero sem fundamento. Ao não calcular corretamente o imposto devido na importação, o autuado

descumpriu a legislação, cujo procedimento irregular resultou em recolhimento a menos do imposto, o que acarretou prejuízo aos cofres públicos, em razão de que o seu recolhimento é devido no desembaraço aduaneiro, enquanto que o crédito fiscal só é apropriado quando da apuração mensal do imposto pelo regime normal.

Com base na exposição acima, entendo parcialmente correta a exigência fiscal no valor de R\$17.787,13, conforme apurado pela diligência da IFESP, com a qual concordo, cuja cobrança tem respaldo legal no art. 70, VIII, do RICMS/89. Abaixo, demonstro os valores devidos do imposto para a infração:

Ocorrência	Vencimento	Base de Cálculo (R\$)	Alíq.	Valor do ICMS (R\$)	% de Multa
11/01/94	11/01/94	245,00	17%	41,65	50%
12/01/94	12/01/94	7,11	17%	1,21	50%
19/01/94	19/01/94	118,58	17%	20,16	50%
26/01/94	26/01/94	897,23	17%	152,53	50%
07/02/94	07/02/94	1.022,35	17%	173,80	50%
10/02/94	10/02/94	13,24	17%	2,25	50%
18/02/94	18/02/94	715,59	17%	121,65	50%
02/03/94	02/03/94	109,00	17%	18,53	50%
10/03/94	10/03/94	1.217,41	17%	206,96	50%
21/03/94	21/03/94	835,24	17%	141,99	50%
29/03/94	29/03/94	2.939,65	17%	499,74	50%
07/04/94	07/04/94	2.143,35	17%	364,37	50%
12/04/94	12/04/94	403,70	17%	68,63	50%
22/04/94	22/04/94	1.589,06	17%	270,14	50%
09/05/94	09/05/94	1.826,29	17%	310,47	50%
17/05/94	17/05/94	856,35	17%	145,58	50%
24/05/94	24/05/94	1.734,71	17%	294,90	50%
27/05/94	27/05/94	35,65	17%	6,06	50%
07/06/94	07/06/94	5.492,47	17%	933,72	50%
28/06/94	28/06/94	7.079,41	17%	1.203,50	50%
11/07/94	11/07/94	28.783,00	17%	4.893,11	50%
14/07/94	14/07/94	45,70	17%	7,77	50%
01/08/94	01/08/94	6.062,82	17%	1.030,68	50%
03/08/94	03/08/94	1.186,17	17%	201,65	50%
23/08/94	23/08/94	7.950,12	17%	1.351,52	50%
30/08/94	30/08/94	843,29	17%	143,36	50%
02/09/94	02/09/94	1.266,29	17%	215,27	50%
15/09/94	15/09/94	1.114,88	17%	189,53	50%
23/09/94	23/09/94	4.378,29	17%	744,31	50%
29/09/94	29/09/94	2.017,29	17%	342,94	50%
11/10/94	11/10/94	6.141,06	17%	1.043,98	50%
19/10/94	19/10/94	2.639,24	17%	448,67	50%
24/10/94	24/10/94	7.581,94	17%	1.288,93	50%
31/10/94	31/10/94	5.338,65	17%	907,57	50%
Totais		104.630,13		17.787,13	

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração na importância de R\$25.311,45”.

Com base no Voto acima transcrito, a 4ª JJF decidiu pela Procedência Parcial do presente Auto de Infração e, ao teor do constante no art. 169, I, alínea “a”, item 1 do RPAF-BA aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, interpôs Recurso de Ofício à uma das Câmaras de Julgamento do CONSEF.

VOTO

Neste Recurso de Ofício o que se examina é apenas a parte onde ocorreu a sucumbência pelo Estado em relação as infrações A e B.

Analisando as peças que compõem os autos vejo que a 4ª JJF decidiu pela Procedência Parcial dos itens acima mencionados com base em diligências realizadas por diversos órgãos técnicos da SEFAZ , que elaboraram demonstrativos embasando as diligências realizadas, cujos resultados foram do conhecimento do autuante e autuada. A fundamentação do Voto proferido pelo o Sr. Relator da 4ª JJF é bastante abrangente razão pela qual, entendo ser desnecessário adentrar em outras considerações.

Considero correta a Decisão Recorrida ao expurgar parte do débito reclamado nos itens A e B da autuação e, pelo fato de não vislumbrar qualquer elemento que possa ensejar sua modificação, voto pelo NÃO PROVIMENTO deste Recurso de Ofício.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão Recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **00576312/96**, lavrado contra **CIBA GEIGY DA BAHIA S/A**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$25.311,45**, atualizado monetariamente. acrescido das multas de 50% sobre R\$24.796,81 e de 60% sobre R\$514,64, previstas no art 61, II, “a” VIII, “a”, da Lei nº 4825/89, e dos acréscimos moratórios correspondentes.

Sala das Sessões do CONSEF, 07 de fevereiro de 2002.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS – PRESIDENTE

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – RELATOR

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE -REPR. DA PROFAZ