

**PROCESSO** - A.I. Nº 232940.0007/02-7  
**RECORRENTE** - ITAGUASSU AGRO INDUSTRIAL S/A  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JFJ nº 0183-04/03  
**ORIGEM** - IINFAZ SIMÕES FILHO  
**INTERNET** - 01.08.03

## 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0409-11/03

**EMENTA:** ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. TRANSFERÊNCIAS INTERESTADUAIS COM BASE DE CÁLCULO SUPERIOR À PREVISTA. Para fins de utilização de créditos fiscais, nas transferências interestaduais entre estabelecimentos da mesma empresa, deverá ser adotada como valor da base de cálculo o custo de produção. Não acolhida as alegações de inconstitucionalidade. Previsão legal da multa indicada na autuação. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo autuado contra a Decisão da 4ª JFJ, que, por unanimidade, julgou o Auto de Infração Procedente – Acórdão JFJ n.º 0183-04/03 – que exige imposto em decorrência da utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, nas operações interestaduais com base de cálculo fixada pela unidade federada de origem superior a estabelecida em lei complementar, convênio ou protocolo.

Explicou o recorrente que recebe, por transferências de seu estabelecimento fabril situado no Estado de Sergipe, mercadoria (cimento) destinada à comercialização, e se credita do imposto destacado no documento fiscal de entrada, rigorosamente em cumprimento ao princípio da não-cumulatividade, previsto no art. 155, § 2º, I, da Constituição Federal.

Disse que não desconsidera que a lei complementar, lei ordinária, decreto e instrução normativa possam dispor sobre o período de apuração dos créditos, das informações a serem prestadas e outros deveres correlatos, mas o que não podem esses atos normativos é restringir, impedir e anular o crédito, sob pena de aberta violação à Constituição Federal.

Trouxe doutrina de eminentes professores e jurisprudência de tribunais sobre o tema da não cumulatividade.

Mencionou que o crédito apropriado resulta de operação oriunda do Estado de Sergipe, realizada por contribuinte em situação regular perante o Fisco da Bahia, e em total cumprimento à legislação daquele Estado, ressaltando que as mercadorias foram recebidas através de nota fiscal idônea, com o devido destaque do imposto e escrituradas nos prazos regulamentares, e que, no tocante à base de cálculo utilizada para aferir o valor do imposto incidente na operação, foi aplicada a regra imposta pelo Decreto n.º 17.037/97 (RICMS/SE).

Arguiu que não há obrigatoriedade em se aplicar as regras contidas no RICMS da Bahia quanto ao valor a ser aferido como base de cálculo, mas, ao contrário, por força do princípio da

territorialidade, deverá ser aplicada, inquestionavelmente, as regras vigentes no Estado de Sergipe.

Discorreu sobre a inaplicabilidade da multa de 60% em razão da sua natureza confiscatória que, também, afronta os ditames constitucionais.

Concluiu requerendo a Improcedência do Auto de Infração.

A representante da PGE/PROFIS, na sua manifestação, disse que a legislação vigente estabelece com clareza solar que a base de cálculo nas transferências interestaduais não pode ser superior ao custo industrial das mercadorias, excluindo-se desse conceito os custos comerciais e tributários, e que as alegações de ilegalidade e inconstitucionalidade da legislação aplicada, além de impertinentes, não podem ser apreciadas pelo CONSEF, conforme determina o RPAF/99.

Opinou pelo Não Provimento do presente Recurso Voluntário.

## VOTO

Inicialmente, quanto à alegação de inconstitucionalidade de dispositivos da legislação tributária – por restringir o uso do crédito fiscal e pela multa que foi imposta – lembro que falece competência aos órgãos julgadores para declarar a inconstitucionalidade de dispositivo legal (art. 167, I, do RPAF/99).

Assim, até que o órgão competente declare tais dispositivos inconstitucionais, no caso o Supremo Tribunal Federal, para que tal declaração tenha efeito *erga omnes*, estes estão revestidos de constitucionalidade e têm eficácia.

O presente Auto de Infração exige imposto em decorrência da utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, nas operações interestaduais com base de cálculo fixada pela unidade federada de origem superior a estabelecida em lei complementar, convênio ou protocolo.

Vê-se da instrução do processo que as transferências de seu estabelecimento fabril situado no Estado de Sergipe (matriz) de mercadoria (cimento) destinada à comercialização pelo estabelecimento autuado se deram com valores superiores ao custo de produção, apurado com base nos livros diário e razão, colocados à disposição da fiscalização na matriz, bem como no balanço patrimonial e nas demonstrações financeiras.

Ressalto que, em fase recursal, o recorrente não discorda da metodologia adotada pelo autuante para a determinação dos valores do custo e da diferença do imposto creditado a mais, o que implica no reconhecimento tácito da veracidade dos dados ali apontados.

O único argumento do recorrente é que o uso do crédito fiscal estaria amparado pelo princípio constitucional da não cumulatividade e pela regra contida no RICMS/SE.

Primeiro devo dizer que, mesmo a legislação sendo estadual, seguindo o princípio da territorialidade, a mesma não difere da lei baiana, porque arrimada na Lei Complementar nº 87/96.

O art. 13, § 4º, II, da LC n.º 87/96, que serve de esteio para a legislação tanto sergipana como baiana, preconiza que a base de cálculo do imposto, na saída de mercadoria para estabelecimento localizado em outro Estado, pertencente ao mesmo titular, é o custo da mercadoria produzida, assim entendida a soma do custo da matéria-prima, material secundário, mão-de-obra e acondicionamento.

Este mandamento está repetido no art. 30, II, da Lei n.º 7.014/96, e no art. 56, V, “b”, do RICMS/97.

Não há o que se falar no princípio da não cumulatividade, pois o que aqui ocorreu foi a determinação da base de cálculo do imposto em valor superior àquela definida por lei complementar. Seria, então, o caso de repetição de indébito, junto ao Estado de Sergipe, por recolhimento de imposto acima do devido.

A multa aplicada é a prevista no art. 42, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96.

Destarte, estando comprovada a infração, o meu voto é pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário apresentado pelo autuado, para homologar a Decisão recorrida.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão Recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **232940.0007/02-7**, lavrado contra **ITAGUASSU AGRO INDUSTRIAL S/A**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.024.975,50**, sendo R\$964.357,16, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios, mais R\$60.618,34, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a”, da referida lei, e demais acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de julho de 2003.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

CIRO ROBERTO SEIFERT – RELATOR

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO SÉ - REPR. DA PGE/PROFIS