

**A. I. Nº** - 232940.0007/02-7  
**AUTUADO** - ITAGUASSU AGRO INDUSTRIAL S/A.  
**AUTUANTES** - EDUARDO TADEU SANTANA e PAULO CESAR DA SILVA BRITO  
**ORIGEM** - INFAZ SIMÕES FILHO  
**INTERNET** - 27.05.2003

#### 4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO JJF Nº 0183-04/03

**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 e de ilegalidade da legislação tributária estadual. Previsão legal da multa indicada na autuação. Indeferido o pedido de diligência. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 27/12/02, exige ICMS, no valor de R\$ 1.024.975,50, 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.

O autuado apresenta defesa tempestiva (fls. 219A a 230) e, inicialmente, explica que recebe, por transferências de seu estabelecimento fabril situado no Estado de Sergipe, mercadoria (cimento) destinada à comercialização. Diz que se credita do imposto destacado no documento fiscal de entrada e que, na saída da mercadoria, se debita do ICMS correspondente. Para comprovar que os preços de transferência são menores que os de venda, anexou, às fls. 245 a 281, notas fiscais de entradas por transferências e de saídas. Salienta que não se deve confundir preço com custo.

Explica que, segundo os artigos 13, I, da Lei Complementar nº 87/96, e 23, I, “a”, do RICMS-SE, a base de cálculo do ICMS é o valor total da operação de que decorrer a saída da mercadoria. Diz que se apropriou dos créditos fiscais a que fazia jus, relativamente às mercadorias recebidas em transferência e comercializadas com incidência do imposto, o que não merece nenhum reparo. Como base para esse procedimento, invoca os artigos 155, § 2º, I, da Constituição Federal, 3º, § 1º, do Decreto-Lei nº 406/68, 155, II, do CTN, 28, 29 e 31 da Lei 7014/96, e o 93, I, “a”, do RICMS-BA/97.

Alega que a acusação que lhe foi feita é uma falácia, pois não há demonstração dos custos de produção do cimento transferido.

Afirma que o art. 93, § 5º, II, do RICMS-BA/97, extrapola a sua competência ao limitar o direito ao crédito fiscal de ICMS, previsto nos artigos 155, § 2º, I, da Constituição Federal, 19 e 20, da Lei Complementar nº 87/96, 28 e 29, da Lei 7014/96, cujos teores transcreveu. Diz que o Estado da Bahia, contrariando o princípio da legalidade, está exigindo imposto com base em Decreto do Poder Executivo.

Ressalta que os créditos fiscais utilizados são referentes a mercadorias recebidas com notas fiscais idôneas, com destaque do imposto e que foram escrituradas no prazo regulamentar, conforme exige a legislação. Transcreve os artigos 31, da Lei 7014/96, 91 e 92, do RICMS-BA/97.

O autuado alega que a multa de 60% indicada pelos autuantes possui o caráter de confisco, excede qualquer ganho obtido com a operação, alcança o seu patrimônio e reduz a capacidade de continuação do empreendimento. Explica que a penalidade por descumprimento de obrigação tributária só pode alcançar o acréscimo patrimonial que se obteria do negócio jurídico envolvido, sob pena de anular o direito de propriedade (art. 5º, XXII, da Constituição Federal). Salienta que sobre o tributo e a multa se aplicam as vedações constitucionais que asseguram o direito de propriedade. Frisa que o órgão julgador, seja na esfera administrativa ou judicial, tem o poder/dever de afastar a aplicabilidade de normas ilegais e inconstitucionais. Para embasar sua alegação, faz referência a dispositivos legais, transcreve doutrina e cita farta jurisprudência.

Ao concluir a sua peça defensiva, o autuado solicita a realização de diligência para confirmar as suas alegações e, em seguida, pede a improcedência do Auto de Infração.

Na informação fiscal (fls. 286 a 295), os autuantes dizem que o art. 13, § 4º, da Lei Complementar nº 87/96, prevê que a base de cálculo nas saídas de mercadorias 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”. Aduzem que essa regra foi reproduzida nos artigos 17, § 8º, da Lei nº 7014/96, e 56, V, do RICMS-BA/97.

Dizem que os valores dos custos foram extraídos dos livros Diário e Razão do contribuinte, em exame efetuado *in loco*, tendo sido constatado que as transferências foram efetuadas com preços superiores ao custo apurado anualmente.

Os autuantes elaboraram, fls. 289 a 292, planilhas demonstrando que as quantidades produzidas e vendidas mensalmente foram obtidas do livro Razão Analítico, ao passo que o custo das mercadorias foi retirado das demonstrações financeiras constantes no Diário, haja vista que o contribuinte apesar de intimado quatro vezes se negou a apresentar o seu sistema de custo (fls. 10, 12, 13, 14 e 17). O custo unitário de cada ano foi obtido pela divisão do custo total do exercício pela quantidade produzida no ano. Salientam que o autuado não anexou os documentos comprobatórios citados na defesa.

Quanto à multa aplicada, os autuantes afirmam que a mesma se encontra respaldada na legislação em vigor, conforme consta no Auto de Infração.

Ao final da informação fiscal, os autuantes solicitam a procedência do lançamento.

Tendo em vista a juntada do demonstrativo de fls. 289 a 292, o autuado recebeu cópia da informação fiscal e teve o prazo de 10 dias para se pronunciar sobre a mesma.

Nesse novo pronunciamento, o autuado afirma que a base de cálculo do ICMS devido por substituição tributária é o valor da operação, não havendo nenhuma relação com o custo da produção. Assevera que jamais se negou a apresentar quaisquer documentos ou esclarecimentos, porém entende que a solicitação efetuada pelo fisco baiano excedeu ao campo da substituição tributária, única autorizada pelo Estado de Sergipe.

Segundo o autuado, no custo da produção estão incluídos todas os dispêndios necessários à obtenção e distribuição do produto, compreendendo além dos custos as despesas administrativas, comerciais e tributárias. Aduz que o valor da operação – base de cálculo do ICMS – destina-se a ressarcir o produtor de todos os seus custos e despesas e remunerar o capital investido. Diz que os valores das transferências praticados foram calculados de forma a agregarem os valores dos

custos e despesas operacionais necessários. Frisa que, da forma como os autuantes calcularam o custo de produção, o Estado da Bahia avança sobre a renda do Estado de Sergipe. Salienta que os documentos fiscais aludidos na defesa foram protocolados juntos com a petição, conforme comprova o documento de fl. 300.

O processo foi submetido à pauta suplementar e a 4ª JJF decidiu convertê-lo em diligência, para que a INFAZ Simões Filho reabrisse o prazo de defesa, considerando que, só após a informação fiscal, foi explicado como foi apurado o custo unitário médio do cimento transferido. A diligência foi cumprida (fl. 305), porém o autuado não se pronunciou.

## VOTO

Deixo de apreciar as alegações defensivas pertinentes à inconstitucionalidade da legislação tributária estadual, pois, por força do disposto no art. 167, I, do RPAF/99, tal matéria não se inclui entre as competências deste órgão julgador.

Com base no art. 147, I, “a”, do RPAF/99, indefiro a solicitação de diligência efetuada pelo autuado, uma vez que os elementos constantes nos autos são suficientes para a formação de minha convicção. Além disso, no pedido efetuado pelo contribuinte, não está devidamente fundamentada a necessidade da diligência, como exige o art. 145 do citado regulamento.

De acordo com o artigo 19 do RPAF/99, “A indicação de dispositivo regulamentar equivale à menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente, não implicando nulidade o erro da indicação, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal.” Dessa forma, entendo que não pode prosperar a alegação defensiva de que o presente lançamento está fundamentado em Decreto do Poder Executivo Estadual. Do mesmo modo, ressalto que o Regulamento do ICMS do Estado da Bahia aprovado pelo Decreto nº 6.284/97 está em perfeita consonância com a Lei nº 7014/96, portanto, o citado Regulamento não incide em ilegalidade.

Quanto ao valor da base de cálculo a ser adotada nas operações de transferências de produtos provenientes de estabelecimento do mesmo titular, localizado em outro Estado da Federação, o art. 17, § 8º, da Lei nº 7014/96 diz que será “o custo da mercadoria produzida, assim entendida a soma do custo da matéria-prima, material secundário, mão-de-obra e acondicionamento”. Dessa forma, por falta de amparo legal, não pode prosperar as alegações defensivas de que no valor da base de cálculo, nas operações em lide, devem ser incluídas, além dos custos, as despesas administrativas, comerciais e tributárias.

Os demonstrativos de fls. 18 a 19 e 20 a 217, dos quais o autuado recebeu cópia, comprovam que o estabelecimento remetente da mercadoria em questão, localizado no Estado de Sergipe, efetuou transferências para o autuado, situado no Estado da Bahia, utilizando, como base de cálculo, valores superiores ao previsto pela legislação tributária estadual. Esse procedimento ocasionou a apropriação indevida de crédito fiscal de ICMS por parte do autuado, acarretando claro prejuízo para o Estado da Bahia. Dessa forma, está caracterizada a utilização indevida de crédito fiscal por parte do autuado, haja vista que o art. 93, § 5º, II, do RICMS-BA/97, só admite como crédito fiscal o valor do imposto corretamente calculado.

As notas fiscais anexadas pelo autuado às fls. 245 a 281 não servem para elidir a acusação. Para comprovar a improcedência da autuação, o autuado deveria ter apresentados provas de que, nas transferências realizadas pelo estabelecimento localizado no Estado de Sergipe, não foram utilizados valores superiores ao custo de produção da mercadoria em questão.

Quanto à multa de 60% constante no Auto de Infração, a mesma está corretamente indicada, é a prevista para a irregularidade que foi imputada ao contribuinte (art. 42, VII, “a”, da Lei nº 7014/96) e não possui o alegado caráter de confisco.

Pelo acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **232940.0007/02-7**, lavrado contra **ITAGUASSU AGRO INDUSTRIAL S/A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 1.024.975,50**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de maio de 2003.

ANTÔNIO AGUIAR DE ARAÚJO - PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - JULGADOR