

PROCESSO - A.I. N° 232940.0008/03-1
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - ITAGUASSU AGRO INDUSTRIAL S.A.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO - Acórdão 1ª JJF n° 0166/01-04
ORIGEM - IFEP – DAT/METRO
INTERNET - 20/07/04

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0210-11/04

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 adotado como valor da base de cálculo o custo de produção, assim definido em lei: o custo da matéria-prima, material secundário, mão-de-obra e acondicionamento. Decisão modificada. Recurso **PROVIDO**. Vencido o voto da relatora. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em tela foi lavrado em 30/9/03, para cobrar ICMS no valor de R\$1.331.369,85 acrescido da multa de 60%, pela utilização indevida de crédito fiscal nas operações interestaduais, com base de cálculo fixada pela unidade federada de origem superior à estabelecida em lei complementar, convênio ou protocolo, nos exercícios de 2001 a 2002.

Em defesa (fls. 210 a 226), o autuado afirmou que o lançamento do crédito, ora impugnado, era indevido porque se aplicou, nas transferências e para efeito de tributação, preço superior ao custo de produção. Disse que existiam duas anormalidades: primeiro, nas transferências de mercadorias não há preço, por não haver operação de compra e venda, apenas deslocamento físico de mercadorias entre estabelecimentos da mesma pessoa jurídica e, segundo, a base de cálculo do imposto não corresponde ao custo de produção, já que o ICMS integra sua própria base de cálculo, não podendo ser considerado como custo de produção.

Observou que o crédito do ICMS, por imperativo constitucional, corresponde ao imposto incidente na operação anterior. E se a autoridade lançadora não concordava com o imposto incidente na operação anterior, era problema que deveria ser resolvido em nível de entidades tributantes e não mediante glosa de crédito fiscal, o que levava o lançamento a ser desprovido de materialidade.

Afirmou que a legitimidade do crédito do ICMS ocorre através de operação tributada pelo imposto, que essa operação esteja acobertada por nota fiscal e que o destinatário a tenha registrado em sua escrita fiscal e mercantil. Fora disso, a pretensão de glosar o crédito acaba por se configurar no tipo definido como excesso de exação. E, neste sentido, esclareceu que o impugnante é um estabelecimento filial que recebe cimento em transferência de sua matriz situada no Estado de Sergipe, que as operações de transferências foram acobertadas por notas fiscais, sofrendo a incidência do imposto em conformidade com as normas estabelecidas pelo Estado de origem, sendo o crédito decorrência do imposto recolhido àquela Unidade Federativa.

Asseverou que utilizou os créditos fiscais com base no princípio da não-cumulatividade do

imposto e respaldado no art. 155, § 2º, I, da Constituição Federal; art. 3º, § 1º, do Decreto-lei nº 406/68; art. 156, II, do Código Tributário Nacional e no artigo 97, II, "b", do RICMS/97 (Decreto nº 6.284/97).

Observou que os dispositivos adotados na Autuação teve como suporte dispositivo de regulamento, ou seja, ato infralegal, que se encontrava em total desacordo com as determinações das normas hierarquicamente superiores – Constituição Federal, Lei Complementar nº 87/96 e a Lei Estadual nº 7.014/96. Neste contexto, o Regulamento do ICMS do Estado da Bahia extrapolava a sua competência, limitando o direito ao crédito constitucionalmente admitido.

Argumentou, ainda, que todas as operações se pautaram em conformidade com os ditames do Decreto nº 17.037/97 (RICMS/SE), que em seu art. 23, "a", determina que a base de cálculo do ICMS é o valor da mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro de mesmo titular, ou seja, nela devem estar incluídos os dispêndios necessários à obtenção e distribuição do produto, correspondendo além dos custos, às despesas administrativas, comerciais e tributárias; que tem por finalidade ressarcir o produtor de todos os custos e despesas necessários, e ainda, quando o mercado permitir, remunerar o capital investido.

Afirmou que o estabelecimento fiscalizado foi o da sede da empresa, localizado no Estado de Sergipe e inscrito como contribuinte substituto junto ao Estado da Bahia. Que pelo Convênio ICMS 81/93, existe a permissão do Estado destinatário (Bahia), devidamente autorizado pelo Estado de origem (Sergipe), a proceder à fiscalização junto aos contribuintes remetentes para verificação dos procedimentos pertinentes à substituição tributária. Que o sujeito por substituição deverá seguir as normas da legislação da unidade da Federação de destino da mercadoria. Acontece que embora o cimento seja mercadoria sujeita ao regime da substituição tributária, a regra deste Convênio não se aplica quando o estabelecimento for contribuinte substituto da mesma mercadoria, ou seja, no caso em tela, o cimento remetido em transferência pela matriz, localizada em Sergipe, ao depósito, situado na Bahia, estabelecimento equiparado a industrial, uma vez que não submetido à substituição tributária, hipótese em que a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto deve recair sobre o estabelecimento que promover a saída da mercadoria com destino a empresa diversa. Desta situação, concluiu que não existia a obrigatoriedade em se aplicar às regras contidas no RICMS da Bahia quanto ao valor a ser aferido como base de cálculo, ao contrário, por força do princípio da territorialidade as regras a serem aplicadas eram as vigentes no Estado de Sergipe.

Considerou a multa inaplicável, por ofender o direito de propriedade. Trouxe com a impugnação diversos julgamentos de tribunais do País, inclusive administrativos, comentários de juristas, tais como José Orlando Rocha de Carvalho e Ives Gandra da Silva Martins.

Concluiu assegurando que sua escrita fiscal se encontrava regular, não tendo havido utilização indevida de crédito de ICMS. Pediu a realização de diligência fiscal e a improcedência do Auto de Infração.

Os autuantes prestaram informação (fls. 267 a 272), informando, de início, que o Auto de Infração resultou da constatação que o estabelecimento autuado vinha recebendo transferências interestaduais do estabelecimento matriz por preço superior ao custo de produção, resultando em um aproveitamento indevido de crédito fiscal. Ao ser verificada a contabilidade da empresa (como se trata de estabelecimento filial a contabilidade é centralizada na matriz) foi constatado que o custo de produção que deveria servir de base de cálculo para operações de transferências era bastante inferior aos valores constantes das notas fiscais de transferências. Esta constatação foi obtida através do exame "in loco" dos livros contábeis.

Em relação a principal alegação do contribuinte de que o decreto que regulamenta o ICMS no

Estado da Bahia extrapolou os limites da lei, entenderam sem qualquer pertinência, tendo em vista que a Lei Complementar nº 87/96, no parágrafo 4º, II do seu art. 13, estabelece que a base de cálculo do ICMS na saída 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. Esta regra foi reproduzida na legislação tributária do Estado da Bahia (Parágrafo 8º do art. 17, da Lei nº 7.014/96, e no inciso V do art. 56 do RICMS/97) e na do Estado de Sergipe (Parágrafo 2º, do art. 23, do RICMS-SE, aprovado pelo Decreto nº 17.037, e no inciso II do Parágrafo 4º, da Lei nº 3.796, de 26/12/96).

Quanto à alegação do sujeito passivo de que “... o imposto não pode ser considerado como custo de produção.”, entenderam como evidente esta colocação, porém a contabilidade deve ser compreendida nos seus lançamentos, e, no caso, se não houver a inclusão do ICMS na base de cálculo para promover a transferência, o custo no destino se altera, fato que não pode ocorrer dentro de uma mesma empresa.

Quanto à defesa, contra argumentaram que os valores lançados e apurados estavam demonstrados, conforme memória de cálculo e anexos 1, 2, 3, 4 e 5, apensados aos autos. Estes custos foram extraídos dos livros contábeis do contribuinte. Que extraíram os custos de produção dos livros contábeis do contribuinte, em visita ao seu estabelecimento. Os cálculos foram efetuados com base na fiscalização efetuada na matriz, em agosto e setembro de 2003, onde se constatou com base nos livros Diário e Razão que a mesma utilizou preço de transferência superior ao custo apurado anualmente, no Balanço Patrimonial e Demonstrações Financeiras.

Com relação ao argumento do Princípio da Territorialidade, esclareceram que a fiscalização, pelo fisco deste Estado, de contribuintes localizados em outros Estados depende de convênio que reconheça a extraterritorialidade da legislação baiana. No caso de existência de convênio prevendo aplicação do regime de substituição tributária às operações interestaduais entre contribuintes localizados nos Estados signatários do mesmo, é possível efetuar-se a fiscalização junto aos contribuintes remetentes, para apuração do custo de produção, desde que os mesmos sejam inscritos neste Estado como contribuinte substituto, em conformidade com o art. 102 do CTN. Observaram que caso a empresa não fosse inscrita ou não houvesse convênio poderia ser utilizado as determinações contidas no art. 199 do CTN.

Ratificaram o procedimento fiscal.

A JJF baixou os autos em diligência (fl. 374) para que fiscal estranho ao feito intimasse a empresa autuada para provar que os cálculos adotados pelo fisco não estavam de acordo com a Lei Complementar.

A revisão fiscal concluiu:

1. O contribuinte admitiu que os preços médios apurados pelo fisco eram corretos. No entanto, apresentou demonstrativos nos quais evidencia que os autuantes deixaram de excluir do preço médio das transferências o valor do frete pago pela empresa (CIF), que não integra o custo de produção e o ICMS incidente sobre o valor das transferências. Ressaltou, no particular relativo “ao crédito das vendas CIF, cujo valor do frete é pago pelo vendedor, a transportadora efetua o pagamento do imposto a Fazenda Pública e o contribuinte lança o crédito do frete pago na conta corrente do ICMS para neutralizar o débito do imposto relativo ao frete que integra o valor do bem comercializado, evitando dessa forma o recebimento do imposto em duplicidade pela Fazenda Pública (pela transportadora e pelo valor do frete CIF contido na base de cálculo da venda do produto ou mercadoria)”.

2. Como não houve a apresentação das planilhas de custo de produção com finalidade de apurar o custo real unitário das mercadorias transferidas, a comprovação do custo unitário ficou prejudicada.
3. A empresa também deixou de apresentar os livros Diário e Razão, o que prejudicou a verificação do custo dos produtos vendidos (CPV) relativo aos registros efetuados no Razão contrapostos aos custos de fabricação.

Por fim, opinou que o processo fosse remetido aos autuantes, para analisar a argumentação da empresa quanto à integração do valor do frete CIF e o valor do imposto das operações interestaduais contidos nos preços de transferências.

O processo foi encaminhado aos autuantes que se manifestaram (fls. 398 a 400). Disseram que embora a empresa tenha admitido o acerto dos cálculos efetuados na composição dos custos de transferências, solicitou revisão dos mesmos.

Quanto à exclusão nos preços médios de transferências calculados para efeito de apuração do débito fiscal dos valores de fretes, sob a alegação de que se tratou de operações de venda CIF, que o destinatário teria direito ao crédito fiscal do ICMS deste custo/despesa, concordavam inteiramente com o impugnante se tais operações não houvessem sido de transferências entre matriz e suas filiais. Neste caso, afirmaram que o entendimento era diferente, pois os produtos são transferidos fisicamente e compõem o estoque da empresa matriz, portanto, o valor de fretes, se constitui uma despesa de venda da empresa como um todo, e contabilmente é débito na matriz, não se podendo atestar que foi transferido da matriz para a filial com objetivo de transferir crédito fiscal. Este dispêndio tem a finalidade de escoar a produção, não podendo se admitir que seja transferido como um custo de produção, uma vez que este ciclo já está findo, o produto está acabado. Entendeu ilógico o raciocínio para a discussão da matéria em lide, vez que a autuação teve por base as determinações da Lei Complementar 87/96, ou seja, custo entendido como soma de custo de matéria-prima, material secundário, acondicionamento e mão de obra.

Em relação à inclusão do ICMS na base de cálculo, afirmaram que este procedimento foi contemplado no levantamento efetuado, ou seja, foi apurado o valor do custo unitário anual (anexos 2 e 3 - fls 11 e 12) e, em seguida, dividido por 0,88 para incluir o ICMS da operação, conforme demonstraram.

O autuado foi chamado para tomar conhecimento do Parecer da ASTEC/CONSEF (fl. 402), não se manifestando.

A JJF, por unanimidade, julgou Improcedente o Auto de Infração

VOTO VENCIDO

Acolho integralmente o Voto exarado em 1^a Instância, o qual transcrevo na íntegra:

“O Auto de Infração cobra ICMS tendo em vista a utilização indevida de crédito fiscal de operações interestaduais com base de cálculo fixada pela unidade federada de origem superior à fixada em lei complementar, convênio ou protocolo, nos exercícios de 2001 e 2002.

Antes de adentrar na forma de como foi realizada a fiscalização, é necessário que se atente para o que estabelece a norma que rege o ICMS. Nos termos art. 13, § 4º, da Lei Complementar nº 87/96, reproduzidos no art. 17, § 8º, II, da Lei nº 7.014/96, na mensuração do custo, para cálculo do valor do ICMS, devem ser levados em conta, unicamente, os custos das matérias-

primas, dos materiais secundários, da mão-de-obra e do acondicionamento, conforme textualmente dispõe:

Art 13 – A base de cálculo do imposto é:

§ 4º Na saída de mercadoria para estabelecimento localizado em outro Estado, pertencente ao mesmo titular, a base de cálculo do imposto é:

.....

II - o custo da mercadoria produzida, assim entendida a soma do custo da matéria-prima, material secundário, mão-de-obra e acondicionamento;

.....

Os autuantes declinaram que o imposto foi apurado com base em fiscalização efetuada na matriz do estabelecimento, em agosto e setembro de 2003, onde teriam constatado nos livros Diário e Razão que o sujeito passivo utilizou preço de transferência superior ao custo apurado anualmente no Balanço Patrimonial e Demonstrações Financeiras nas transferências da mercadoria cimento para sua filial no Estado da Bahia e o auto autuado. Observaram que ao verificar a contabilidade da empresa (como se trata de estabelecimento filial a contabilidade é centralizada na matriz) perceberam que o custo de produção que deveria servir de base de cálculo para operações de transferências era bastante inferior aos valores constantes das notas fiscais de transferências. Ressaltaram que embora por quatro vezes intimado, o autuado não forneceu os demonstrativos do custo de produção. Diante do fato, extraíram os custos de produção dos livros contábeis do contribuinte, em visita ao seu estabelecimento matriz.

Em face desta constatação e da forma como foram elaborados os levantamentos, esta Junta de Julgamento Fiscal baixou os autos em diligência para que fiscal estranho ao feito intimasse a empresário autuado para provar que os cálculos adotados pelo fisco não estavam de acordo com a Lei Complementar.

Diligente fiscal, através do Parecer nº 0029/2004, informou que também não logrou êxito na sua solicitação de que a empresa apresentasse planilhas de apuração dos custos de produção relativas aos exercícios de 2001 e 2002, bem como não apresentou os livros Diário e Razão, alegando que ao manter sistema de contabilidade centralizado, não promove registros - nem apura resultados - de maneira individualizada por estabelecimento, mas no conjunto dos estabelecimentos da pessoa jurídica. Porém, como a empresa se manifestou, entendeu que pelo teor desta manifestação houve a confissão expressa de que os custos apurados pelos autuantes estavam corretos. Que a discordância do autuado se prendia no fato da fiscalização não ter excluído do preço médio das transferências o valor do frete pago pela empresa (CIF), que não integra o custo de produção e o ICMS incidente sobre o valor das transferências. Opinou que o processo fosse remetido aos autuantes, para analisar a argumentação da empresa. Este opinativo foi dado.

Inicialmente, observo que existe um equívoco do revisor fiscal quanto a sua afirmativa de que a empresa confessou que os cálculos dos autuantes estavam corretos. O que ela afirmou foi (sic): “Sem pretender questionar os valores – valor unitário por saco de cimento – apurados pelas autoridades lançadoras, isto é: admitindo-se que o custo apurado está correto (grifo) – a diferença de valores, levada a efeito na ação fiscal, que serviu de base de cálculo do imposto que se exige, não procede, consoante passa a Petição a demonstrar:” – fls. 383 dos autos. Neste sentido não houve confissão, apenas uma admissão de possibilidade para apresentar novos argumentos contrários à ação fiscal, e já declinados acima.

No mais, pelos elementos constantes nos autos e em observância às determinações legais, entendo que o fisco não determinou corretamente a base de cálculo do imposto, vez que se baseou nos custos totais de produção, registrados no Diário, Razão e Balanço Patrimonial. Este custo, volto a dizer, para determinação da base de cálculo do ICMS é unicamente a soma do custo da matéria-prima, material secundário, acondicionamento e mão-de-obra. Além do mais, a diferença dos valores das transferências devem ser demonstradas fazendo-se a comparação destes efetivos valores ocorridos em cada mês com o custo de produção relativo ao mesmo mês, e não à “média anual”, como realizado.

O fato do impugnante, sistematicamente, não ter fornecido, em detalhe, o seu custo de produção é direito dele. Quem calcula o custo neste caso é o fisco, não a empresa, que são apenas as matérias-primas, os materiais secundários, a mão-de-obra e o acondicionamento.

Não está provada a infração.

Observo, por derradeiro, que todas os demais argumentos apresentados pelo impugnante, bem como aqueles argüidos quando da diligência fiscal, deixo de me pronunciar, pois são irrelevantes, neste momento, para a minha Decisão sobre a presente lide. E, como ressalva final, o último pronunciamento feito pelos autuantes não foi dado a conhecer ao autuado. Porém, tendo em vista o que aqui se decidiu torna-se ele sem objetivo.

Voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.”

Isto posto, voto pela homologação da Decisão da JJF, que julgou pela Improcedência do Auto de Infração, por seus próprios fundamentos.

VOTO VENCEDOR

Ouso discordar dos votos das relatoras de 1^a e 2^a Instâncias.

Primeiro, entendo que ambas laboraram equivocadamente ao concluir que, se “*o fisco não determinou corretamente a base de cálculo do imposto, vez que se baseou nos custos totais de produção, registrados no Diário, Razão e Balanço Patrimonial*”, o Auto de Infração seria improcedente.

Não é o caso.

Por esta motivação, este deveria ter sido julgado nulo, arrimado no que dispõe o art. 18, IV, “a”, do RPAF/99.

Só que a forma adotada pelos autuantes foi a única possível, uma vez que o contribuinte autuado, sistematicamente, deixou de apresentar as suas planilhas de custo, conforme se vê nas sucessivas intimações para apresentação de informações, que estão apensadas às fls. 204 a 208 dos autos.

Ao contrário do que afirmaram as relatoras da 1^a JJF e desta 1^a CJF, o contribuinte é obrigado, sim, a apresentar o seu custo de produção, quando regularmente intimado, como se depreende da exegese dos artigos 142, IV, 320 e 934, do RICMS/97.

Desta forma, considerando que o autuado deixou de prestar as informações, quando intimado, inclusive para o preposto da ASTEC, o Auto de Infração jamais poderá ser julgado nulo, pois como preconiza o § 2º, do art. 18, do RPAF/99, não se declarará a nulidade sem prejuízo ou em favor de quem lhe houver dado causa.

Quanto ao mérito, este é o terceiro Auto de Infração, lavrado contra o mesmo contribuinte, sob a mesma acusação, que chegou a esta 1ª CJF para julgamento.

Os dois anteriores, à unanimidade, foram julgados procedentes, através dos Acórdãos CJF nºs 0409-11/03 e 0604-11/03, o primeiro foi por mim relatado, e o segundo, pelo Conselheiro Marcos Rogério Lyrio Pimenta.

Transcrevo o voto que proferi o Acórdão CJF nº 0409-11/03:

"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 nº 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 nº 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.”

Pelo que expus, e mantendo o entendimento que já explicitei, o meu voto é pelo PROVIMENTO do Recurso de Ofício apresentado, para modificar a Decisão recorrida e julgar PROCEDENTE o Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria, com o voto de qualidade do presidente, **PROVER** o Recurso de Ofício apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **232940.0008/03-1**, lavrado contra **ITAGUASSU AGRO INDUSTRIAL S.A.**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$1.331.369,85, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

VOTO VENCEDOR: Conselheiros (as) Ciro Roberto Seifert, Ivone de Oliveira Martins e Antonio Ferreira de Freitas.

VOTO VENCIDO: Conselheiro (a) Marcos Rogério Lyrio Pimenta, Nelson Teixeira Brandão e Rosa Maria dos Santos Galvão.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de junho de 2004.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS – PRESIDENTE

ROSA MARIA DOS SANTOS GALVÃO – RELATORA/VOTO VENCIDO

CIRO ROBERTO SEIFERT – VOTO VENCEDOR

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE –REPR. DA PGE/PROFIS