

PROCESSO - A. I. Nº 232940.0008/03-1
RECORRENTE - ITAGUASSU AGRO INDUSTRIAL S/A
RECORRIDO - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO – Acórdão 1ª CJF nº 0210-11/04
ORIGEM - IFEP – DAT/METRO
INTERNET - 26/10/2004

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0333-11/04

EMENTA: ICMS. INEXISTÊNCIA DE PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE DO RECURSO. Constitui requisito para a admissibilidade do Pedido de Reconsideração da Decisão da Câmara, que reformou no mérito a da primeira instância, a existência de matéria de fato ou fundamento de direitos argüidos pelo sujeito passivo na impugnação e não apreciados nas fases anteriores de julgamento. Ausência de elementos que possibilitam a admissibilidade do recurso. Recurso **NÃO CONHECIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Pedido de Reconsideração interposto pelo recorrente contra a Decisão da 1ª CJF – Acórdão nº 0210-11/04, que proveu o Recurso de Ofício e reformou no mérito a Decisão da Primeira Instância que julgou Improcedente o Auto de Infração, modificando a Decisão recorrida e julgando, por maioria, procedente a exigência relativa à utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, no montante de R\$ 1.331.369,85, relativa aos exercícios de 2001 e 2002, inerente às operações interestaduais com base de cálculo superior a estabelecida no art. 13, § 4º, II, da Lei Complementar nº 87/96, no qual 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 matéria-prima, material secundário, mão-de-obra e acondicionamento, cujo mandamento está repetido no art. 30, II, da Lei n.º 7.014/96 e no art. 56, V, “b”, do RICMS/97.

O Pedido de Reconsideração foi interposto no sentido de afastar a exigibilidade do crédito tributário, por entender o recorrente que:

1. O crédito do imposto tem base constitucional, visto que por força do art. 155, § 2º, inciso I, da Constituição Federal, o contribuinte tem direito ao crédito do imposto que incidiu na operação anterior, não havendo como negar o crédito no estabelecimento destinatário. Assim, conclui que tal exigência decorre da circunstância de ter ocorrido pagamento a maior, em favor do Estado de Sergipe e em detrimento do Estado da Bahia, do que defende que a solução não seria a glosa de crédito, porque isso afeta à Constituição Federal.
2. Não poderia o Estado da Bahia desenvolver procedimento de fiscalização no estabelecimento remetente da mercadoria sem participação do Estado de Sergipe, uma vez que a matéria envolve apuração de ICMS normal, relativo a tributação nas operações de transferências entre estabelecimentos do mesmo titular. Assim, conclui pela incompetência da autoridade lançadora, no caso concreto, uma vez que, por força dos convênios celebrados, tal direito só alcança o ICMS por substituição tributária – e não o ICMS normal.
3. Não foram relevadas as provas produzidas no sentido de que a diferença de valores que se levou em conta para glosa do crédito não existe, uma vez que o custo apurado pela

fiscalização envolve a totalidade dos custos industriais, apurado com base nos livros Diário e Razão, o qual é maior do que o custo a que se refere o art. 13, § 4º, inciso II, da LC n.º 87/96, posto que, além de matérias-primas, materiais secundários, mão-de-obra e acondicionamento, envolve inúmeros outros itens, tais quais: serviços de transporte, depreciação, amortização, exaustão, etc., não podendo se incluir o valor do ICMS “por dentro”, nem o preço do serviço de frete na etapa subsequente, como foi considerado no levantamento fiscal. Defende também que 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 Parecer da PGE/PROFIS é pelo Conhecimento e Provimento de Pedido de Reconsideração, em razão da presença do requisito legal de admissibilidade, diante de razões jurídicas capazes de ensejar a modificação da Decisão da Câmara de Julgamento Fiscal, visto que restou comprovada a efetiva impropriedade do método utilizado para aferição da base de cálculo do imposto, eis que, o Fisco Estadual tomou por base os custos totais de produção, registrados no Livro Diário, Razão e Patrimonial, contrapondo-se com soma do custo da matéria-prima, material secundário, acondicionamento e mão-de-obra, conforme preconizado na LC n.º 87/96. Assim, conclui que o aspecto quantificador do fato gerador não foi apurado em obediência ao princípio da legalidade.

VOTO

Preliminarmente, entendo totalmente descabida a alegação do recorrente de que o Estado da Bahia é incompetente para desenvolver procedimento de fiscalização no estabelecimento remetente das mercadorias sem participação do Estado de Sergipe, uma vez que a aludida apuração se deu com o credenciamento da Secretaria da Fazenda do Estado de Sergipe, conforme ofícios de n.ºs 2635/2003 e 3590/2003, constantes às fls. 202 e 203 dos autos.

Quanto à peça recursal, com o devido respeito, discordo do Parecer da PGE/PROFIS, por vislumbrar a ausência dos pressupostos de admissibilidade do Pedido de Reconsideração da Decisão da Câmara de Julgamento Fiscal, visto que a matéria de fato ou fundamento de direito argüidos pelo sujeito passivo foram apreciados nas fases anteriores de julgamento, senão vejamos:

1. Quanto à alegação da não cumulatividade do ICMS, atribuindo ao contribuinte o direito de crédito do imposto que incidiu na operação anterior, em razão da reincidência do cometimento desta infração pelo próprio contribuinte, o Relator do Voto Vencedor transcreveu o voto por ele proferido no Acórdão CJF n.º 0409-11/03, no qual aduz que:

“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.”

2. No tocante ao argumento de que o custo apurado pela fiscalização envolve a totalidade dos custos industriais, apurado com base nos livros Diário e Razão, o qual é maior do que o custo a que se refere o art. 13, § 4º, inciso II, da LC n.º 87/96, foi consignado no Voto Vencedor que a forma adotada pelos autuantes foi a única possível, uma vez que o contribuinte, sistematicamente, deixou de apresentar o seu custo de produção, quando regularmente intimado, inclusive pelo preposto da ASTEC. Assim, nos termos do art. 18, § 2º, do RPAF, conclui que não se deve declarar a nulidade em favor de quem lhe houver dado causa.

Neste ponto, devo ressaltar que caso se confirme, através da escrita contábil da empresa, até então não apresentada, a alegação recursal de que o custo apurado pelos autuantes é maior do que o da previsão legal, por incluir inúmeros outros itens, tais quais: serviços de transporte, depreciação, amortização, exaustão, etc., tal procedimento só vem a beneficiar o próprio contribuinte, visto que quanto maior o custo de produção, maior será o custo unitário de transferência do produto e, conseqüentemente, menor será a diferença entre o custo unitário apurado e o valor praticado pelo remetente. Assim, por dedução, se o custo de produção está maior do que o real, tal fato beneficia o infrator, o qual deveria apresentar o custo da mercadoria produzida, assim entendida a soma do custo da matéria-prima, material secundário, mão-de-obra e acondicionamento, conforme preconiza o art. 13, § 4º, II, da LC nº 87/96, para se apurar a base de cálculo do imposto, nas transferências para outros Estados. Se assim não o faz, é porque se beneficia de tal situação.

Do exposto, meu voto é pelo NÃO CONHECIMENTO do Pedido de Reconsideração apresentado.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO CONHECER** o Recurso de Pedido de Reconsideração apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **232940.0008/03-1**, lavrado contra **ITAGUASSU AGRO INDUSTRIAL S/A**, devendo ser intimado o recorrente 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 n.º 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de setembro de 2004.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS – PRESIDENTE

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – RELATOR

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTTE - REPR. DA PGE/PROFIS