

PROCESSO - A. I. Nº 279104.0016/04-7
RECORRENTE - NESTLÉ BRASIL LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PUBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 4ª JFJ nº 0234-04/05
ORIGEM - IFEP – DAT/METRO
INTERNET - 21/12/2005

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0442-11/05

EMENTA: ICMS. BASE DE CÁLCULO. REDUÇÃO INDEVIDA. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Procedimento em desacordo com a legislação. Efetuada correção no cálculo do imposto. Infração parcialmente comprovada. Não acatada a preliminar de nulidade. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo em relação ao Auto de Infração em lide, lavrado em 23/12/2004, para exigir ICMS no valor de R\$61.843,02, em razão do recolhimento a menos, decorrente de erro na determinação da base de cálculo nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas.

Em sua impugnação o autuado diz ser empresa de grande porte, possuindo diversas unidades fabris, espalhadas por quase todas unidades da Federação, possuindo também depósitos necessários para acomodar toda sua logística de distribuição.

Esclarece que são diversos os produtos por ela produzidos, em vários Estados, e que na Bahia, no município de Itabuna, se localiza uma fábrica de “Leite Ninho”, e que por vezes há necessidade de estocar seus produtos em depósitos de outras unidades, em outros Estados da Federação.

Aduz que o Decreto Estadual nº 7.826/00, permite a redução da base de cálculo do imposto nas saídas internas de leite produzido na Bahia.

Diz ter havido equívoco da fiscalização ao lavrar o presente Auto de Infração, sob a alegação de que a empresa teria promovido indevidamente saídas de leite em pó com redução da base de cálculo, já que o leite objeto da ação fiscal, não teria sido fabricado na Bahia, o que lhe impediria a fazer uso da prerrogativa de redução da base de cálculo. Reclama que de acordo com o art. 2º, I, do Decreto nº 8.666/03, que revogou as prerrogativas de redução da base do cálculo, não alcançou as operações realizadas pelo autuado, já que, as operações objeto da autuação foram realizadas entre 01/01/03 e 30/09/03 e a vigência do Decreto se deu a partir de 30/09/03.

Garante que as mercadorias objeto da ação fiscal estiveram, por necessidade, armazenadas em outra unidade fora do Estado da Bahia, retornando ao Estado produtor, para ser vendidas, em operações normais, portanto, a utilização da redução da base de cálculo está correta por se tratar de mercadorias fabricadas no Estado da Bahia e que temporariamente estiveram em outro depósito.

Frisa inexistir qualquer argumento que desautorize a empresa a se valer do benefício de redução da base de cálculo, conforme previsto no Decreto nº 7.826/00, para as saídas promovidas no período apurado no Auto de Infração, devendo o mesmo ser julgado insubsistente.

Diz, que ainda por absurdo venha a se admitir a presente autuação, é descabida a aplicação da taxa SELIC, para a correção da dívida, tal comportamento agride o ordenamento jurídico nacional, ferindo a Lei Maior em seu art. 192, § 3º Sustenta que a SELIC foi objeto de arguição de

inconstitucionalidade pelo STJ, que reconheceu sua imprestabilidade para correção de débitos tributários, transcrevendo o teor da Ementa, e trechos do voto do relator, onde está explícita a inconstitucionalidade do uso da SELIC como índice de correção monetária.

Ao finalizar, requer o cancelamento do Auto de Infração e o julgamento totalmente procedente da presente impugnação ou, caso assim não seja entendido, solicita a redução dos valores exigidos.

Os autuantes iniciam sua informação fiscal, alertando o CONSEF com a seguinte indagação: O produto “Leite Ninho” só é fabricado no Estado da Bahia?

Pois o autuado em sua impugnação, deixa claro que o produto Leite Ninho, produzido em sua fábrica localizada em Itabuna/Ba., também é fabricado em outros Estados.

Sobre o assunto, esclarecem que o autuado em sua impugnação (fl. 132, § 3º), declara “Assim, diversos produtos são produzidos em Estados distintos, incluindo o Estado da Bahia, no qual se localiza uma das unidades fabris produtoras de “Leite Ninho”(leite em pó integral)”. Asseguram que, diante de tal declaração fica notório que outros Estados também fabricam o referido produto.

Argumentam que em momento algum nos autos deixaram de reconhecer que a unidade fabril de Itabuna/BA fabricasse o produto acima, fato que pode ser facilmente reconhecido pelo demonstrativo anexo ao PAF (fls. 22 a 31), onde estão consignadas as aquisições internas com os CFOP 1152 e as interestaduais com CFOP 2152, para fins de apuração da proporcionalidade das referidas aquisições. Ressaltaram que o crédito reclamado foi com base nas transferências interestaduais.

Acerca do relatório denominado “Relação de Notas Fiscais de Entradas de Leite” (fls. 32/61) dizem que o mesmo relaciona todas as entradas de leite no estabelecimento autuado, oportunidade em que fizeram os seguintes comentários: *“Observemos que houve entradas com CFOP 1102, 1152, 2152 e 2949 (fls. 32 a 43) em relação ao código 1411 e com CFOP 1102, 1152, 2152 e 2949 (fls. 44 a 46), em relação ao código 1420”*.

Ressaltam que no cálculo da proporcionalidade (fl. 21 a 31) o CFOP 2949 não foi considerado, já que se refere aos retornos de mercadorias que, por algum motivo, não ficaram no Estado de destino (ver fls. 209 e 210 dos autos). Dizem que pelo fato de ter sido consideradas as compras e transferências, não há que se falar em retorno. Quanto aos produtos remetidos para o Estado de S. Paulo, em razão da alíquota aplicada na operação, garantem que não se trata de retorno.

Com relação às planilhas anexadas a impugnação (fls. 177 e 188), aduzem que as mesmas servem como prova de que as alegações defensivas são totalmente infundadas, descabidas e contraditórias. Em apoio ao seu argumento, dizem que na planilha de fl. 178 existem registro de entrada, na unidade S. Bernardo do Campo/SP, de mercadoria oriunda de Pernambuco com CFOP 2949 e 2152, fato que demonstra o retorno de mercadoria que anteriormente o primeiro teria remetido para o segundo e vice-versa.

Esclarecem que na unidade de Recife/PE (fls. 182 a 188) teria que constar registro de entrada da unidade S. Bernardo do Campo/SP, haja vista, como foi dito acima, S. Paulo teria remetido para Pernambuco, circunstância que denota a inconsistência nas informações do autuado.

Sustentam que o autuado teria que provar e não conseguiu, que o produto “Leite Ninho” só foi produzido na unidade fabril de Itabuna/BA., para justificar as suas saídas internas com redução da base de cálculo, tornando-se réu confesso, já que admitiu existir em outros Estados unidades fabris do referido produto.

Sobre a alegação de inconstitucionalidade da taxa SELIC, informam que conforme teor do art. 167, I e II, do RPAF/99, tais considerações não se inclui na competência dos órgãos julgadores, bem como acerca de matéria sob apreciação do Poder Judiciário.

Quanto ao pedido de diligência formulado pelo autuado, entendem ser desnecessário, já que não houve fundamentação, como exigido no art. 145, do regulamento acima citado.

O PAF foi submetido à pauta suplementar, e por orientação da Junta de julgamento Fiscal o processo foi convertido em diligência a IFEP- Metro, para que os autuantes expliquem com detalhes o porque da aplicação da alíquota de 3%.

Tendo os mesmos assim se pronunciado:

- O autuado assinou Termo de Acordo previsto no Decreto nº 7799/00 com a Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia onde é prevista uma redução da Base de Cálculo em 41,176% de forma que a carga tributária seja equivalente a 10%.
- O autuado fez uso do Decreto nº 7826/00 onde é prevista uma redução da Base de Cálculo em 58,825% de forma que a carga tributária seja equivalente a 7%;
- O ICMS reclamado corresponde à diferença entre a carga tributária que deveria ser aplicada (10%) e a carga tributária erroneamente aplicada (7%).

Ao analisar o presente PAF, objetivando a sua instrução, o relator propôs, sendo aceita pelos demais componentes da 4ª JJF, a sua conversão em diligência a IFEP-Metro para que os autuantes atendessem o solicitado à fl. 228 dos autos.

Em cumprimento a diligência solicitada, os autuantes elaboraram à fl. 232 um demonstrativo com os valores do imposto devido, que totalizou a importância de R\$56.225,17 (R\$50.713,38+5.511,79), bem como de outros (fls. 233 a 259).

O autuado ao conhecer o teor da diligência alegou ser legítima a utilização do benefício de redução da base de cálculo do ICMS nas saídas de leite em pó do seu estabelecimento, portanto, não há que se falar em recolhimento a menos, já que o produto comercializado foi fabricado pela empresa no Estado da Bahia.

Em seguida afirmou o autuado que efetivamente fabricou todo o leite em pó saído de seu estabelecimento com redução da base de cálculo, sendo que uma parte da sua produção estava armazenada em depósitos neste Estado e outra em estabelecimentos situados em outras unidades da Federação.

Sustenta que o levantamento da quantidade de leite em pó adquirido de outros Estados não pode, por si só, resultar no entendimento de que o mesmo fora fabricado em outras unidades da Federação, sendo necessário analisar a produção da fábrica de Itabuna remetida para estocagem em outros Estados, o que poderá descaracterizar por completo a autuação em debate.

Ao finalizar, requer a realização de nova diligência, no sentido de apurar o montante do leite em pó enviado pela empresa para estocagem em outros Estados, o que demonstrará a insubsistência do imposto exigido na presente autuação.

Por fim, os autuantes se manifestaram aduzindo que o autuado em sua manifestação acerca da diligência, limitaram-se a repetir argumentos anteriores usados em sua impugnação inicial.

A 4ª JJF manifesta-se aduzindo que o fulcro da autuação reside no erro na determinação da base de cálculo nas saídas de mercadorias, quando o autuado se utilizou da prerrogativa do Decreto nº 7.826/00, nas vendas de leite em pó cujas aquisições foram oriundas de outro Estado.

Quanto ao pedido do autuado, para conversão do PAF em diligência, esclarece a JJF, que tal providência já foi adotada, quando os autuantes refizeram o demonstrativo de débito do imposto.

Entende que os elementos constantes nos autos são suficientes para instrução do PAF, descabendo razão para nova diligência.

No mérito diz não assistir razão ao autuado, primeiro porque dentre outros argumentos usados por ele, a alegação de que a quantidade de leite em pó adquirida em outros Estados, não pode, por si só, resultar no entendimento de que o mesmo tenha sido lá produzido, sem antes fazer uma análise da produção de sua fábrica localizada em Itabuna, que foi remetida para estocagem em outros Estados. Considera o julgador da 4ª JJF que de acordo com o art. 42 do RICMS/97, cada estabelecimento é autônomo sendo produtor, extrator, beneficiador, gerador, industrial, comercial, importador ou prestador de serviços de transporte ou de comunicação do mesmo titular, para o cumprimento de suas obrigações tributárias, não procedendo desta feita o argumento defensivo.

Em segundo, diz o relator, que a diligência proposta nos termos como descrita na fl. 228, resultou na redução do valor originalmente cobrado na importância de R\$61.943,02 para R\$56.225,17, a qual não foi acatada pelo autuado em sua intervenção às fls. 253 a 266;

Em terceiro lugar para utilizar o benefício da redução da base de cálculo conforme previsto no art. 1º, do Decreto nº 7.826/00, é necessário que o referido produto tenha sido fabricado neste Estado, tal não ocorrendo em relação ao leite adquirido em outras unidades da Federação, cuja saída é tributada normalmente.

Por último, aduz o i. relator da JJF, caso a assertiva do autuado fosse verdadeira, segundo a qual o produto comercializado com redução da base de cálculo foi fabricado neste Estado, deveria o mesmo ter efetuado um levantamento dos seus estoques, para comprovar tal fato, conforme previsto no art. 123, do RPAF/99.

Por fim, diz a JJF que não tendo o autuado trazido aos autos levantamento comprobatório que o leite adquirido em outras unidades da Federação não foi comercializado neste Estado com redução da base de cálculo do imposto, considera caracterizada a infração, importando no valor de R\$56.225,17.

Quanto ao questionamento de inconstitucionalidade da utilização da taxa SELIC, informa que não lhe compete opinar sobre o assunto, haja vista o que orienta o art. 167, I, do RPAF/99. Estando previsto no art. 102, § 2º, II, da Lei nº 3.956/81 (COTEB), a utilização da taxa SELIC para a atualização dos débitos tributários.

Ante o exposto, vota pela Procedência em Parte do Auto de Infração no valor de R\$56.225,17, conforme demonstrativo à fl. 232.

O autuado, ora recorrente, interpõe Recurso Voluntário em contestação a Decisão recorrida, e inicia seu arrazoado repetindo as alegações já colocadas quando de sua impugnação, onde ficou assentado que se trata de uma grande empresa de âmbito nacional, possuindo várias unidades fabris espalhadas por diversos Estados e que vez por outra, para viabilizar sua logística, é comum a transferência de produtos entre as unidades industriais.

Diz que a legislação do ICMS do Estado da Bahia, Decreto nº 7.826/00, autoriza a redução da base do cálculo do ICMS nas saídas de leite, internas do Estado da Bahia, ou seja, o leite produzido na Bahia tem sua base de cálculo reduzida quando das saídas promovidas para este Estado.

Protesta contra a atitude da fiscalização que acusa o recorrente e ter promovido indevidamente as saídas de leite em pó, utilizando a redução da base do cálculo, quando o produto não teria sido fabricado no Estado da Bahia. Alega que o produto oriundo da unidade de Itabuna, foi remetido para armazenagem em outro Estado, retornando em seguida para ser distribuído pelo interior da Bahia, com a redução da base do cálculo, conforme prevê a legislação própria.

Em caráter preliminar, argui o recorrente que a Decisão de Primeira Instância reveste-se de nulidade a medida que deixou de proceder as diligências requeridas, ferindo os princípios da verdade material, do contraditório e da ampla defesa, além de violar o art. 142 do CTN e o art. 31 do Decreto nº 70.235/72.

No mérito o recorrente repete os argumentos já usados anteriormente, de que faz jus ao uso da redução da base de cálculo, pois o fez nas saídas unicamente promovidas para este Estado. Diz também que tal procedimento se deu dentro do período de prevalência do Decreto nº 7.826/00, ou seja no espaço de tempo compreendido entre 01/01/03 a 30/09/03, data final de vigência do Decreto aludido.

Dessa forma, não há o que se falar em saídas de produtos não produzidos na Bahia, pois a toda venda do leite em pó efetuada no Estado, relaciona-se a produto produzido no próprio Estado, sendo lícito, portanto, o recorrente se valer do benefício da redução da base do cálculo.

Tece considerações sobre a impropriedade do uso da SELIC, como fator de correção de dívida fiscal, reforçando argumentos já usados sobre a inconstitucionalidade de tal prática.

Conclui pedindo o cancelamento do Auto de Infração, e se por absurdo isto não acontecer, que se reduza os valores cobrados a título de juros, e protesta pela produção de provas para comprovar a natureza dos produtos objeto das alegações apresentadas, bem como pela juntada dos documentos comprobatórios dos fatos narrados e que seja promovida diligência para análise da produção da fábrica de Itabuna remetida para estocagem em outros estados.

O ilustre procurador representante da PGE/PROFIS inicia seu opinativo rejeitando a preliminar de nulidade, por entender que em nenhum momento foi negado ao recorrente o direito de defesa. Quanto ao uso da SELIC como fator de correção da dívida, diz está pacificado seu uso no seio jurisprudencial, e sua constitucionalidade reconhecida, porém este tema desborda da competência conferida ao CONSEF para opinar sobre a constitucionalidade de qualquer norma jurídica.

Considera que a questão a ser resolvida reside no esclarecimento se o “leite ninho” é produzido somente na unidade fabril localizada em Itabuna, pois só desta forma se justifica a tese esposada pelo recorrente. Em verdade isto não ocorre, haja vista que a empresa produz o “leite ninho” em várias outras unidades.

Diante da constatação, assevera o ilustre procurador, deveria o recorrente provar de maneira inequívoca que a mercadoria só era fabricada na Bahia, ou quando não, estabelecer quantitativamente a sua produção, por intermédio de um relatório de produção de todas as suas unidades com o devido levantamento de seus estoques, aliás, ressalte-se, em vista da autonomia dos estabelecimentos. Desse modo diz o i. procurador não vislumbrar no processo prova suficiente da produção do leite na Bahia e, outrossim, que o suposto retorno desta mercadoria ao Estado da Bahia não foi proveniente de aquisição em outra unidade da Federação.

Diante dos fatos arrolados opina pelo Improvimento do Recurso Voluntário.

VOTO

A arguição preliminar de cerceamento do direito de defesa não merece acolhida, pois ao longo de todo processo não faltou ao recorrente oportunidade do pleno exercício do direito de defender-se. O protesto do recorrente pelo uso da SELIC como fator de correção de dívidas fiscais, embora pareça razoável, não compete ao julgador administrativo considerar por força de Norma específica.

O art. 1º do Decreto nº 7.826/00, estabelece: *“Fica reduzida em 58,825% a base de cálculo do ICMS nas operações de saídas internas de leite de gado classificado nas categorias a seguir indicadas,*

fabricado neste Estado, de forma que a carga tributária incidente na operação corresponda ao percentual de 7%”.

A Nestlé do Brasil Ltda. tem em Itabuna sua maior unidade produtora de “leite ninho”, sem, contudo, ser a única em território brasileiro que produza o leite citado. É prática da companhia, na otimização de seus estoques, fazer transferências de seus produtos para outros depósitos e/ou centro de distribuição, longo do território nacional.

O Auto de Infração em julgamento foi lavrado, para exigir ICMS em razão do recolhimento a menos, em decorrência de erro na determinação da base de cálculo nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas.

A empresa alegou que assim procedeu por está albergada no Decreto nº 7. 826/00, uma vez que estava retornando ao Estado da Bahia com mercadoria transferida para outra localidade, por conveniência de sua logística, e se tratava de “leite ninho” produzido em Itabuna, nada mais justo do que utilizar os benefícios que a legislação lhe confere.

Ocorre, entretanto que o recorrente não conseguiu trazer aos autos provas suficientes de que nas vendas internas foram utilizadas mercadorias produzidas na sua unidade fabril de Itabuna, haja vista que se tratava de “leite ninho” importado de outras unidades localizadas fora do Estado da Bahia, e que o recorrente não deixou cabalmente provado que se tratava de mercadoria produzida na Bahia e reincorporada aos seus estoques.

De sorte que não vislumbro nos autos provas inquestionáveis de que o bem comercializado no Estado da Bahia foi efetivamente aqui fabricado, portanto voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para manter o Auto de Infração conforme decidiu a 4ª JJF.

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 EM PARTE** o Auto de Infração nº **279104.0016/04-7**, lavrado contra **NESTLÉ BRASIL LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$56.225,17**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de novembro de 2005.

ANTÔNIO FERREIRA FREITAS – PRESIDENTE

EDUARDO NELSON DE ALMEIDA SANTOS - RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA - REPR. DA PGE/PROFIS