

**A. I. N°** - 279104.0016/04-7  
**AUTUADO** - NESTLÉ BRASIL LTDA.  
**AUTUANTES** - JOSÉ VICENTE NETO e JOAQUIM MAURÍCIO DA MOTTA LANDULFO JORGE  
**ORIGEM** - IFEP METRO  
**INTERNET** - 19. 07. 2005

#### 4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO JJF N° 0234-04/05

**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. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 23/12/2004, exige ICMS no valor de R\$61.843,02, em razão do recolhimento a menos, em decorrência de erro na determinação da base de cálculo nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas.

O autuado ao impugnar o lançamento fiscal, fls. 131/143 dos autos, disse, inicialmente, que por ser uma pessoa jurídica de direito privado regularmente constituída, é contribuinte do ICMS, o qual foi sempre recolhido religiosa e diligentemente nos prazos e nos termos da legislação em vigor.

Em seguida, alegou pelo fato de ser uma empresa de grande porte, possui diversas unidades fabris espalhadas pelo território brasileiro, além de depósitos onde são encaminhadas as mercadorias produzidas.

Esclarece que diversos produtos são produzidos em Estados distintos, incluindo o Estado da Bahia, no qual se localiza uma das unidades produtoras do “Leite Ninho” (leite em pó integral), onde promove algumas saídas destinadas a outros Estados, a fim de que os mesmos sejam estocados em seus depósitos.

Argumenta que a legislação do ICMS deste Estado, por meio do Decreto n° 7.826/00, prevê a possibilidade de redução da base de cálculo do imposto nas saídas internas de leite produzido no território baiano.

Aduz que os autuantes, com base no regime de substituição tributária, lavrou o presente Auto de Infração e ora impugnado, sob a suposta alegação de que a empresa promoveu indevidamente saídas de leite em pó, com redução da base de cálculo, já que o mesmo não teria sido produzido no Estado da Bahia, oportunidade em que transcreveu os termos da acusação fiscal.

Adentrando no mérito da autuação, o autuado reproduziu o teor do disposto no art. 1º, do Decreto n° 7.826/00.

Argumenta que a empresa estava enquadrada nos requisitos para concessão do benefício, com base no art. 2º, I, do Decreto n° 8.666/03, o qual revogou o benefício concedido ao leite em pó, uma vez que tal decreto somente entrou em vigor a partir de 30/09/03, enquanto as operações objeto da autuação se reportam ao período de 01/01/03 a 30/09/03.

Esclarece que em muitas situações, os depósitos localizados nos Estados onde se localizam as respectivas unidades fabris não são suficientes para armazenagem da mercadoria, o que enseja a

sua remessa para diferentes depósitos para venda nos Estados. Quanto às mercadorias não vendidas ou que foram encaminhadas para estocagem, retornam ao Estado produtor, onde novamente são estocadas e vendidas.

Alega que em razão do fato acima, a empresa foi autuada por ter se utilizado do benefício da redução da base de cálculo nas saídas promovidas no Estado da Bahia, uma vez que a fiscalização entendeu que o leite em pó (código 1411 e 1420) não havia sido produzido no Estado.

Ressalta que possui uma unidade fabril na cidade de Itabuna, neste Estado (doc. 6), onde é produzido o leite em pó com saída para este e outros Estados, conforme planilha de custo do produto anexada à presente impugnação (doc. 7).

Aduz que pelo fato de ser comprovado a produção do leite em pó pela unidade fabril de Itabuna-BA., resta provar que o referido produto teve saída deste Estado para outras unidades da Federação, e posterior retorno, a fim de demonstrar que a empresa estava devidamente amparada pelo benefício de redução da alíquota.

De acordo com o autuado, com base nas planilhas anexas à presente impugnação (docs. 8/10) e relativas aos registros de entradas de mercadorias das unidades de S. Paulo, Recife e Salvador, verifica-se que a empresa promoveu a saída de 9.730 unidades de produtos registrados sob os códigos 1411 e 1420 para o Estado de S. Paulo, tendo retornado 1.707 unidades, bem como promoveu a saída de 350.359,60 unidades para o Estado de Pernambuco, tendo retornado 25.662 unidades dos mesmos.

Sustenta que, se a unidade fabril neste Estado promoveu a saída de 350.359,60 unidades do produto, não há razão para que a mesma promova a entrada de tais produtos fabricados em outros Estados, situação, no mínimo, incoerente. Aduz não há que se falar em saída de produtos não produzidos no Estado da Bahia, pois, toda a venda de leite em pó efetuada no Estado relaciona-se a produto efetivamente produzido neste Estado.

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

Prosseguindo em seu arrazoado, o autuado alegou ainda que seja entendido pela manutenção da autuação, o que se admite apenas como forma de argumentação, aduz que não há como prevalecer à atualização dos débitos da empresa por meio da aplicação da taxa SELIC, conforme adiante se verá.

Argumenta que sobre o valor originário do suposto débito tributário foi calculado juros em percentuais cumulativos e extorsivos, muito superiores ao admitido no ordenamento jurídico nacional, sobretudo no art. 192, § 3º, da Constituição Federal, oportunidade em que transcreveu o seu teor, para embasar a sua alegação.

Sustenta que a taxa SELIC foi objeto de argüição de inconstitucionalidade pelo colendo Superior Tribunal de Justiça, que declarou a sua imprestabilidade para correção de débitos tributários. Transcreve o teor da referida ementa, bem como alguns trechos do voto do relator, em apoio ao seu argumento e diz que a aplicação da taxa SELIC, como índice de correção monetária afigura-se inconstitucional.

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, além de solicitar que as intimações e notificações relativas às decisões proferidas neste PAF sejam encaminhadas aos seus advogados, com escritório profissional na cidade de S. Paulo.

Os autuantes ao prestarem a informação fiscal, fls. 211/13 dos autos, fizeram, inicialmente, um resumo das alegações defensivas.

Em seguida, reproduziram o teor do art. 143, do RPAF/99 e aduziram que o autuado apresentou impugnação confusa, sem trazer nenhuma prova do que afirma. A título exemplificativo, dizem que cita documentos inexistentes no PAF (fl. 135, § 14º), troca às referências dos documentos anexados (fl. 134, § 12º), já que o documento 4 anexado diz tratar-se do documento 6, enquanto no documento 5 alega ser o documento 7, além de na fl. 132, § 5º fala em substituição tributária, situação que demonstra um certo descaso.

Prosseguindo em sua informação, os autuantes chamaram a atenção deste CONSEF para o cerne da questão, com a seguinte indagação: O produto “Leite Ninho” só é fabricado no Estado da Bahia?

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. 22/31), onde estão consignados 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. 21/31) 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. 209/210 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. 177/188), 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. 182/188) 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.

Quanto à alegação de inconstitucionalidade da taxa SELIC, transcreveram o teor do art. 167, I e II, do RPAF/99, segundo o qual não se inclui na competência dos órgãos julgadores a sua declaração, bem como acerca de matéria sob apreciação do Poder Judiciário.

No tocante 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, tendo esta 4ª JF decidido pela sua conversão em diligência a IFEP- Metro, para que fosse atendido o solicitado à fl. 219.

Em cumprimento a diligência, os autuantes assim se manifestaram:

“- A autuada 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%.

- A autuada fez uso do Decreto 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, foi proposta por este relator e aceita pelos demais componentes desta 4ª JF, 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. 233/259).

A IFEP-Metro, conforme intimação e AR às fls. 260/61, encaminhou cópias da diligência fiscal (fls. 232/259), bem como da solicitação desta 4ª JF ao autuado (fl. 228), oportunidade em que estipulou o prazo de dez dias para manifestação, querendo.

Em nova intervenção às fls. 263/264 dos autos acerca da diligência fiscal dos autuantes, o autuado, inicialmente, descreveu o motivo da lavratura do Auto de Infração, a fundamentação utilizada, pelos prepostos fiscais, bem como reproduziu parte do argumento defensivo apresentado em sua impugnação inicial ao lançamento fiscal.

Em seguida, 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.

Prosseguindo em seu arrazoado, o autuado transcreveu às fls. 264/65 o teor da solicitação desta 4ª JF, para que os autuantes refizessem o levantamento fiscal, bem como das providências adotadas pelos mesmos no cumprimento da diligência.

Sobre a diligência realizada, diz reafirmar 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 que essa Colenda Junta de Julgamento, analise 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.

Em novo pronunciamento à fl. 269, os autuantes, fizeram, inicialmente, um resumo das alegações defensivas, oportunidade em que disseram que o autuado em sua manifestação acerca da diligência realizada não apresentou ou adicionou qualquer informação, limitando-se a repetir argumentos anteriormente esposados em sua impugnação inicial ao lançamento.

## VOTO

O fulcro da autuação foi em razão do recolhimento a menos do imposto, em decorrência de erro na determinação da base de cálculo nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, pelo fato do autuado haver se utilizado do benefício previsto no Decreto nº 7.826/00, nas vendas realizadas de leite em pó (códigos 1411 e 1420), cujas aquisições foram oriundas de outros Estados.

Para instruir a ação fiscal, os autuantes anexaram aos autos às fls. 5/124, além de outros documentos, os demonstrativos de apuração do imposto, bem como de cópias de notas fiscais.

Inicialmente, me reportarei aos dois pedidos do autuado em sua impugnação ao lançamento:

- a) o primeiro, em que pede à conversão do PAF em diligência, esclareço que tal providência foi adotada por este relator, para que os autuantes refizessem o demonstrativo de débito do imposto, o que foi cumprido. Por entender que os elementos constantes nos autos são suficientes para decidir acerca da presente lide, não vejo razão para conversão do PAF em nova diligência;
- b) o segundo, para que todas as intimações e notificações sejam encaminhadas aos seus advogados com escritório profissional na cidade de S. Paulo, ressalto que, ao contrário do processo judicial, no administrativo não obedece tal regra, no entanto, nada impede que o seu pleito seja atendido por parte da SEFAZ.

Adentrando no mérito da autuação e após analisar as peças que instruem o PAF, entendo que razão não assiste ao autuado, pelos seguintes motivos:

I - ao se defender da imputação, o autuado, dentre outros argumentos apresentados para infirmar a exigência fiscal, alegou 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 na cidade de Itabuna-BA., que foi remetida para estocagem nos referidos Estados, o que não concordo. Como justificativa, esclareço que, consoante o disposto no art. 42, do RICMS/97, considera-se autônomo cada estabelecimento produtor, extrator, beneficiador, gerador, industrial, comercial, importador ou prestador de serviço de transporte ou de comunicação do mesmo titular, para o cumprimento de suas obrigações tributárias, não procedendo, portanto, o argumento defensivo;

II - apesar de haver discordado do método utilizado pelos autuantes para apuração do imposto devido quando analisei os autos objetivando a sua instrução, decidi propor a esta 4ª JJF a sua conversão em diligência para que os autuantes refizessem o levantamento fiscal com base no descrito na fl. 228, cuja proposta foi aceita pelos demais componentes, que 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. 253/266;

III – para utilizar o benefício da redução da base de cálculo no percentual de 58,825% nas saídas internas de leite em pó, 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.

IV - 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.

Tendo em vista que o autuado não trouxe em sua defesa qualquer levantamento em que restasse comprovado que o leite adquirido em outras unidades da Federação não foi comercializado neste Estado com redução da base de cálculo do imposto, considero caracterizada a infração no importe de R\$56.225,17.

No que diz respeito ao questionamento do autuado de inconstitucionalidade da taxa SELIC, deixou de me manifestar a respeito, haja vista que não se inclui na competência desta Junta de Julgamento Fiscal tal declaração, ao teor do que dispõe o art. 167, I, do RPAF/99. Esclareço, no entanto, que a atualização dos débitos tributários pela taxa SELIC está prevista no art. 102, § 2º, II, da Lei nº 3.956/81 (COTEB).

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração no valor de R\$56.225,17, conforme demonstrativo à fl. 232.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 279104.0016/04-7, lavrado contra **NESTLÊ BRASIL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado 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, 07 de julho de 2005.

ANTÔNIO AGUIAR DE ARAÚJO – PRESIDENTE/RELATOR

LUIS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA - JULGADOR

MÔNICA MARIA ROTERS - JULGADORA