

A. I. Nº - 206891.0026/08-4
AUTUADO - NESTLE BRASIL LTDA.
AUTUANTES - MARCOS ANTÔNIO DA SILVA CARNEIRO, PAULO CESAR DA SILVA BRITO e JOAQUIM MAURÍCIO DA MOTTA LANDULFO JORGE
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 22.12.2008

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0334-02/08

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. TRANSFERÊNCIAS INTERESTADUAIS COM BASE DE CÁLCULO SUPERIOR À PREVISTA. Para fim 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, conforme definido na legislação tributária em vigor: custo da matéria-prima, material secundário, mão-de-obra e acondicionamento. Infração caracterizada. Rejeitada a decadência e nulidade suscitada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 24/07/2008, para exigir ICMS no valor histórico de R\$1.927.045,45, acrescido da multa de 60%, em decorrência da utilização indevidamente de crédito fiscal de ICMS, nas operações interestaduais com base de cálculo fixada pela unidade federada de origem, superior a estabelecida em lei complementar, convênios ou protocolo.

O autuado às folhas 119 a 146 ao impugnar o lançamento tributário, mediante advogado habilitado, inicialmente informa que o estabelecimento autuado é distribuidor de produtos alimentícios, sendo uma empresa de grande porte, gerando diversos postos de trabalhos, um dos maiores contribuintes de ICMS do Estado da Bahia, sempre cumprindo com suas obrigações fiscais e foi surpreendido com a autuação decorrente da imputação de utilização indevida de crédito fiscal relativo às transferências interestaduais de mercadorias, frisando que houve equívoco do fisco baiano em relação ao entendimento de que a base de cálculo do ICMS incidente sobre as operações de transferências interestaduais fica limitada ao custo da matéria-prima, material secundário, mão-de-obra e acondicionamento.

Preliminarmente, requer nulidade da autuação, por entender que a decisão prolatada pelo STJ-Superior Tribunal de Justiça, citada pelos autuante como motivo para lavratura do Auto de Infração, não guarda qualquer relação com as operações realizadas pelo impugnante, que é a transferência de produtos industrializados para estabelecimentos comerciais localizados no Estado da Bahia. Enquanto que, a matéria objeto da decisão do STJ trata da base de cálculo na transferência de produto industrializado ou in natura – arroz, em razão da discussão acerca de sua condição de produto industrializado ou in natura. Já nas operações realizadas pelo autuado, não há discussão acerca da industrialização ou não dos produtos transferido para o Estado da Bahia.

Aduz que no caso em tela, a discussão gira em torno da correta base de cálculo do ICMS, nos termos do artigo 13, § 4º, incisos I ou III, da LC nº 87/96, vez que os produtos transferidos para o Estado da Bahia são originários de estabelecimento comercial e não de industrial, como consideraram os autuante, não havendo adequação dos fatos ao julgado do STJ transcrita no Auto de Infração.

Frisa que a jurisprudência do STJ é uníssona no sentido de que a falta de motivação do ato administrativo importe na sua invalidação, reiterando o pedido de nulidade.

No mérito, aduz que a fiscalização considerou que a base de cálculo utilizada na transferência de mercadorias dos centros distribuidores localizados no Estado de São Paulo para estabelecimento do impugnante no Estado da Bahia deveria corresponder ao custo da mercadoria prevista no art. 13, § 4º, II da LC 87/96 e não o da entrada mais recente prescrito no inciso I do mesmo dispositivo legal. Assevera que os autuantes ignoraram a legislação complementar, a própria legislação baiana e a legislação do Estado de São Paulo.

Esclarece que as mercadorias recebidas são, primeiramente, transferidas do fabricante para outros estabelecimentos, denominados de “Centros de Distribuição”, os quais procedem às remessas das mercadorias para vários outros estabelecimentos em todo o território nacional, aos quais compete a distribuição regional, dentre eles, o estabelecimento situado em Salvador, ora impugnante. Todavia, a fiscalização desconsiderou essas operações de transferência de mercadorias do Fabricante para os centros de distribuição, partido da premissa de que essa transferência não gera efeito algum e, portanto, a base de cálculo a ser atribuída deveria ser a relativa à fictícia venda direta do Fabricante para a impugnante.

Salienta que a Constituição Federal, em seu artigo 146, atribui à lei complementar competência exclusiva para dispor acerca das características norteadora dos tributos. Transcreve o art. 6º, § 2º do Decreto-Lei 406/68 que trata da autonomia de cada estabelecimento, que foi mantido no art. 12 da Lei Complementar 87/96. Assevera que o fato em análise refere-se a saídas de mercadorias de seus estabelecimentos fabricantes para os estabelecimentos comerciais, os quais denomina de “Centro de Distribuição”, ambos do mesmo titular, surgindo à obrigação tributária relativa ao ICMS, tendo como local da operação de cobrança do imposto, o local onde ocorreu à saída da mercadoria (art. 11 da LC 87/96), seguindo o princípio de autonomia dos estabelecimentos.

Aduz que o inciso I do art. 2º da Lei nº 6.374/96 do Estado de São Paulo estabelece que ocorre o fato gerador do imposto na saída de mercadoria a qualquer título de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular. Conclui que de acordo com a legislação do ICMS, são tributadas as operações de transferências de estabelecimentos fabricantes para seus estabelecimentos comerciais “Centro de Distribuição” localizados em outros estados.

Transcreve parte do voto referente a julgamento da constitucionalidade da Lei nº 4.418/82 do Estado de Alagoas, cujo relator foi o Ministro Djaci Falcão, com base em parecer do professor José Souto Maior Borges, bem como trecho publicado do professor Roque Antônio Carraza que versam sobre autonomia dos estabelecimentos e tributação do ICMS nas saídas de mercadorias transferidas para outros estabelecimentos pertencentes ao mesmo titular.

Argumenta que tendo tributado as operações de transferências em conformidade com o que determina a legislação do ICMS, o Estado da Bahia não tem competência constitucional para invalidar leis complementares ou estaduais de outros Estados. Aduz que caso o Estado da Bahia se sinta prejudicado pelos efeitos de dispositivos legais decorrentes de lei complementar ou de outro Estado, caberia recorrer ao Supremo Tribunal Federal para expurgar tais normas do ordenamento jurídico e não tendo sido declarado constitucional, as operações de transferências entre estabelecimentos devem obedecer ao que determina a legislação tributária.

Destaca, a título de exemplo, que o Estado de São Paulo, fazendo uso da sua competência constitucional tributária, no artigo 38, § 3º do RICMS/SP, estabelece que nas saídas de mercadorias para estabelecimento situado no próprio Estado, pertencente ao mesmo titular poderá o estabelecimento remeter atribuir à operação outro valor, desde que não inferior ao custo da mercadoria. Assim, de acordo com a legislação do Estado de São Paulo, o custo é a base de cálculo mínima a ser adotada e não o seu limite e, no seu entendimento, a utilização do valor superior ao custo, como base de cálculo do ICMS nas transferências das mercadorias produzidas pelo Estabelecimento Fabricante, localizado no Estado de São Paulo, tem respaldo na legislação pertinente e não pode ser desconsiderada pelo Fisco do Estado da Bahia.

Ressalta que o § 4º do artigo 13 da Lei Complementar 87/96, ao tratar da base de cálculo nas transferências interestaduais de mercadorias para estabelecimento do mesmo titular, prevê que devem ter como base de cálculo tributável pelo ICMS, ou o valor correspondente à entrada mais recente da mercadoria (inciso I) ou o custo da mercadoria produzida, assim entendida a soma do custo da matéria-prima, material secundário, mão-de-obra e acondicionamento (inciso II). Determinações que foram reproduzidas nos Regulamentos Estaduais, inclusive do Estado de São Paulo e da Bahia. Logo, quando a transferência interestadual for efetuada por estabelecimento industrial, a base de cálculo será o custo da mercadoria produzida. Entretanto, sendo realizada por estabelecimento comercial, a base de cálculo tributável deverá ser o valor da entrada mais recente que pode, sem qualquer ilegalidade, ser superior ao custo, transcrevendo ensinamento do professor Roberto Siqueira Campos para reforçar o seu entendimento.

Ressalta que o custo entendido como matéria-prima, material secundário, mão-de-obra e acondicionamento utilizado na produção, das mercadorias a serem transferidas, somente pode ser aferido no estabelecimento fabricante, que possui o controle relativo às parcelas da composição do custo, uma vez que, o estabelecimento que recebeu as mercadorias em transferências tem conhecimento apenas do valor atribuído pelo estabelecimento remetente, consignado na nota fiscal respectiva. Reitera que o “Centro de Distribuição” não é uma extensão do estabelecimento fabricante, mas um estabelecimento comercial instituído para aprimorar a logística de distribuição dos produtos nacionalmente, portanto, os Centros de Distribuição são estabelecimentos comerciais autônomos, e nas operações de transferências de mercadorias deve ser atribuída como base de cálculo do ICMS o “valor da entrada mais recente”, como procedeu em obediência ao princípio de autonomia dos estabelecimentos (art. 11, §3º da LC 87/96, entendendo que não descumpriu a legislação do imposto em questão).

Transcreve trecho de decisão proferida no julgamento do processo nº 001/01.05.0347412-0 que trata sobre operação de transferência de mercadoria produzida em estabelecimento localizado no Estado de São Paulo para estabelecimento localizado no Estado do Rio Grande do Sul, onde consta que, se a autora, antes de enviar seus produtos para este Estado, realiza operação interna em terras paulistas, e esta operação sofre tributação por aquele fisco, não há como aceitar a idéia de que, para o cálculo do tributo no RS, seja utilizada base de cálculo pelo valor do custo da mercadoria, que se aceito implicaria em desconsideração total de operação de circulação anterior, que por ser tributada acabou por onerar o contribuinte.

Requer a realização de diligência objetivando a verificação da documentação fiscal, referente às operações realizadas, que se encontra à disposição do fisco no seu estabelecimento.

Ao finalizar, requer o cancelamento da exigência fiscal ou que sejam desconsideradas quaisquer penalidade, com base no artigo 2º do Decreto-Lei nº 834/69.

Os autuantes, fls. 196 a 241, ao prestarem a informação fiscal, salientam que o objetivo é identificar e quantificar a base de cálculo do ICMS em operações interestaduais, envolvendo produtos industrializados.

Frisam que o artigo 155, § 2º, XII, “i” da Constituição Federal de 1988 é específico para o ICMS e estatui que cabe à lei complementar ficar a base de cálculo desta espécie tributária, e, de igual modo, o artigo 146, III, “a” impõe o emprego de idêntico veículo normativo quando da definição de bases de cálculo para os impostos de um modo geral. Neste sentido a Lei Complementar nº 87/96, no artigo 13, § 4º, inciso II, prescreve que a base de cálculo do ICMS, nas transferências interestaduais de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo contribuinte, deve corresponder ao custo da mercadoria produzida, assim entendida a soma do custo da matéria-prima, material secundário, mão-de-obra e acondicionamento. Por sua vez, a legislação do Estado da Bahia, Lei instituidora do ICMS nº 7.014/96, no artigo 17, § 7º, inciso II, quanto no Regulamento do ICMS, no artigo 56, inciso V, alínea “b”, traz essa mesma definição, repetindo de por literal o que consta na Lei Complementar citada.

Quanto aos impactos dos dispositivos acima citados, registram que as empresas que transacionam em mais de um Estado não podem olvidar da compreensão do real sentido e alcance da regra prevista no artigo 13, § 4º, inciso II da LC 87/96, para não destacar ICMS a mais, quando da emissão das notas fiscais de transferências interestaduais, e recolher aos cofres do Estado de origem valor maior que o devido, pois, no conjunto das operações entre os mesmos titulares e em decorrência do princípio constitucional da não-cumulatividade, o contribuinte sempre pagará o mesmo valor do imposto.

Prosseguindo, reiteram os termos da imputação.

Ao contestarem a defesa, ressaltam que em nenhum momento foram contestados os cálculos e os valores constantes dos demonstrativos anexos aos autos.

Quanto a preliminar de nulidade do lançamento, sob argumento de que citou decisão de julgado do STJ incompatível com os fatos ocorridos, sob argumento que aquela decisão restringe-se à aplicação dos incisos I ou III do § 4º do art. 13 da LC 87/96, asseveram que não é o que consta da decisão do STJ consignado no corpo do Auto de Infração, fl. 03, haja vista que nessa decisão há uma clara menção ao inciso II, ao estabelecer que a fixação da base de cálculo de produto industrializado para fins de ICMS, quando sai de um estabelecimento para outro do mesmo contribuinte, para outro Estado, pelo art. 13, §4º, II não pode ser modificado por regra estadual.

No mérito, em relação à alegação defensiva de legalidade da base de cálculo adotada, com a inclusão de todos os elementos de custo de produção, asseveram que o sujeito passivo, em primeiro lugar, deve obedecer ao que está prescrito expressamente na Constituição Federal e no artigo 13, §4º, II da Lei Complementar do ICMS, que prevê que a base de cálculo do ICMS, nas transferências interestaduais de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo contribuinte, deve corresponder ao custo da mercadoria produzida, assim entendia a soma do custo de matéria-prima, material secundário, mão-de-obra e acondicionamento. Assim sendo, na realização da auditoria, foi utilizado como parâmetro para a definição da base de cálculo o somatório dos custos de matéria-prima, material secundário, mão-de-obra e acondicionamento. Isto posto, os gastos com manutenção, depreciação, amortização, frete CIF etc., devem ser expurgados para efeito de determinação da base de cálculo legal, implicando no subsequente estorno do respectivo crédito fiscal.

Frisam que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) já decidiu, no Recurso Especial nº 707.635-RS (2004/0171307-1), que a definição da base de cálculo do ICMS é reservada à Lei Complementar (art. 146, III, “a” da CF) e não pode ser modificado por regra estadual.

Às folhas 210 a 214, transcrevem os artigos 209 e 210 do CTN- Código Tributário Nacional, além de trechos de textos de autoria de doutrinadores, tais como Sacha Calmon, Luciano Amaro, Hugo de Brito Machado e Aliomar Baleiro, sobre interpretação de normas de Direito Tributário, para tentar demonstrar que na interpretação das normas, deve se definir o conteúdo e o alcance sem qualquer expansão ou ampliação, que não venha ser feita de modo expresso, com a modificação das normas, preservando a rigidez do limite de competência tributária.

Prosseguindo, às folhas 214 a 225, tece comentários sobre normas de contabilidade, com ênfase em custos, citando diversos professores, definindo os conceitos básicos de custo industrial: materiais (matéria-prima, material secundário e de embalagem), mão-de-obra e custos indiretos de fabricação, custo de produção.

Apontam impropriedades contidas na legislação do Estado de Minas Gerais (art. 43, §2, incisos I a IV do Regulamento do ICMS) e do Estado de São Paulo (Decisão Normativa CAT-5 de 15/06/2005).

Transcrevem trechos da Consulta 056/2002 formuladas à Secretaria da Fazenda do Estado do Paraná, cuja resposta após discorrer sobre a hierarquia das normas do ICMS, reconhece a supremacia da LC 87/96, concluindo que a enumeração dos itens que compõem o custo da

mercadoria produzida é taxativa, ou seja, a soma do custo da matéria-prima, material secundário, mão-de-obra e acondicionamento e que não cabe a legislação estadual interpretar de outra forma.

Transcrevem decisões contidas em julgamento administrativos dos Estados da Bahia, Paraná e Minas Gerais, do Tribunal Regional do Rio Grande do Sul (Processo 70002778157/2007) e do Superior Tribunal de Justiça- STJ (Recurso Especial nº 707.635 – RS 2004/0171307-1), nas quais foram decididos que nas operações de transferências interestaduais entre estabelecimentos da mesma empresa, deve ser adotada base de cálculo conforme definida em lei: o custo da matéria-prima, material secundário, mão-de-obra e acondicionamento. Bem como, decisões do Supremo Tribunal Federal – STF, firmando a jurisprudência no sentido de que as leis complementares devem definir os fatos geradores e fixar as bases de cálculos dos impostos de forma expressa, ou seja, são prescrições taxativas.

Transcreve Ementa da decisão regente do Conselho do Estado da Bahia, relativa ao Auto de Infração nº 206891.0014/07-8, lavrado pelos mesmos autuantes, conforme abaixo:

“Auto de Infração - 2068910014078

Recurso - Defesa

Autuado(a) -

Autuante(s) - JOAQUIM MAURICIO MOTTA L JORGE , MARCOS ANTONIO SILVA CARNEIRO , PAULO CESAR DA SILVA BRITO

...

ACORDÃO JJFNº 0253-04/08 Resolução

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, conforme definido na legislação tributária em vigor: custo da matéria prima, material secundário, mão de obra e acondicionamento. Infração caracterizada. Indeferido o pedido de realização de perícia. Não acolhidas as argüições de decadência e nulidade argüidas. Auto de Infração PROCEDENTE. Decisão unânime.”

No que tange à alegação defensiva de que nas operações de transferências do estabelecimento produtor para os “Centros de Distribuição”, deve ser adotado como base de cálculo o valor correspondente da entrada mais recente, contestam alegando que deve ser aplicado o inciso II do § 4º artigo 13 da LC 87/96, quando diz respeito às operações de transferência de produtos industrializados que foram confeccionados pelo mesmo titular, uma vez que a transferência do estabelecimento fabricante para um centro distribuidor, estabelecimento atacadista da mesma empresa, não altera a titularidade das mercadorias.

Frisam que de acordo com o Regulamento do IPI, Dec. 4.544/2002, artigo 9º, inciso III, equiparam-se a estabelecimento industrial as filiais e demais estabelecimentos que exercerem o comércio de produtos importados, industrializados ou mandados industrializar por outro estabelecimento do mesmo contribuinte, salvo se aqueles estabelecimentos que operam exclusivamente na venda a varejo. No mesmo sentido o artigo 51, §1º do RICMS/BA, estabelece que equipara-se a estabelecimento industrial a filial atacadista que exerce o comércio de produtos industrializados por outro estabelecimento da mesma empresa. Igualmente, o Acórdão nº 468/08 do Tribunal Administrativo de Recursos Fiscais do Estado do Rio Grande do Sul reafirmou esse entendimento.

Entendem que somente se aplica a regra do “valor mais recente” quando se transfere mercadorias que não foram fabricadas pelo autuado, por desconhecer o custo de produção e não teria nenhum sentido exigir que a base de cálculo fosse igual ao custo.

Ao finalizarem, salientam que o procedimento defendido pelo autuado fere de morte o pacto federativo, pois, ocorreria interferência na repartição das receitas tributárias prevista na Carta Magna, haja vista que uma unidade federada receberia mais recursos de ICMS e transferiria, de maneira constitucional, crédito de imposto para outro Estado, que, pelo princípio da não-cumulatividade, arcaria com o ônus de perceber uma parcela menor de tributos e pedem pela procedência da autuação.

VOTO

Após analisar as peças que compõem o presente PAF, constatei que os autuantes lavraram o Auto de Infração em tela, para exigir ICMS 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, convênios ou protocolo.

Em sua defesa o sujeito passivo, preliminarmente, argüiu nulidade do Auto de Infração, por entender que faltou motivação do ato administrativo, pois a decisão prolatada pelo STJ- Superior Tribunal de Justiça, transcritas pelos autuantes como motivo para lavratura do Auto de Infração, não guarda qualquer relação com as operações realizadas pelo impugnante.

Entendo que essa argüição de nulidade, por falta de motivação para lavratura do Auto de infração, não pode ser acolhido, uma vez que os autuantes às folhas 03 a 05 dos autos apontaram diversos motivos para lavratura do mesmo. Relataram o procedimento adotado pelo autuado na utilização dos créditos nas operações de transferência interestaduais, indicando os dispositivos infringidos da Lei Complementar nº 87/96, Lei nº 7.014/96 e o Regulamento do ICMS do Estado da Bahia. Discorreram sobre a planilha de custo que embasou a autuação. Transcreveram trechos de decisões de julgamentos administrativo do Estado da Bahia, do Tribunal de Justiça Estadual do Rio Grande do Sul, do Superior tribunal de Justiça - STJ e Supremo Tribunal Federal – STF.

Em relação a citada decisão prolatada pelo STJ- Superior Tribunal de Justiça, entendo que a mesma tem relação com a infração em tela, pois no item 4 da mesma, transrito no corpo do auto e na própria peça defensiva, deixa claro que trata da definição da base de cálculo nas transferências de produtos industrializados enviado para estabelecimento do mesmo contribuinte em outro Estado.

Assim, ante aos motivos listados pelos autuantes no corpo do Auto de Infração, mesmo que a decisão prolatada pelo STJ- Superior Tribunal de Justiça, a qual friso que é um dos motivos elencados pelos auditores fiscais, não guardasse qualquer relação com as operações realizadas pelo sujeito passivo, entendimento defensivo com o qual não concordo, a autuação não poderia ser anulada, já que a motivação para lavratura do referido auto foi amplamente demonstrada às folhas 03 a 05 dos autos.

Ressalto que os autuantes observaram as determinações legais relativas à lavratura do Auto de Infração e a intimação do sujeito passivo sobre a constituição do crédito tributário, tendo o autuado entendido a imputação e recebido cópia dos elementos que embasaram a autuação, fato que lhe possibilitou o exercício do amplo direito da defesa, razão pela qual não vislumbro nenhuma inobservância formal que conduzam a sua nulidade nos termos do art. 18 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629 de 09 de julho de 1999, Publicado no Diário Oficial de 10 e 11/07/1999.

Acerca do pedido de diligência formulado pelo sujeito passivo, objetivando a verificação da documentação fiscal, ressalto que o Auto de Infração foi lavrado com base em dados constantes nas planilhas de custos apresentados pelo impugnante e dados contidos nos documentos fiscais emitidos pelo próprio, consolidados nos demonstrativos que lhes foi entregue, não havendo qualquer questionamento quanto aos números apresentados, razão pela qual indefiro pleito defensivo, com fulcro no art. 147, I, “a”, também do RPAF/99, por entender que os elementos acostados aos autos são suficientes para decidir com relação a presente lide.

No que tange ao mérito da autuação, o sujeito passivo alega que a fiscalização considerou a base de cálculo utilizada na transferência de mercadorias dos “Centros Distribuidores” localizados no Estado de São Paulo para estabelecimento do impugnante no Estado da Bahia deveria corresponder ao custo da mercadoria prevista no art. 13, §4º, II da LC 87/96 e não o da entrada mais recente prescrito no inciso I do mesmo dispositivo legal, o qual é adotado pelo remetente. Assevera que os autuantes ignoraram a legislação complementar, a própria legislação baiana e a legislação do Estado de São Paulo, fato que demonstrará ter agido dentro da legalidade. Esclarece que as mercadorias recebidas são, primeiramente, transferidas do fabricante para outros estabelecimentos, denominados de “Centros de Distribuição”, os quais procedem às remessas das mercadorias para vários outros estabelecimentos em todo o território nacional, aos quais compete a distribuição regional, dente eles, o estabelecimento situado em Salvador, ora autuado.

Logo, a presente lide gira em torno da correta apuração da base de cálculo nas transferências interestaduais, entre estabelecimentos do titular, ou seja, deve ser aplicada a regra do inciso II do §4º do artigo art. 13 da LC 87/96, como defende aos autuantes, ou deve ser aplicada a regra prevista no inciso I do mesmo parágrafo, com alega o contribuinte.

Os dispositivos acima citados estabelecem que:

“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:

I - o valor correspondente à entrada mais recente da mercadoria;

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

O sujeito passivo concorda que, nas saídas de estabelecimento industrial, deve ser aplicada a norma prevista no II acima transcrita. Entretanto, alega que remessa fora realizada pelos “Centros Distribuidores”, estabelecimentos atacadista localizados no Estado de São Paulo, os quais recebem toda a produção do estabelecimento industrial, sendo todos os estabelecimentos pertencentes ao mesmo titular, inclusive o estabelecimento autuado.

Ocorre que, como bem ressaltaram os autuado na informação fiscal, de acordo com o Regulamento do IPI, Dec. 4.544/2002, artigo 9º, inciso III, equiparam-se a estabelecimento industrial as filiais e demais estabelecimentos que exercerem o comércio de produtos importados, industrializados ou mandados industrializar por outro estabelecimento do mesmo contribuinte, salvo se aqueles estabelecimentos que operam exclusivamente na venda a varejo. No mesmo sentido o artigo 51, §1º, I do RICMS/BA, em vigor, estabelece que equipara-se a estabelecimento industrial a filial atacadista que exerce o comércio de produtos industrializados por outro estabelecimento da mesma empresa. Igualmente, o Acórdão nº 468/08 do Tribunal Administrativo de Recursos Fiscais do Estado do Rio Grande do Sul reafirmou esse entendimento. Assim, resta claro que nas transferências entre estabelecimentos do mesmo titular não há mudança de titularidade.

A alegação defensiva que o Estado de São Paulo no artigo 38, § 3º do RICMS/SP, estabelece que nas saídas de mercadorias para estabelecimento situado no próprio Estado, pertencente ao mesmo titular poderá o estabelecimento remetente atribuir à operação outro valor, desde que não inferior ao custo da mercadoria, não é capaz de elidir a autuação, uma vez no caso em lide trata de operações interestaduais, não podendo prevalecer a legislação do Estado de São Paulo nas relações tributárias envolvendo o Estado da Bahia e contribuintes inscritos no Estado da Bahia.

Os contribuintes do ICMS inscritos no Estado da Bahia devem obedecer as normas tributárias estabelecidas neste estado.

Observo que a norma estadual baiana não é conflitante com a paulista, uma vez que o regulamento daquele estado não determina que a transferência seja realizada com o custo superior ao custo de produção, apenas, faculta essa hipótese. Assim, cabe ao contribuinte, por ser uma grande empresa a nível nacional, observar as normas dos estados em que realiza operações que envolva tributação pelo ICMS, não havendo nenhuma ofensa ao princípio da autonomia dos estabelecimentos frente ao citado imposto.

Nesse sentido, a PROFIS- Procuradoria Fiscal da Procuradoria Geral do Estado da Bahia, ao emitir parecer em relação ao Recurso Voluntário, contra a decisão contida no Acórdão relativo ao Auto de Infração nº 206891.0001/08-1, lavrado contra a própria Nestlé Brasil Ltda., sobre a mesma matéria, às folhas 285 a 287 do citado processo, assim se manifestou;

“Em relação às regras para apuração do custo de produção, vejo que a legislação aplicada no caso é prevista , tanto na LC 87/96, que estabelece as regras gerais de ICMS, exatamente para dirimir divergência entre as leis estaduais, e a nossa Lei nº 7.014/96.

A lei da Bahia está fundamentada na Lei complementar e por essa razão é perfeitamente aplicável e exequível.

Ademais, o crédito fiscal lançado e glosado seria utilizado frente a Bahia, motivo pelo qual o contribuinte deve se submeter às regras ditadas por esse Estado que suportará o ônus do crédito.

Quando ao pedido de redução ou cancelamento da multa, o dispositivo legal não se aplica a Bahia, pelo que não pode servir de fundamento para tal.

Diante disso, opino pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso.”

Ainda, neste mesmo sentido tem se manifestado este órgão julgador, que a título de exemplo, cito os Acórdãos da Sadia ACÓRDÃO JJF Nº 0299-04/08 e da Nestlé ACÓRDÃO JJF Nº 0324-04/08. Assim, em que pese tal questão ainda não se encontrar pacificada nos tribunais brasileiros, no âmbito administrativo à Secretaria da Fazenda e Procuradoria do Estado da Bahia tem se manifestado no sentido de que nas operações de transferências dos “Centros de Distribuição” para estabelecimentos localizados em outros Estados pertencentes ao mesmo titular, deve ser aplicada a regra disposta no art. 13, §4º, II da LC 87/96, e não a do inciso I do mencionado diploma legal, como entendeu o impugnante.

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

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDELENTE** o Auto de Infração nº 206891.0026/08-4, lavrado contra **NESTLÉ DO BRASIL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.927.045,45**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de dezembro de 2008.

JOSÉ CARLOS BACELAR - PRESIDENTE

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA -RELATOR

JORGE INÁCIO DE AQUINO- JULGADOR