

A. I. Nº - 180573.0004/08-0
AUTUADO - PROCTER & GAMBLE QUÍMICA LTDA.
AUTUANTES - ARISTON ALVES DA SILVA
ORIGEM - INFRAZ INDÚSTRIA
INTERNET - 09.07.2009

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0198/02-09

EMENTA: ICMS. 1. TRANSFERÊNCIAS DE MERCADORIAS PARA OUTRA UNIDADE DA FEDERAÇÃO. PREÇO INFERIOR AO DE AQUISIÇÃO. OPERAÇÕES ESCRITURADAS NOS LIVROS FISCAIS. RECOLHIMENTO A MENOS. Nas transferências interestaduais entre estabelecimentos do mesmo titular, deverá ser adotado como valor da base de cálculo o custo de aquisição, conforme definido na legislação do imposto. No caso, a operação de venda entre empresa do mesmo grupo não se enquadra no conceito de transferência de mercadorias entre estabelecimentos da mesma empresa. Descaracterizada a infração. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. **a)** MATERIAL DE CONSUMO. **b)** BENS DESTINADOS AO ATIVO FIXO. FALTA DE PAGAMENTO. Infrações elididas em parte. 3. CRÉDITO FISCAL. SERVIÇO DE TRANSPORTE INTRAMUNICIPAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. Fato não contestado. 4. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. **a)** MERCADORIAS NÃO TRIBUTÁVEIS. **b)** MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. Descumprimento de obrigações acessórias. Multa de 1% e de 10% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Infração não contestadas. 2. DOCUMENTOS DE INFORMAÇÕES ECONÔMICO-FISCAIS. DMA. DECLARAÇÃO INCORRETA DE DADOS. MULTA. Fato não contestado. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 29/08/08, e reclama ICMS e MULTA o valor total de R\$ 113.493,06, sob acusação de cometimento das seguintes infrações:

1. Efetuou saídas de produtos em transferência para estabelecimento situado em outra unidade da Federação, pertencente ao mesmo titular, com preço inferior ao custo de produção, no mês de maio de 2003, sendo exigido o ICMS no valor de R\$ 63.179,98, conforme planilha à fl.10.

Em complemento consta: “*Trata-se de saída do produto Linear Aquilbenzeno Sulfonado - HLAS (LABS) que inicialmente era destinada a exportação de maneira semelhante a outros embarques efetuados anteriormente pela empresa, conforme pode-se constatar através das notas fiscais relacionadas em quadro demonstrativo elaborado pela empresa que elenca as notas fiscais iniciando com a de nº 9501 e terminando com a de nº 9596. Atente-se para o fato que estas notas fiscais foram emitidas com CFOP de nº 5501 cuja descrição é “Remessa de Produção do Estabelecimento, com fim específico de exportação”. Enquanto que no corpo das referidas notas encontra-se a expressão “REMESSA PARA ARMAZÉM ALFANDEGADO COM O FIM ESPECÍFICO DE EXPORTAÇÃO – ICMS NÃO INCIDE CF. ART. 581, 582, III, DEC 6284/97 R/ICMS/BA”, na forma portanto, de lotes para o terminal de armazenamento da Tequimar -*

Terminal Químico de Aratu destinados a posterior exportação. No entanto, ao efetuar a verificação da documentação pertinente, constatei que não houve a exportação pela Procter/BA e sim a transferência para a Procter de São Paulo, conforme nota fiscal de nº 9605 emitida em 16/05/03 cuja quantidade (517,39 toneladas) corresponde ao somatório das saídas já mencionadas e destinadas à armazenagem. Acontece, porém, que a saída tributada conforme nota fiscal de nº. 9605 emitida em 16/05/03, foi concretizada com preço abaixo daquele das saídas com suspensão (para armazenagem), apesar de se tratar da mesma mercadoria na mesma quantidade. Ao analisar a questão a partir da sua origem, consegui identificar as matérias primas que foram adquiridas com o fim específico de fabricação daqueles produtos ora em análise, conforme relação de notas fiscais com cópias anexas que começa com a de nº 52640 e termina com a de nº 52830 de maio de 2003, todas emitidas pela DETEN - Química S/A. O total da base de cálculo das referidas NF é de R\$ 1.310.904,65 enquanto que o ICMS destacado nas mesmas e aproveitado como crédito importou em 222.853,79, além do montante correspondente a outros materiais diretos (Soda Cáustica e Enxofre) adquiridos respectivamente da TRIKEN e da MELLENIUM com base de cálculo de R\$ 180.587,13 e ICMS creditado de R\$ 30.699,82, conforme consta de planilha formulada pela empresa e dos lançamentos no livro Registro de Entradas referente a maio de 2003, às fls. 0048 a 0059. É evidente que na fabricação dos produtos, existem outros custos a serem imputados, a exemplo de mão de obra e outros gastos de fabricação. ”

2. Falta de recolhimento do ICMS no total de R\$34.130,17, nos meses de março, junho, setembro, outubro de 2003, janeiro, maio, junho, dezembro de 2004, janeiro e junho de 2005, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, conforme demonstrativos às fls. 12 a 19.
3. Falta de recolhimento do ICMS no total de R\$6.042,15, nos meses de junho e outubro de 2004, março, julho, setembro a dezembro de 2005, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, conforme demonstrativos às fls.21 a 25.
4. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS no valor de R\$ 2.242,84, oriundo de operação não tributada de serviço de transporte intramunicipal, nos meses de maio e junho de 2003, conforme demonstrativo e documentos.
5. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, com base em cópias de notas fiscais obtidas junto ao CFAMT - CFAMT – Controle Fiscal Automatizado de Mercadorias, nos meses de julho de 2003 e fevereiro de 2004, sendo aplicada a multa no valor de R\$4.909,82, equivalente a 10% sobre o valor comercial das mercadorias, conforme demonstrativo à fl.26.
6. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, com base em cópias de notas fiscais obtidas junto ao CFAMT – Controle Fiscal Automatizado de Mercadorias, nos meses de julho de 2003 e maio de 2005, sendo aplicada a multa no valor de R\$ 2.568,10, equivalente a 1% sobre o valor comercial das mercadorias, conforme demonstrativo à fl.26.
7. Declarou incorretamente dados nas informações econômico-fiscais apresentadas através da DMA - Declaração de Apuração Mensal do ICMS, nos meses de setembro, outubro e novembro de 2005, sendo aplicada a multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$420,00.

O sujeito passivo através de advogado legalmente constituído, apresenta defesa às fls.281 a 285, onde reconhece o débito referente às infrações 02, 03, 04, 05, 06 e 07, e impugnou o lançamento referente à infração 01, esclarecendo e ponderando que:

- a) é pessoa jurídica de direito privado que se dedica à industrialização e comercialização de produtos intermediários, necessários para a fabricação de detergentes e sabão em pó, cujo produto industrializado, **Linear Aquilbenzeno Sulfonado (HLAS)**, tem em sua composição química grande quantidade de produtos derivados de petróleo, os quais são adquiridos junto a fornecedores locais, domiciliados dentro do pólo petroquímico de Camaçari;
- b) os seus maiores fornecedores de matéria prima estão localizados dentro do Território Estado do Bahia, bem assim a totalidade de suas vendas são canalizadas para dois destinos específicos: a) exportação; b) industrialização sob encomenda para Procter & Gamble Industrial e Comercial Ltda., domiciliada em São Paulo;
- c) não existem hipóteses consubstanciadas de transferência de mercadorias, pois as saídas se dão, exclusivamente, a título de venda para exportação ou venda para o mercado interno.

Em seguida, invocou o artigo 56, inciso V, alínea b, do RICMS/Ba., para argumentar que sua aplicação é restrita às operações de transferência realizadas a partir de contribuintes domiciliados no Estado da Bahia.

Ressalta que para a aplicação do citado dispositivo legal é necessário tenha havido uma operação de transferência reunindo empresas que detenham um único CNPJ raiz, ou seja, que somente existirá uma operação de transferência quando dois estabelecimentos vinculados a uma única pessoa jurídica venham a realizar remessas provenientes de deslocamento de mercadorias entre seus respectivos estabelecimentos.

No caso, afirma que a operação de remessa dos produtos se deu a partir de uma determinada pessoa jurídica denominada: Procter & Gamble Química Ltda, tendo como destinatário destas mesmas remessas uma segunda entidade jurídica distinta, cuja razão social é Procter & Gamble Industrial e Comercial Ltda, sendo a transação norteadora da operação em tela de compra e venda. Juntou cópias dos contratos sociais das citadas empresas para comprovar sua alegação.

Além disso, assevera que não há óbice de ordem legal que impeça operações de compra e venda praticadas por preços inferiores ao de custo. Transcreveu o entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre a questão relacionada com as hipóteses de vendas de produtos, utilizando-se valores inferiores ao preço de custo das referidas mercadorias, e que não seriam exigíveis os estorno de créditos pertinentes a suposta diferença de preços.

Ao final, requer a improcedência da infração 01, e protestou pela emissão de Guia de Recolhimento para a liquidação das obrigações individualizadas nos itens 2, 3, 4, 5, 6 e 7.

O autuante em sua informação fiscal à fl.311 a 312, confirma que as saídas dos produtos, na sua maioria, foram destinadas a outra empresa do mesmo grupo econômico em outro Estado (SP), Procter & Gamble Industrial e Comercial Ltda, e que conforme a própria razão social de ambas, são pertencentes ao mesmo grupo.

Observa que no campo complementar do auto de infração, disponibilizado pelo SEAI - Sistema Eletrônico do Auto de Infração, conforme consta da folha 1 do PAF, estão enumerados os fatos e provas que motivaram a infração, os quais são bastante elucidativos.

Discordou do argumento defensivo de que só se considera transferência quando estão reunidas duas empresas que "detenham um único CNPJ raiz", dizendo que não como prosperar esse entendimento, pois se trata da mesma empresa ou pertencente ao mesmo grupo de empresas,

através da razão social coincidente e também por ser conhecida nacional e mundialmente através das suas marcas e linhas de produtos.

Explica que, conforme se pode constatar através do resumo do seu processo produtivo (folha 41 do PAF), a unidade da Procter na Bahia tem a finalidade básica de produzir o Acido Sulfônico a 96% (LABS) e o Linear Alquilbenzeno Sulfonado - HLAS (LABS), ratificação da defesa (fls 281 e 282). Aduz que se trata de um processo de industrialização integrado entre as duas unidades, haja vista que, consta na descrição "DOS FATOS" da defesa: "a impugnante é pessoa jurídica de direito privado que se dedica à industrialização e comercialização de produtos intermediários, necessários para a fabricação de detergentes e sabão em pó", ou seja, que o seu produto principal "Linear Alquilbenzeno Sulfonado (HLAS) desempenha o papel de matéria prima na fabricação de detergentes e sabão em pó, os quais são fabricados pelo estabelecimento localizado no Estado de São Paulo.

Ressalta que ambas têm sócio comum que é a Procter & Gamble do Brasil S/A, com sede na Cidade de Manaus/AM, a qual está elencada como sócia da Procter & Gamble Química Ltda (autuado) conforme ficha de dados cadastrais às folhas de nº. 109 e 110 do PAF e cópia de Alteração Contratual às folhas 288 a 294. Quanto à participação da Procter & Gamble do Brasil S/A na Procter & Gamble Industrial e Comercial Ltda (destinatária das mercadorias), trouxe a comprovação através da 75^a. Alteração contratual demonstrada através das folhas 295 a 307 do PAF. Diz, também, que a composição da diretoria é a mesma conforme se pode constatar através de ambos contratos sociais vistos às folhas de nº. 293 do PAF (referente à autuado) e de nº 306 (referente destinatária das mercadorias). Observa, ainda, que na ficha de dados cadastrais do arquivo SEFAZ (fl. 110), aparecem três diretores como responsáveis que constam nas relações de diretores de ambas as empresas.

Rebateu a alegação de que não há impedimento legal quanto a "operações de compra e venda praticadas por preços inferiores ao de custo", inclusive com base em parecer do STF nos autos do RESP nº. 437006, dizendo que a operação foi caracterizada como sendo de "transferência" e, portanto, enquadrada no artigo 56, inciso V, "b" do RICMS aprovado pelo decreto 6.284/97.

Observa que o impugnante nada argumentou a respeito da demonstração do valor do ICMS calculado e reclamado, fato este que caracteriza o reconhecimento do mesmo por não dispor de documento algum que o confrontasse.

Salienta mais uma vez, que no campo de descrição complementar disponibilizado pelo SEAI - Sistema Eletrônico do Auto de Infração, conforme consta da folha 1 do PAF, estão enumerados os fatos e provas documentais que motivaram a infração, os quais são bastante elucidativos.

Indicou onde se encontram os documentos de provas: a) - demonstrativo de Cálculo do imposto pelas saídas e de entradas de matérias primas básicas (fls. 10 e 11); b) - descrição da atividade da empresa (fl. 41); c) - cópia da nota fiscal de saída com valor abaixo do custo (fl.42); d) - relatórios de entradas de matérias primas (fls. 43 e 44); e) remessa de produtos para armazenagem (fl. 45); f) - relatório de controle de armazenagem (fl.47); g) - notas fiscais de saída para armazenagem (fls. 49 a 63); h) - Registro de Entradas e Registro de Saídas (fls. 64 a 90); i) - notas fiscais de entradas de matérias primas (fls. 93 a 108); j) - ficha de dados cadastrais (fls. 109 a 110); l) - cópias de notas fiscais com discriminação de preço (fls. 111 a 114).

Além disso, frisa que as notas fiscais que realmente se referem a faturamento/venda conforme se pode constatar nas fls.111 a 114 contrariamente à de nº. 009605 à fl.42 (objeto da autuação, por se caracterizar como de transferência), possuem em um campo específico, informações tais como, valor dos materiais, PIS/COFINS, ICMS e taxa de agregação de margem de lucro (markup).

Concluindo, requer o julgamento pela procedência da infração 01 do Auto de Infração,

considerando-se que o imposto relativo às demais, foi reconhecido pela empresa impugnante.

Através do Processo nº 019203/2009-3 (fls.320 a 321), o autuado solicitou a emissão de DAE referente ao débito dos itens 02, 03, 04, 05, 06 e 07 que foram reconhecidos.

VOTO

Na análise da peças processuais, verifico que todas as infrações imputadas ao sujeito passivo estão devidamente demonstradas e apoiadas nos respectivos documentos fiscais, todos anexados aos autos, sendo que o autuado reconheceu as infrações 02, 03, 04, 05, 06 e 07, o que torna o débito a elas inerentes totalmente subsistentes.

Quanto ao item 01, a imputação diz respeito a realização de operações de saídas de produtos em transferência para estabelecimento situado em outra unidade da Federação, pertencente ao mesmo titular, com preço inferior ao custo de produção.

A base de cálculo das operações de saídas de mercadorias por transferências está disposta no art. 13, § 4º, da LC 87/96 (texto reproduzido no Estado da Bahia no art. 17, § 7º, da Lei nº 7.014/96 e no artigo 56, inciso V, alínea “b”, do RICMS/97), in verbis:..

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;

III -tratando-se de mercadorias não industrializadas, o seu preço corrente no mercado atacadista do estabelecimento remetente.

A legislação citada, deixa claro ao afirmar que na saída de mercadoria em transferência para estabelecimento situado em outro Estado, pertencente ao mesmo titular, a base de cálculo do imposto é o preço da aquisição ou o valor correspondente à entrada mais recente da mercadoria, e que o custo de produção, para os casos de transferência interestadual, é o somatório das seguintes parcelas: os custos de matéria-prima, material secundário, acondicionamento e mão-de-obra e que este valor do custo foi fornecido pelo autuado.

A conclusão fiscal está baseada no fato de o autuado ter efetuado diversas remessas do produto *Linear Aquilbenzeno Sulfonado - HLAS (LABS)*, totalizando a quantidade de 517,39 toneladas, para o terminal de armazenamento da Tequimar Terminal Químico de Aratu, através das notas fiscais discriminadas no demonstrativo à fl.10, com o fim específico de exportação, e posteriormente, emitiu a Nota Fiscal nº 9605 (fl.42), na mesma quantidade, contendo como natureza da operação “venda de produção....” para a empresa Procter & Gamble Industrial e Comercial Ltda, localizada no Estado de São Paulo, cujo valor da operação foi inferior ao montante das notas fiscais de remessa para armazenamento, entendendo a fiscalização que houve transferência de mercadorias para estabelecimento pertencente ao mesmo titular, com preço inferior ao custo de produção.

Não houve questionamento dos valores apurados pela fiscalização, porém, o sujeito passivo argumentou que não existe hipótese consubstanciada de transferência de mercadorias, pois a saída ocorreu a título de venda para outra empresa, a Procter & Gamble Industrial e Comercial Ltda, detentora de outro CNPJ, não havendo, segundo o deficiente, óbice de ordem legal que impeça operações de compra e venda praticadas por preços inferiores ao de custo.

Pelo que se vê, a questão se resume exclusivamente se determinar se a operação de saída através da Nota fiscal nº 9605, se trata de uma transferência de mercadoria para estabelecimento do mesmo titular, e se foi utilizado preço inferior ao custo de produção.

A definição do estabelecimento, segundo o art.11, § 3º, da LC 87/96, “é o local, privado ou público, edificado ou não, próprio ou de terceiro, onde pessoas físicas ou jurídicas exerçam suas atividades em caráter temporário ou permanente, bem como onde se encontrem armazenadas mercadorias.”, sendo autônomo cada estabelecimento do mesmo titular, respondendo pelo crédito tributário todos os estabelecimentos do mesmo titular.

Entende-se por transferências, operações de entradas ou de saídas de mercadorias e bens entre estabelecimentos de uma mesma empresa, e consequentemente, do mesmo titular. Enquanto a matriz é a sede de um estabelecimento em relação às suas filiais, a filial é um estabelecimento dependente de outro ou da sede de outro.

Disso decorrente, a transferência de mercadorias é um tipo de operação que ocorre entre a matriz de uma mesma empresa e suas filiais, ou entre as filiais, o que se leva concluir que quando a lei utiliza a expressão “estabelecimento de um mesmo titular”, está se referindo a estabelecimentos da mesma empresa.

No caso em apreciação, examinando os documentos que instruem a autuação, verifiquei que a empresa autuada tem sócios comuns idênticos ao da empresa destinatária dos produtos - Procter & Gamble Industrial e Comercial Ltda., contudo, pelas considerações acima, a operação realizada através da nota fiscal objeto da autuação, não se enquadra no conceito de transferência de produtos entre estabelecimentos do mesmo titular, tipificado no artigo 56, inciso V, "b" do RICMS aprovado pelo Decreto 6.284/97.

Desta forma, não restou-se demonstrada a infração imputada à empresa autuada, ou seja, que tenha ocorrido recolhimento a menor do imposto devido, face a saídas de produtos em transferência para estabelecimento situado em outra unidade da Federação, pertencente ao mesmo titular, com preço inferior ao custo de produção, e portanto, não subsiste a infração.

Ante o exposto, voto pela **PROCEDÊNCIA PARCIAL** do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 180573.0004/08-0, lavrado contra **PROCTER & GAMBLE QUÍMICA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 42.415,16**, acrescido da multa de 60% prevista no artigo 42, II, “a” e “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$ 7.897,92**, prevista nos incisos IX, XI, XVIII, “a”, da citada Lei e dos acréscimos moratórios na forma prevista pela Lei 9.837/05.

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art.169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/2000, com efeitos a partir de 10/10/2000.

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de junho de 2009.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO - JULGADOR

FRANCISCO ATANASIO DE SANTANA – JULGADOR