

A. I. N° - 206891.0008/07-8  
AUTUADO - PARMALAT BRASIL S.A. INDÚSTRIA DE ALIMENTOS  
AUTUANTES - MARCOS ANTÔNIO DA SILVA CARNEIRO, PAULO CESAR DA SILVA BRITO e  
JOAQUIM MAURÍCIO DA MOTTA LANDULFO JORGE  
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO  
INTERNET - 11.11.09

**4<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF N° 0376-04/09**

**EMENTA:** 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. Diligência fiscal refez os demonstrativos originais. Impossibilidade de agravamento do débito em alguns meses do valor lançado, cujas parcelas majoradas deverão ser objeto de novo lançamento. Acolhida a redução do débito nos demais meses. Infração parcialmente caracterizada. Rejeitadas as preliminares de decadência e nulidade suscitadas. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 17/12/07, para exigir ICMS no valor de R\$214.758,38, acrescido da multa de 60%, 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.

O autuado apresentou impugnação (fls. 143 a 168), inicialmente discorre sobre a infração, esclarece que é fabricante de produtos alimentícios de leite e derivados, primando pelo cumprimento de obrigações tributárias.

Preliminarmente afirma que os fatos geradores do período de janeiro a novembro/02, foram alcançados pelo instituto da decadência prevista no art. 150, §4º do Código Tributário Nacional (CTN), em vista de ter passado mais de cinco anos da ocorrência dos fatos geradores.

Transcreve ementa do RE 470219 (fl. 145), cuja relatora foi a ministra Eliana Calmon, afastando a incidência prevista nos artigos 173 e 174 do CTN, com base no art. 150, § 4º do CTN que fixa prazo de cinco anos para o Fisco homologar o lançamento, aplicável ao Auto de Infração lavrado em 17/12/07, decaindo os fatos geradores ocorridos de janeiro a novembro/07.

Suscita a nulidade do Auto de Infração, por entender que houve cerceamento do direito de defesa, sob alegação de que a fiscalização não informou claramente os critérios utilizados para a apuração da base de cálculo do valor do ICMS glosado, o que no seu entendimento inviabilizou a apresentação de sua defesa.

Cita texto de autoria da professora Maria Rita Ferragut, que versa sobre presunção, prova, princípio da verdade material e diz que pela ausência de informação detalhada do que motivou o lançamento fiscal, teve cerceado o seu direito de defesa previsto no art. 5º, IV da Constituição Federal que transcreveu à fl. 146, bem como decisões de nulidades proferidas pelo CONSEF nos Acórdãos JJF 0408/00 e JJF 2027/00.

Argumenta que ainda que não se considere suficiente à fundamentação apresentada, afirma que a base de cálculo aplicável às operações de transferências interestaduais previstas no art. 13, § 4º da Lei Complementar 87/96 (LC), “não corresponde ao resultado numérico obtido pela autoridade fiscal”. Descreve os valores aplicados no cálculo, a título exemplificativo das notas fiscais 6971 e 68896, contidos no arquivo magnético que lhe foi entregue pela fiscalização, indicando que a multiplicação da quantidade de 23.400 pelo custo unitário de R\$0,65 resulta em R\$15.210,00 e não R\$15.305,24, como indicado pela fiscalização. Expõe outros exemplos e diz que o crédito tributário constituído contra ele, não corresponde à fundamentação exposta pela fiscalização, motivo pelo qual requer, também a sua nulidade.

Ressalta que a autuação reclama utilização indevida de ICMS e não cabe a cobrança de juros de mora sobre “ICMS devido”, tendo em vista que a exigência se configura em “crédito glosado”, que entende não configurar “ausência de pagamento do ICMS”, como entendeu a fiscalização.

Argumenta que a cobrança de juros de mora ocorre quando há descumprimento de pagar tributo, nos termos do art. 161 do CTN, que transcreveu à fl. 151, contado a partir seu vencimento. No seu entendimento, não houve vencimento do imposto, “pois os créditos de tal imposto foram legitimamente apropriados” e não há do que se falar de juros de mora já que não há débito de ICMS a pagar.

Transcreve decisão prolatada pelo TIT-SP 0666/98, cuja relatora Célia Garcia Paiva da Silva entendeu que “a diferença verificada entre esses saldos meramente escriturais não se exige em crédito tributário, na definição da lei, mas tão só de elemento escritural utilizado na composição da base de cálculo do ICMS, não estando sujeita à correção monetária”. Conclui esta linha de raciocínio afirmando que o crédito de ICMS não se enquadra no conceito de “crédito tributário”, por ser elemento escritural, não incide correção monetária e juros de mora.

Cita o Parecer CAT 256/2000 da Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo, que versa sobre a diferença entre infrações relativas a crédito do imposto e documentos fiscais, que não se configuram em infrações relativas a pagamento do imposto. Conclui que a apropriação de crédito indevido de ICMS não configura falta de pagamento do imposto e “muito menos em vencimento para o cumprimento da obrigação tributária referente ao ICMS”.

Discorre sobre a criação da taxa SELIC pelo Banco Central, instituída com finalidade de atualização do dinheiro, calculado em função da variação do seu custo, influenciada pela flutuação da economia de mercado, resultado das negociações de títulos públicos.

Afirma que assim como a TR e a TRD, a SELIC tem caráter remuneratório e não pode ser utilizada para atualização de débitos tributários, visto que denota cobrança extorsiva, punitiva ao equiparar a juros remuneratórios e não moratórios. Entende que a utilização da SELIC como taxa de juros moratória é abusiva, infringindo o art. 132, § 3º da CF/88 que limita sua cobrança em 12% ao ano, e também o art. 150, I da Carta Magna, uma vez que ocorre aumento do tributo sem especificação em lei.

Conclui que a utilização da SELIC na atualização do débito do Auto de Infração em tela é inconstitucional, por ferir os dispositivos e diplomas legais anteriormente citados.

- a) Por fim, ‘ SELIC no cômputo de juros moratórios;
- b) com as evidências de erros nos cálculos, requer perícia fiscal nos termos dos artigos 123 e 145 do RPAF/BA.

Os autuantes, em sua informação fiscal (fls. 239 a 267), ressaltam que foram designados para realizar trabalho de fiscalização de verificação da base de cálculo em operações interestaduais, envolvendo produtos industrializados.

Com relação à preliminar de decadência (fl. 243), afirmam que está pacificado, tanto na jurisprudência administrativa como nos tribunais, que o prazo decadencial para o exercício do

direito de constituição do crédito tributário deve ser analisado com base no estatuído no art. 173, I do CTN.

Citam publicação contida em endereço eletrônico (Jusnavigandi – www.jus.com.br), no qual entendem que a atividade, praticada pelo contribuinte, de apurar e pagar o tributo devido, não constitui, definitivamente, lançamento e sim a obrigação de antecipar o correspondente pagamento antes de qualquer intervenção do fisco, podendo quitar, pagar uma parte ou não pagar nada. Ressaltam que na primeira hipótese, extingue-se o direito subjetivo do fisco de realizar qualquer lançamento em razão da inexistência de crédito tributário a ser constituído, mas se não ocorreu pagamento ou ocorreu pagamento a menos, não há do que se falar em decadência, cabendo o lançamento de ofício. Transcreve parte de texto publicada pelo professor Luciano Amaro para reforçar o seu posicionamento.

Ressaltam que o prazo para que a Fazenda Pública expressamente faça a homologação é de cinco anos a contar da ocorrência do fato jurídico tributário, caso a lei não tenha fixado outro prazo, ao teor do artigo 173, I do CTN, a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ser efetuado, nos termos do art. 150, § 4º do citado diploma legal, conforme exemplo elaborado por eles.

No que tange a preliminar de cerceamento do direito de defesa, sob alegação de falta de clareza do lançamento, informam que a apuração do débito foi feita com base na planilha de custo apresentada pela própria empresa (em meio físico e magnético, fls. 64/75 e 77/78), onde consta a discriminação dos itens do custo de produção por código de produto, conforme descrito à fl. 246, inclusive declarado que na rubrica DESPRO, apropriava todas as despesas no período de janeiro a março/02 e que o CUSTO FIXO no período de abril a dezembro/02, englobava manutenção, limpeza, material de escritório, etc., conforme documentos juntados às fls. 121 a 133.

Informam que em consonância ao disposto no art. 13, §4º da LC 87/96, expurgaram do custo de produção os valores relativos à DESPRO e CUSTO FIXO, por não integrarem a matéria-prima, acondicionamento, material secundário e mão-de-obra, conforme previsto na citada Lei, tendo sido elaborado demonstrativo de ESTORNO DE CRÉDITO-CUSTO DE TRANSFERÊNCIA, o qual foi entregue ao estabelecimento autuado (fls. 10 a 32 e 78).

Ressaltam que entregaram os demonstrativos em meio magnético ao estabelecimento autuado, detalhando como procederam ao estorno de crédito, consignando em nota de rodapé dos demonstrativos acostados às fls. 10 a 32, que na apuração do custo de produção das operações de transferências interestaduais foram excluídos os valores da DESPRO e CUSTO FIXO, calculando o valor correto do ICMS com a aplicação da alíquota correspondente.

Concluem dizendo que foi explicada de forma detalhada a apuração da base de cálculo do estorno de crédito do ICMS e para evitar o alegado cerceamento do direito de defesa, sugerem que seja reaberto o prazo de defesa ao autuado.

Relativamente a preliminar de nulidade, sob argumento de que o resultado numérico obtido pela fiscalização não corresponde à base de cálculo apurada com base na fundamentação apresentada na autuação, esclarecem que de acordo com o disposto no art. 18, §1º do RPAF/BA, as eventuais incorreções contidas no levantamento fiscal não conduzem a nulidade do Auto de Infração, desde que seja possível determinar a natureza da infração, o autuado, o montante do débito e que eventuais omissões podem ser corrigidas ou suprimidas por determinação da autoridade competente, desde que o fato seja comunicado ao sujeito passivo.

Referente ao exemplo apresentado na defesa relativo à nota fiscal 6971, rebatem que não existe as incongruências alegadas pelo deficiente, tendo em vista que no cálculo constante da planilha entregue em meio magnético (fls. 8 e 77/78), o cálculo foi de R\$23.400,00 x 0,6540701413 que resulta em valor de R\$15.305,241306 e fez constar no relatório às fls. 10 a 32, por uma questão de espaço, números que aparecem com duas casas decimais.

Afirmam que utilizaram os dados contidos na planilha em EXCEL elaborada pelo próprio autuado, o que pode ser observado no arquivo magnético juntado à fl. 8 (CD) e que utilizando o arredondamento como foi feito, gerou benefício ao recorrente, visto que o item 6.7 da defesa (fl. 149) resulta em valor a estornar de R\$421,20 enquanto o valor exigido foi de R\$409,77.

No que concerne à nota fiscal 68896 (fl. 148), reconhecem que houve um erro de interpretação por parte dos autuantes quando da análise dos códigos correlacionados entregues em 12/12/07, visto que “existem códigos de produtos que a autuada não forneceu o custo de produção” conforme emails juntados ao processo.

Esclarecem que a citada nota fiscal consigna dois produtos com código 2482-Extrato Etti Lt 24/350 GR e 2041-Polpa de Tomate UHT 520G Parmalat que se correlaciona com o código de produto 2518-Purapolpa Etti TP 6x5x520, sendo que o código do produto 2518 é 6 x 0 2401.

Reconhecem que por equívoco, houve inversão quando da realização do demonstrativo juntado às fls. 10 a 32 e refizeram o demonstrativo original, o qual junta às fls. 277 a 387 do processo e que deve ser entregue ao autuado.

Salientam que com o equívoco cometido o crédito reclamado foi benéfico para o impugnante, com o arredondamento para duas casas decimais e que na planilha de custo os diversos produtos estão relacionados em quilos ou litros, que não correspondem a quantidades das unidades dos produtos consignados em notas fiscais.

Contestam que não faz sentido as alegações quanto à planilha de cálculo elaborada pelo impugnante (fls. 185 a 237), que “soma valores positivos com negativos, fazendo compensações não previstas na legislação do ICMS”.

No mérito, com relação à infração apontada no Auto de Infração, transcrevem o art. 155, §2º, XII, “i” e 146, III, “a”, ambos da CF/88, que se referem ao valor tributável e delegação a lei complementar para fixar base de cálculo e estabelecer normas gerais pertinentes à matéria tributária do ICMS.

Ressaltam que a Lei Complementar 87/96, em seu art. 13, §4º, 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”.

Salientam que a mesma regra foi incorporada no art. 17, §7º, II da Lei nº 7.014/96 e art. 56, V, “b” do RICMS/BA, que respaldam a exigência do crédito fiscal ora exigido, tomando como parâmetro para a definição da base de cálculo, o somatório dos custos de matéria-prima, material secundário, mão-de-obra e acondicionamento, não admitindo nenhum outro tipo de custo, além dos elencados na LC 87/96.

Transcrevem (fl. 251) decisão transitada em julgado do Superior Tribunal de Justiça (STJ), do REsp nº 707.635-RS (2004/0171307-1), no qual foi decidido que a definição da base de cálculo do ICMS é reservada à Lei Complementar (art. 146, III, “a” da CF) e não pode ser modificada por regra estadual. Naquela decisão, o STJ manifestou-se pelo entendimento que na operação de transferência do produto enviado para estabelecimento do mesmo contribuinte localizado em outro estado, a base de cálculo era o custo da mercadoria, assim entendida a soma do custo da matéria-prima, material secundário, mão-de-obra e acondicionamento.

Nesta mesma linha de raciocínio, transcrevem à fl. 253 decisões do Tribunal Regional do Rio Grande do Sul (Processo 70002778157/2007) e do Conselho de Fazenda do Estado da Bahia CJF nº 0210-11/04 e CJF 0340-11/06, que versam sobre operações de transferências interestaduais.

Ressaltam que encontraram na Legislação Federal normas semelhantes à adotada pela LC 87/96 (eleição do custo de produção – não custo total – para determinar aspectos de tributação), conforme transscrito à fl. 254, a exemplo da Portaria 607/2007 e Decreto 6008/2006, referentes ao ICMS/SUFRAMA e tributação do IPI.

No que tange a interpretação de normas de Direito Tributário, transcrevem parte de textos de autoria de diversos doutrinadores, a exemplo de Sacha Calmon Navarro Coelho, Luciano Amaro, Hugo de Brito Machado e Aliomar Baleiro (à fls. 254 a 256) 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.

Transcrevem às fls. 256 a 260, normas de contabilidade, com ênfase em custos, de diversos professores, a exemplo de Paulo H. Teixeira, George e Rodrigo Leone e Eliseu Martins, 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, etc.

Citam as consultas 090/2000 e 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 compõe 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 também, a decisão contida no AgR 590329-MG, no qual foi manifestado entendimento de que a lista de serviços anexa à LC 56/87 é taxativa e não há incidência de ISS sobre serviços excluídos da mesma, além de outras decisões correlatas.

Por fim, afirmam que tendo demonstrado e comprovado o acerto do presente PAF, solicitam que julguem pela procedência total do Auto de Infração.

A Inspetoria Fazendária intimou o autuado para tomar conhecimento da informação fiscal (fl. 388), tendo o autuado se manifestado às fls. 390/391, dizendo que recebeu cópia impressa das planilhas refeitas pela fiscalização e que dado a sua quantidade (115 folhas), requereu que diante da complexidade dos cálculos, fosse fornecidas em meio eletrônico, bem como a reabertura do prazo para manifestação.

Em nova manifestação às fls. 398 a 406, inicialmente discorre sobre a infração e de forma resumida das alegações feitas na defesa (decadência, cerceamento de defesa, nulidade, impossibilidade de cobrança de juros de mora e não aplicação da taxa SELIC).

Atenta que com a informação fiscal, nas planilhas refeitas, o débito original de R\$214.758,38 foi aumentado para R\$268.371,19.

Preliminarmente diz que tendo encerrado a fiscalização que originou na presente autuação, não é admissível que a realização de “nova fiscalização do mesmo período em que o contribuinte já foi autuado” e no seu entendimento deveria ser lavrado outro Auto de Infração e concedido novo prazo de defesa, o que culminaria em vício insanável da decadência, a partir de 27/02/08, quando tomou conhecimento da informação fiscal.

Com relação à contestação dos autuantes da preliminar de decadência, afirma que não procede o entendimento de que a constituição do crédito tributário deve ser analisada com base no art. 173, I e não com base no art. 150, §4º do CTN, pois o entendimento pacífico dos tribunais é de que o art. 173, I “somente é aplicável quando não houver qualquer pagamento antecipado ou quando houver prova de fraude, dolo ou simulação”. Transcreve à fl. 402, ementa do REsp 733.915, cuja relatora foi a ministra Eliana Calmon (18/08/07), concluindo que não tendo sido demonstrado a falta de pagamento antecipado do tributo, não pode prosperar o entendimento da fiscalização e sim operou-se a decadência dos fatos geradores de janeiro a novembro/02, nos termos do art. 150, §4º do CTN.

Relativamente ao argumento apresentado de que houve cerceamento do direito de defesa, diz que na informação fiscal, ainda que de forma confusa, forneceu as informações necessárias para formulação da defesa, inclusive sugerido a reabertura do prazo de defesa.

Alega que tendo recebido junto com a informação fiscal mais de cento e quinze folhas de cálculos e planilhas de forma impressa, se viu impossibilitada de analisar tudo num prazo de dez

dias e peticionou à Inspetoria Fazendária para que lhe fosse entregue a documentação em meio eletrônico e fosse reaberto o prazo de defesa, mas não obteve resposta do seu pleito. Diz que tal procedimento reforça a ocorrência de cerceamento do direito de defesa.

Suscita a nulidade da autuação em decorrência das incongruências contidas nos cálculos. Diz que os autuantes na informação fiscal tentou justificar que as diferenças apontadas na defesa em relação aos cálculos teriam sido em função do arredondamento, mas que o valor citado na impugnação de R\$7.236,00 foi demonstrado na informação fiscal no valor de R\$7.213,62.

Afirma que ao contestar os erros apontados na impugnação, os autuantes reconheceram que houve erro de interpretação, o que no seu entendimento demonstra que o crédito tributário lançado é duvidoso, o que conduz a sua nulidade.

Reitera o pedido inicial da impossibilidade de cobrança de juros de mora utilizando a taxa SELIC. Conclui renovando o pedido de decadência de parte dos valores exigidos; renovação do procedimento com reabertura do prazo de defesa; cancelamento da autuação pela decadência de efetuar lançamento relativo ao período de janeiro a dezembro/02 e nulidade em razão do cerceamento do direito de defesa.

A 4<sup>a</sup> JJF em atendimento a pedido formulado pelo impugnante à Inspetoria Fazendária e não atendida, no sentido de que fosse fornecida a documentação produzida pelos autuantes em meio eletrônico, decidiu converter o processo em diligência para que fosse entregue os demonstrativos juntados às fls. 277 a 387, em meio eletrônico e reabrisse o prazo de defesa (fl. 436).

Em atendimento à diligência, a Inspetoria Fazendária juntou às fls. 438/440, recibo de entrega dos arquivos magnéticos, cópia em CD e intimação ao contribuinte com reabertura do prazo de defesa.

O autuado manifestou-se às fls. 441 a 474, inicialmente comenta sobre a infração, defesa, informação fiscal, petição para fornecimento do material em meio eletrônico, decadência, nulidades suscitadas e reabertura do prazo de defesa.

De início se insurge contra a intimação recebida, dizendo que sem qualquer explicação lhe foi entregue dez arquivos magnéticos, que não elucidam em nada o critério utilizado pela fiscalização na elaboração do demonstrativo de “Estorno de Crédito – Custo de Transferência”. Passa então a se manifestar sobre os novos documentos apresentados.

Preliminarmente reitera que parte do crédito tributário foi atingido pela decadência (janeiro a novembro de 2002).

Suscita a nulidade do Auto de Infração sob argumento de que a fiscalização não informa quais foram os critérios utilizados para a apuração do suposto imposto cobrado e após a apresentação da impugnação foram apresentados pelos novos demonstrativos de débitos, alterando, substancialmente, o lançamento inicial, sem qualquer justificativa ou explicação.

Em seguida discorre sobre a seqüência dos fatos, lavratura do Auto de Infração, defesa, esclarecimentos da informação fiscal e reabertura do prazo de defesa. Entende que inicialmente o Auto de Infração não continha informações necessárias para apresentação de defesa, mas que mesmo tendo sido refeito não foram informados os critérios utilizados para fins de apuração do estorno de crédito/custo de transferência, inclusive aumentando a base de cálculo.

Afirma que apresentou planilha de custo do produto “IOG Líquido Morango 4x200 Parmalat” código 3958, no mês de janeiro de 2002 (linha 317) com custo unitário de R\$ 1,3030 enquanto a fiscalização apurou custo de R\$ 1,116788391. Porém, o demonstrativo refeito pela fiscalização indica custo de R\$ 0,25 e não R\$ 1,116788391 (vide p.ex. a nota fiscal 166643).

Questiona qual o custo de aquisição do citado produto e o que levou a fiscalização a alterar o custo em questão. Entende que tal procedimento viola o direito a ampla defesa, ao contraditório e ao devido processo legal, assegurados pelo art. 5º da CF, motivo pelo qual requer a nulidade da

autuação. Transcreve ementas dos Acórdãos CJF N° 0058/00 e JJF 0049/00 para reforçar o seu posicionamento.

Comenta que após a sua impugnação os autuantes alteraram substancialmente o lançamento, apresentando valores mensais diferentes de “custo unitário do produto”, a exemplo da nota fiscal 90482, em que o primeiro demonstrativo indicou custo unitário do produto de R\$1,56, não tendo sido cobrado qualquer imposto, enquanto o novo demonstrativo apresenta custo unitário de R\$ 0,61, acarretando, assim, na cobrança de ICMS no valor de R\$464,49.

Diz que o novo demonstrativo apresentado pela fiscalização alterara o lançamento inicial, sem qualquer respaldo legal e deve ser declarado nulo, prejudicando, assim, todos os atos posteriores que dele diretamente dependam. Transcreve os artigos 145, III e 149, IX, ambos do CTN, transcreve parte de texto de autoria de Gustavo Saad Diniz, que trata do lançamento para respaldar sua fundamentação.

No mérito, caso ultrapassadas as nulidades suscitadas, reitera o posicionamento exposto na impugnação inicial de que nas operações de transferências interestaduais a base de cálculo do ICMS nas operações de transferência deve ser entendida como a soma dos custos de produção efetivamente incorridos, incluindo outros elementos além dos encargos diretamente relacionados aos custos com matéria-prima, material secundário, mão-de-obra ou acondicionamento citados no art. 13, §4º, II da LC 87/96, em detrimento da interpretação literal.

Reafirma, também, que o procedimento adotado pela fiscalização fere o princípio constitucional da não-cumulatividade do ICMS (art. 155, § 2º da CF) que assegura direito de crédito sobre as operações de entrada no estabelecimento para abater o montante a ser deduzido do imposto a pagar, para fins de determinação do imposto a ser recolhido.

Por fim, requer nulidade do presente Auto de Infração, pela decadência do período autuado, pela precariedade da metodologia adotada ou sua improcedência.

Instados a prestarem nova informação fiscal (fl. 502) os autuantes juntaram demonstrativos à fl. 504 e nas fls. 629 a 631 e dizem que procurando esclarecer a forma como apurou a base de cálculo no Auto de Infração e para viabilizar o exercício do contraditório e da ampla defesa, sugerem que seja concedido novo prazo de trinta dias para que o autuado se manifeste acerca da nova informação fiscal e dos relatórios e demonstrativos anexos.

Esclarecem que após intimação feita ao autuado para confirmar a correlação da tabela de produtos que lhes foram entregues, conforme documentos apensados às fls. 619 a 627 refizeram o trabalho no que tange ao período de janeiro a abril/02, com base no peso do produto informado pela empresa e transferido para o estabelecimento autuado (fls. 586 a 603).

Afirmam que o refazimento foi necessário pelo fato de que “o custo informado pela empresa foi apresentado em quilograma e algumas transferências se deram em embalagens inferiores ou superiores ao quilo do mesmo produto”, o que fez com que produtos que não tinha nada a cobrar, após sua correção resultou em valores exigidos. Informa que foi isto que aconteceu com o custo do produto código 3958 que foi citado como exemplo na manifestação do autuado.

Com relação às alterações que o impugnante afirma terem sido substanciais, dizem que os ajustes procedidos se deram em função da incorreção do peso dos produtos.

Ressaltam que todos os relatórios e planilhas foram entregues ao estabelecimento autuado em meio magnético, conforme recibo juntado à fl. 503 e requerem a procedência do Auto de Infração.

A Inspetoria Fazendária intimou o autuado para tomar conhecimento da nova informação fiscal (fl. 632) tendo reaberto o prazo de defesa. O autuado manifestou-se às fls. 634 a 655, inicialmente faz um resumo da seqüência dos fatos, reiterando de pronto os argumentos expendidos anteriormente.

Manifesta indignação quanto ao desenrolar do processo, que indicava montante inicial de R\$214.758,38 passando para R\$268.371,19 e novamente alterado para R\$263.494,13. Entende que o

lançamento deve ser declarado nulo, por não determinar com segurança o montante do débito questionado nos termos do art. 18, §1º do RPAF/BA.

Afirma que ao invés de esclarecer os pontos apontados na sua manifestação, os autuantes apresentaram novo demonstrativo com alterações dos valores supostamente devidos “refeito o cálculo somente em relação ao período de janeiro a abril de 2002”, em decorrência de erros quanto aos volumes dos produtos transferidos.

Contesta o resultado apresentado pelos autuantes pelos seguintes motivos:

- a) não foi intimada para prestar esclarecimentos quanto à diferença de valor/volume/peso;
- b) não foi explicado os critérios utilizados para apuração do imposto exigido;
- c) não foi apresentado “novo Auto de Infração, com apuração do imposto, multa e juros”.

Ressalta que a intimação fiscal feita para tentar corrigir erros no levantamento fiscal foi realizada por meio de correio eletrônico em desconformidade com o art. 15 do RPAF/BA e direcionada a ex-funcionários da impugnante, que não tinham poderes para receber ou responder qualquer intimação fiscal. Em seguida discorre sobre o teor dos emails endereçados a empresa, endereçado a ex-funcionário (Andréa), inclusive indicando possibilidade de aplicar arbitramento da base de cálculo ou cancelamento de benefício fiscal (fls. 644/645).

Atenta que a diligência foi realizada, sem qualquer formalidade ou determinação do órgão julgador como preceituado no art. 127 do RPAF/BA.

Salienta que a fiscalização pretendeu refazer o trabalho em decorrência das incongruências apontadas na sua última manifestação, corrigindo eventuais incorreções e omissões, nos termos do art. 18, § 1º do RPAF/BA, mas após a lavratura do Auto de Infração já foram apresentados três demonstrativos de débito, motivo pelo qual requer a sua nulidade.

Com relação aos critérios para apuração do ICMS cobrado, discorre sobre a planilha juntada ao Auto de Infração, questionamento formulado na defesa e refazimento do demonstrativo inicial sem que houvesse esclarecido a metodologia aplicada.

Cita como exemplo o produto Extrato Etti lt 4/4100 GR código 2627, que na linha 412 da planilha do mês de setembro/02 apresenta custo unitário de R\$3,94 enquanto a empresa apresentou custo de R\$4,84. Já no novo demonstrativo, tomando como exemplo a nota fiscal 77878 foi indicado custo da impugnante de R\$5,63 e pela fiscalização de R\$3,80 do mesmo produto. Questiona como pode ser tão diferente o custo apurado pela fiscalização e diz que diante da falta de esclarecimento quanto aos critérios aplicados, requer a nulidade da autuação.

Relativamente ao novo demonstrativo de estorno de crédito/custo de transferência apresentado, ressalta que o mesmo foi alterado substancialmente, sem respaldo legal e reitera a nulidade suscitada por o procedimento fiscal ir de encontro ao disposto nos artigos 145 e 149, IX do CTN.

Reitera, também que parte do crédito tributário foi extinto pelo instituto da decadência.

Por fim, faz um resumo dos fatos ocorridos, requer a nulidade do lançamento, cancelamento em razão da decadência e sua improcedência com base nas razões de mérito apresentada.

A 4ª JJF decidiu converter o processo em diligência novamente (fl. 622), para que os autuantes prestassem nova informação fiscal com finalidade de analisar inconsistências apontadas pelo impugnante relativas aos demonstrativos que foram refeitos pela fiscalização.

Os autuantes prestam nova informação fiscal (fls. 685/686) e afirmam inicialmente que o custo de aquisição citado pelo impugnante é inadequado, por se tratar de custo ou preço unitário de transferência.

Com relação ao produto 2627 o mesmo foi transferido por meio da nota fiscal 77878 (fl. 574) pelo preço unitário de transferência de R\$5,63 que multiplicado por 240 latas resulta em valor de R\$1.350,50, sendo que existem três valores a serem analisados:

- a) Preço unitário de transferência constante da nota fiscal de R\$5,63;

- b) Custo de produção fornecido pela empresa de R\$4,84 resultante da divisão do custo total de R\$146.995,51 pela quantidade de 30.340. Afirmam que há um equívoco no valor tomado para comparação visto que está calculado com base no mês de setembro/02, quando o correto deveria ser o mês de agosto/02 e não foi incluído o ICMS;
- c) O custo de R\$3,80 foi apurado com base na LC 87/96 e no mês de agosto/02 relativo à transferência pela NF 77878 ocorrida no mês de setembro/02 e que o valor correto do referido custo é de R\$4,36 resultante da divisão de R\$35.990,17 pela quantidade produzida de 8.264 tendo incluído o ICMS à alíquota de origem.

Com base nestes dados respondem o questionamento formulado no item 56 da manifestação apresentada pelo impugnante, afirmando que o valor de R\$5,63 foi o atribuído pelo autuado para o produto 2627, sem interferência da fiscalização e que deve ser respondido pelo próprio.

Com relação à metodologia, afirmam que a fórmula empregada consta nos demonstrativos que constituem:  $LC = (TOTAL\ EMBALAGEM + TOTAL\ MATERIA-PRIMA + TOTAL\ MÃO-DE-OBRA + TOTAL\ ENERGIA)/QTDE$  de acordo com a nomenclatura adotada pela empresa. Com relação ao produto em questão, utilizando a fórmula encontraram valor de R\$3,53 que após a inclusão do ICMS à alíquota de origem resultou no valor de R\$3,80 determinado pelo Fisco.

Concluem dizendo que solicitam o acolhimento dos valores reduzidos apresentados nas planilhas juntadas às fls. 585 e 628 e pedem a procedência parcial do Auto de Infração.

Intimado para tomar conhecimento da nova informação fiscal o autuado manifestou-se às fls. 690/700. Inicialmente fez um resumo dos fatos, defesa, informação fiscal, manifestação, diligência e da nova informação fiscal.

Discorre sobre conceitos de custo de aquisição, custo de produção e custo de transferência que corresponde a “todos os gastos incorridos por uma empresa apurados no momento da realização da transferência de mercadorias de sua produção a outro estabelecimento do mesmo titular”, englobando inclusive o custo de produção e demais despesas necessárias à transferência, a exemplo de fretes e seguro.

Quanto à indicação dos autuantes do custo de produção de R\$3,80 e custo de transferência de R\$5,63 querendo demonstrar que na operação de transferência foi utilizada base de cálculo maior do que a autorizada pela LC 87/96, afirma que está equivocado o cálculo apresentado pela fiscalização, por entender que “os custo de produção será sempre inferior ao custo de transferência, não havendo possibilidade de comparação entre esses dois valores”.

Entende que para apurar a base de cálculo das transferências os autuantes deveriam solicitar planilha com abertura dos valores que compuseram o custo de transferência para apurar se a base de cálculo foi feita a mais que a determinada pela LC 87/96.

Ressalta que a apuração só poderia ser feita com base em convênio autorizando a fiscalização em outros Estados da Federação, conforme decidido no Acórdão JJF 1726/99 o que não ocorreu neste processo o que conduz a desconsideração dos trabalhos realizados que culminou na autuação.

Por fim, requer a anulação do Auto de Infração, pela precariedade da metodologia aplicada, e caso não acatada, cancelamento em parte reconhecendo a decadência de parte do crédito tributário e o cancelamento integral pelas razões de méritos expostas.

## VOTO

Na defesa apresentada o autuado invocou em seu favor a decadência de parte dos valores contidos no Auto de Infração em relação aos fatos geradores ocorridos no período de janeiro a novembro de 2002, por entender que extrapolou o prazo de cinco anos previsto no art. 150, § 4º do CTN, o que foi contestado pelos autuantes na informação fiscal.

Rejeito a preliminar de decadência suscitada tendo em vista que o lançamento de ofício foi realizado em 17/12/07 e o art. 150, § 4º do CTN, estabelece que:

...  
§ 4º - Se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

O art. 107-B da Lei nº 3.956/81 (Código Tributário do Estado da Bahia), que incorporou o art. 150 do CTN, no seu parágrafo 5º dispõe:

Art. 107-B

§ 5º - Considera-se ocorrida a homologação tácita do lançamento e definitivamente extinto o crédito, após 5 (cinco) anos, contados a partir de 01 de janeiro do ano seguinte ao da ocorrência do fato gerador, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Assim, a legislação tributária do Estado da Bahia fixa prazo à homologação do lançamento, não podendo ser argüida a determinação do art. 150, § 4º do CTN, que se aplica quando a lei do ente tributante não fixar prazo à homologação. Os créditos constituídos foram relativos ao exercício de 2002, ou seja, os fatos geradores ocorreram entre o período de 01/01/02 a 31/12/02 e só seriam desconstituídos se o lançamento tributário ocorresse a partir do dia 01/01/08.

O autuado suscitou a nulidade do Auto de Infração, sob argumento de que não atende o disposto no art. 142 do CTN, pela falta de clareza na demonstração da base de cálculo da glosa de créditos bem como pela existência de erros de cálculo em relação às fórmulas fornecidas pelos autuantes.

Constatou que o Auto de Infração descreve a infração: “Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, nas operações interestaduais com base de cálculo fixada pela unidade federada de origem, superior à estabelecida em lei complementar, convênio ou protocolo”, ressaltando o “detalhamento registrado no próprio corpo deste Auto de Infração”. Entre os diversos fatos explicitados, consta que foi identificado que nas operações de transferências, foram computados outros elementos, além dos previstos no art. 13, §4º, II da Lei nº 7.014/96. Também, foi identificado o sujeito passivo, base de cálculo, indicado os dispositivos regulamentares infringidos e tipificada a multa aplicada na forma prevista da lei. Dessa forma, o Auto de Infração preenche os requisitos estabelecidos nos artigos 38 e 39 do RPAF/BA (Dec. 7.629/99) e não contém vício material que conduza a sua nulidade nos termos do art. 18 do mencionado diploma legal.

Quanto aos erros de cálculos, entendo que se trata do mérito da questão que será apreciado no momento próprio. Entretanto, as inconsistências apontadas foram corrigidas no primeiro momento na informação e posteriormente em atendimento à diligência determinada pelo CONSEF, inclusive reaberto o prazo de defesa. Tudo isso, demonstra que o contribuinte compreendeu e se defendeu do que foi acusado, tomou conhecimento das reformulações feitas nos demonstrativos elaborados pela fiscalização, possibilitando exercer o contraditório, motivo pelo qual não acato a nulidade pretendida.

No mérito, o Auto de Infração exige ICMS relativo à utilização indevida de crédito fiscal decorrente de operações interestaduais com base de cálculo fixada pela unidade federada de origem, superior à estabelecida em lei complementar.

Na defesa apresentada, o impugnante alegou que:

- 1) Os valores glosados a título de manutenção, depreciação, amortização, frete, energia elétrica e combustíveis compõem o custo de produção e entende que deve integrar o custo de transferência, por serem imprescindíveis ao processo produtivo;
- 2) O regime de compensação do imposto previsto no art. 155, §2º, I CF, estabelece compensação do que for devido, o montante cobrado em operações anteriores e que qualquer restrição de crédito, fere o princípio da não cumulatividade do ICMS e é inconstitucional.

Saliento que na defesa apresentada o contribuinte não questionou os valores apurados pela fiscalização e sim a forma como foram apurados os valores exigidos, com a exclusão de elementos que entende constituírem custo de produção.

O cerne da questão é que a empresa efetuou transferências de estabelecimentos localizados em diversos Estados (São Paulo, Goiás, Pernambuco, Rio Grande do Norte, Rio de Janeiro, Minas Gerais) para estabelecimento localizado na Bahia, utilizando como base de cálculo o custo de produção e a fiscalização entende que nas transferências para estabelecimentos do mesmo titular, a base de cálculo deve se restringir ao custo da matéria-prima, material secundário, mão-de-obra e acondicionamento (art. 13, §4º, II da LC 87/96).

Conforme demonstrativo de Estorno de Crédito – Custo Transferência (fls. 10 a 32), a fiscalização tomou como base a planilha de custo apresentada pela empresa e do custo unitário de cada produto consignado em nota fiscal, expurgou da base de cálculo os valores relativos a “DESPRO” até março/02 e “Custo Fixo, Depreciação e Armazenamento” a partir do mês de abril/02, que entendeu não constituir componente previsto para integrar a base de cálculo nas operações de transferências para o estabelecimento autuado, de acordo com o art. 13, §4º, II da LC 87/96 (matéria-prima, material secundário, acondicionamento e mão-de-obra).

Em seguida, aplicou o porcentual de alíquota previsto para as operações interestaduais, sobre o montante dos créditos utilizados em cada mês, apurando o valor dos créditos utilizados indevidamente, relativo à tributação a mais na origem, em decorrência de ter incluído na base de cálculo das transferências os valores indevidos na composição dos custos.

Tendo a empresa demonstrado inconsistências de valores relativos a diversos produtos, os autuantes reformularam os demonstrativos originais, foram devidamente corrigidos e esclarecidos (arredondamento de valor, código de produto, conversão de quantidades).

Por fim, o autuado questionou o valor atribuído ao produto 2627, da nota fiscal 77878. Em atendimento a diligência determinada pelo CONSEF, os autuantes esclareceram que o preço de transferência constante da nota fiscal foi de R\$5,63, o custo de produção fornecido pela empresa de R\$4,84 e o custo de R\$3,80 foi apurado com base na LC87/96 relativo ao custo de produção do mês anterior ao da transferência ou seja de agosto/02, tendo apurado valor de R\$3,53 foi incluído o o ICMS à alíquota de origem que resultou em R\$3,80.

O autuado na última manifestação contestou afirmando que o custo de produção será sempre inferior ao custo de transferência.

Pelo exposto é correta a afirmação do autuado, visto que o custo de transferência engloba outros além do custo de produção. Entretanto, na situação presente, o custo de produção fornecido pela empresa engloba todos os custos ocorridos na produção, mas na apuração da base de cálculo das transferências, os autuantes consideraram apenas os custos das matérias-primas, material secundário, mão-de-obra e acondicionamento como previsto para as operações de transferências para o mesmo titular na LC 87/96 o que resulta em outro valor e, portanto, correto o procedimento adotado pela fiscalização.

Entendo que se partindo do princípio que os custos acima indicados, não integram a base de cálculo das transferências, o porcentual apurado do custo de produção aplicado ao montante do débito gerado pelas transferências, pela interpretação literal do art. 13, §4º, II da LC 87/96, configura um valor de crédito fiscal utilizado a mais que o previsto no estabelecimento autuado e correto o procedimento fiscal.

Conforme indicado na defesa, os elementos consignados nas rubricas “depreciação, custo fixo, armazenagem e expedição”, apesar de comporem o custo de produção, não constituem matéria-prima, material secundário, acondicionamento ou mão-de-obra, como previsto no art. 13, §4º da LC 87/96. Portanto, para fins de operações interestaduais, estes elementos de custo não devem integrar a base de cálculo.

Quanto à alegação defensiva de que o Estado da Bahia não pode estabelecer limite de crédito relativo ao imposto que foi destacado na nota fiscal, não pode ser acatado, tendo em vista que em se tratando de operações interestaduais de transferências de mercadorias para estabelecimento localizado em outro Estado, pertencente ao mesmo titular, há regra específica determinada no

art. 13, § 4º, II da LC 87/96, devendo a base de cálculo ser limitada à soma do custo da matéria-prima, material secundário, mão-de-obra e acondicionamento. Logo, ao incluir outros componentes na base de cálculo que o não permitido pela Lei, o contribuinte gerou um débito fiscal superior ao que é previsto na legislação tributária e consequentemente um crédito fiscal suportado pelo Estado da Bahia, maior que o estabelecido na Lei.

Relativamente ao questionamento defensivo de que nas transferências interestaduais para estabelecimento da mesma empresa, devem ser incluídos na base de cálculo todos os elementos que compõem o custo de produção, a exemplo da orientação contida na DN CAT 05/2005 da Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo, faço as seguintes considerações relativas ao ponto de vista da Ciência Contábil e das normas tributárias:

- a) Com base nos Princípios Contábeis e dos métodos desenvolvidos pela Contabilidade de Custos, cada estabelecimento industrial deve desenvolver um sistema de custos adequado ao seu processo produtivo;
- b) Uma vez apurado o custo de produção de um período, ao transferir unidades produzidas para outro estabelecimento do mesmo titular, do ponto de vista da Ciência Contábil, ocorre apenas um deslocamento de mercadorias, não gerando qualquer receita para se contrapor aos custos, logo, em tese, o valor atribuído às unidades transferidas, deve ser o mesmo que foi apurado no custo de produção;
- c) No momento da realização (venda) é contraposto a receita com os custos (produção, frete, armazenagem, comercialização, etc.) para apurar o resultado. Este resultado é o que interessa para a Contabilidade, tendo em vista que produz uma variação, positiva ou negativa, gerando acréscimo ou decréscimo patrimonial, que deve ser mensurado, para atingir a finalidade objetiva da Contabilidade.

Entretanto, nem sempre a legislação tributária acompanha os preceitos estabelecidos pela Ciência Contábil. Por exemplo, uma vez apurado o resultado, o lucro ou prejuízo apurado no período gera uma variação no Patrimônio da entidade, porém, a legislação do Imposto de Renda determina que o resultado apurado deve ser ajustado pelas adições e exclusões, para apurar a base de cálculo do imposto de acordo com as peculiaridades da legislação. Logo, do ponto de vista da Ciência Contábil o lucro ou prejuízo apurado do período implica em aumento ou diminuição da situação patrimonial da entidade, porém esta variação patrimonial (+ ou -) apurada com base nos Princípios Contábeis, não pode ser utilizada para apurar o Imposto de Renda a ser pago pela empresa, carecendo de ajustes determinados pela legislação do imposto.

As discrepâncias existentes entre a legislação tributária e os Princípios Contábeis que norteiam a prática contábil é tão significante, que a Lei 11.638/2007 que alterou a Lei 6.404/67 estabeleceu que as eventuais alterações oriundas da legislação tributária ou legislações especiais, deverão ser mantidas em livros auxiliares, ou seja, não obedece aos mesmos princípios que norteiam a escrituração contábil.

Da mesma forma, do ponto de vista da Ciência Contábil, as operações de transferências de mercadorias entre estabelecimentos, em tese, não deveria constituir hipótese de incidência do ICMS, visto que nestas operações não ocorre transferência de titularidade das mercadorias, porém, considerando que o ICMS é um imposto de competência dos Estados e do Distrito Federal, tributado na origem (em alguns casos, no destino), estas operações são tributadas com objetivo de promover a partilha do imposto entre os entes tributantes.

Por sua vez, a Constituição Federal/1988, no seu art. 146, determinou que cabe à lei complementar estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, base de cálculo e contribuintes.

Assim sendo, ao contrário do que afirmou o defendant, a interpretação da regra estabelecida no art. 13, §4º, II da LC 87/96, reproduzido no art. 17, § 8º, II, da Lei nº 7.014/96, na mensuração do custo

das operações de transferências de mercadorias para estabelecimento localizado em outro Estado, para apurar a base de cálculo do valor do ICMS, devem ser levados em conta, unicamente, os custos das matérias-primas, dos materiais secundários, da mão-de-obra e do acondicionamento, conforme textualmente dispõe:

*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:

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

Entendo que o legislador procurou delimitar a base de cálculo nas operações de transferências, relacionando itens de valores mais relevantes, tributados pelo ICMS (matéria-prima, material secundário e acondicionamento), além da mão-de-obra, objetivando promover uma justa partilha do imposto entre o Estado produtor e o Consumidor.

Saliento ainda, que conforme decisão proferida pelo STJ no RE 707.635-RS/2004, a definição da base de cálculo do ICMS é matéria reservada à lei complementar. No presente caso, o disposto no art. 13, §4º, II da LC 87/96 não pode ser modificado por lei estadual e muito menos por Decisões Normativas, tendo em vista que são regras hierarquicamente inferiores à mencionada LC. Caso se entenda ao contrário, cada Estado poderia interpretar a LC 87/96, de acordo com os seus interesses, o que certamente geraria uma insegurança jurídica.

Enfatizo que este posicionamento (interpretação literal do art. 13, §4º, II da LC 87/96), não é um posicionamento isolado, haja vista que conforme anteriormente apreciado, foi manifestado pelo STJ (RE 707.635-RS). Constatou que conforme ressaltado pelos autuantes na informação fiscal, a restrição imposta pela LC 87/96, referente a matérias-primas, materiais secundários e de embalagem (acondicionamento), estende-se a outros dispositivos e diplomas legais (art. 2º da Port. 607/2006 da SUFRAMA; art. 3º do Dec. 6008/2006), bem como já foi manifestado em decisões de segunda instância deste Conselho, a exemplo dos Acórdãos CJF nº 01794/00; CJF 409-03; CJF 210-11/04 e CJF 0340-11/06.

Quanto à atualização dos débitos tributários pela taxa SELIC, este procedimento é previsto no art. 102, § 2º, II da Lei nº 3.956/81 (COTEB). Portanto é legal este procedimento. Em relação a sua pretensa constitucionalidade, não é pertinente a apreciação nesta instância, haja vista que, este órgão julgador não tem competência para declarar a constitucionalidade da legislação do Estado, nos termos do art. 167 do RPAF/BA.

Assim sendo acato o demonstrativo de débito acostado pelos autuantes à fl. 585 decorrente das planilhas refeitas acostadas às fls. 504/584 e considero devido o valor de R\$263.494,12. Como ocorreu agravamento dos valores exigidos mensalmente, deve ser mantida a exigência fiscal dentro dos limites mensais autuados, devendo ser mantida a mesma no total de R\$214.589,61 conforme demonstrativo abaixo.

No que se refere ao montante de R\$48.904,51 resultante do agravamento da infração, recomendo à autoridade fazendária competente para renovar o procedimento fiscal para proceder ao lançamento por meio de outro Auto de Infração.

Data Ocorr	Data Vencto	Valor autuado	Valor devido	Fl.	Julgado R\$
31/01/02	09/02/02	48.793,60	61.838,00	585	48.793,60
28/02/02	09/03/02	48.101,51	61.676,06	585	48.101,51
31/03/02	09/04/02	28.899,50	39.167,68	585	28.899,50
30/04/02	09/05/02	25.579,69	37.363,63	585	25.579,69
30/06/02	09/07/02	12.464,47	12.582,80	585	12.464,47
31/07/02	09/08/02	10.751,17	10.719,28	585	10.719,28
31/08/02	09/09/02	12.988,65	12.851,77	585	12.851,77
30/09/02	09/10/02	6.800,88	6.822,99	585	6.800,88

31/10/02	09/11/02	9.088,28	9.102,18	585	9.088,28
30/11/02	09/12/02	6.198,82	6.262,54	585	6.198,82
31/12/02	09/01/03	5.091,81	5.107,19	585	5.091,81
Total		214.758,38	263.494,12		214.589,61

Por tudo que foi exposto, concluo que o estabelecimento da empresa situado em outra unidade da Federação, ao transferir mercadorias para o estabelecimento pertencente ao mesmo titular localizado no Estado da Bahia, incluiu valores que não constituem matéria-prima, mão-de-obra, material secundário ou acondicionamento, como previsto no art. 13, § 4, II da LC 87/96. Este procedimento resultou numa base de cálculo maior que a prevista no mencionado diploma legal, gerando um débito fiscal maior que o previsto na legislação no estabelecimento remetente e correto o procedimento adotado pela fiscalização, expurgando da base de cálculo das transferências, os valores relativos à depreciação, energia e outros, apurando um crédito utilizado a mais do que o previsto, o que constitui um crédito fiscal indevido.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

### **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 206891.0008/07-8, lavrado contra **PARMALAT BRASIL S.A. INDÚSTRIA DE ALIMENTOS**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$214.589,61**, 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, 29 de outubro de 2009.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - JULGADOR