

PROCESSO - A. I. Nº 206891.0034/08-7
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - NESTLÉ BRASIL LTDA.
RECURSO - REPRESENTAÇÃO PGE/PROFIS – Acórdão 4ª JJF nº 0339-04/08
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 05/04/2010

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJP Nº 0034-11/10

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. TRANSFERÊNCIAS INTERESTADUAIS, ENTRE ESTABELECIMENTOS DA MESMA EMPRESA, COM BASE DE CÁLCULO SUPERIOR À LEGALMENTE PREVISTA. IMPROCEDÊNCIA DA AUTUAÇÃO. Representação proposta com base no art. 119, II, da Lei nº 3.956/81 (COTEB), tendo em vista que só deverá ser adotado como valor da base de cálculo o custo de produção, assim definido em lei: o custo da matéria-prima, material secundário, mão-de-obra e acondicionamento, para fins de utilização de créditos fiscais, nas transferências interestaduais dos produtos fabricados pelo mesmo titular, entre estabelecimentos da mesma empresa, quando o remetente for o estabelecimento fabricante. No caso concreto, as operações de transferências de mercadorias remetidas pelo Centro de Distribuição, estabelecimento autônomo, deverá ser adotado como valor da base de cálculo o valor correspondente à entrada mais recente da mercadoria, nos termos do art. 13, § 4º, I, da LC nº. 87/96. Representação ACOLHIDA. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Representação da PGE/PROFIS ao CONSEF, provocada pelo contribuinte, com fundamento no artigo 119, II, e seu § 1º, da Lei nº. 3.956/81 (COTEB), dentro da sua competência para efetuar o controle da legalidade do Processo Administrativo Fiscal, para que seja decretada a improcedência do Auto de Infração, haja vista que o fisco se equivocou quando entendeu que a operação de transferência de mercadorias do Centro de Distribuição da empresa, situado no Estado de São Paulo, para o autuado, localizado no Estado da Bahia, teria se dado em valores superiores aos permitidos, o que teria acarretado o creditamento indevido de ICMS.

Por ficar comprovado que a acusação fiscal e o levantamento dos autuantes partiam da premissa de que todas as entradas de mercadorias foram produzidas pelos remetentes e, como tal sujeitas à regra do art. 13, § 4º, inciso II, da Lei Complementar nº. 87/96, ou seja, sujeitas à base de cálculo restrita ao custo da mercadoria produzida, assim entendida a soma do custo da matéria-prima, material secundário, mão-de-obra e acondicionamento, sem considerar a existência de “transferência de mercadorias adquiridas ou recebidas de terceiros”, por solicitação da PGE/PROFIS, às fls. 306 e 307, esta 1ª Câmara de Julgamento Fiscal converteu o PAF em diligência aos autuantes para excluírem do montante do débito exigido os valores relativos às mercadorias recebidas em transferências às quais não foram produzidas pelos estabelecimentos remetentes, assim como apresentassem planilha de custos, por unidade fabril, das remessas de mercadorias produzidas.

Em atendimento ao quanto solicitado, os autantes, às fls. 314 a 382 demonstrativos, nos quais asseveram que:

“1.1. – Para as operações oriundas dos estabelecimentos fabricantes, em que a BASE DE CÁLCULO é igual ao CUSTO DA MERCADORIA PRODUZIDA (CFOP 6151) – art. 13, § 4º, II da LC 87/96, ou seja, apenas quando a transferência é oriunda da empresa que fabricou os produtos, não localizamos nenhuma operação com esse CFOP.”

“1.2. – Por outro lado, nas operações em que a BASE DE CÁLCULO das operações com CFOP 6152 é igual ao VALOR DA ENTRADA MAIS RECENTE – art. 13, § 4º, I da LC 87/96 -, procedemos ao cálculo do valor devido – R\$ 13.819,67 (planilha de fls. 316 a 342) tomando por base os arquivos do SINTEGRA (ENTRADAS nos estabelecimentos ATACADISTAS que transferiram mercadorias para a filial baiana) e respectivo demonstrativo de débito (fls. 314).”

Às fls. 386 a 388 dos autos, a PGE/PROFIS ressalta que os autuantes não encontraram, entre as operações autuadas, nenhuma transferência realizada sob o CFOP 6151, como eles mesmos afirmam, do que destaca a PGE/PROFIS que a infração apurada no presente Auto de Infração se refere, unicamente, à transferência de mercadoria de produção própria, tanto que foi utilizada para referência de base de cálculo o custo de produção.

Assim, sustenta a PGE/PROFIS que ficou claro na diligência que os autuantes, não encontrando nenhuma operação de transferência de estabelecimento fabril para o estabelecimento autuado neste Estado, operações que foram erradamente consideradas na ação fiscal, já que ocorreram remessas de centro distribuidor e não de fabricante, pretenderam então realizar outra autuação dentro deste em julgamento.

Aduz o órgão responsável pelo controle da legalidade que correto e decente seria aceitar a improcedência da autuação como levada a efeito inicialmente, por ter, equivocadamente, considerado transferências interestaduais sem a interposição de centro de distribuição, o que muda completamente a natureza jurídica das supostas operações entre estabelecimento fabricante e o estabelecimento autuado.

Ante o exposto, a PGE/PROFIS, através da sua procuradora assistente em exercício, Dr^a. Sylvia Amoêdo, não acata a diligência apresentada, por não corresponder ao que foi determinado pelo relator da 1ª CJF e por extrapolar o que foi objeto da autuação, constituindo-se, efetivamente, em nova ação fiscal. Assim, requer que seja julgada a Representação nos moldes em que fora proposta, às fls. 301, a qual acata sem reparo e que propõe a improcedência da ação fiscal.

VOTO

Inicialmente, cumpre consignar que a representação proposta pela PGE/PROFIS, no controle da legalidade, encontra previsão no art. 119, §1º, do Código Tributário do Estado da Bahia, *in verbis*:

“Na hipótese de existência de vício insanável ou ilegalidade flagrante em Auto de Infração, a Procuradoria Fiscal (PROFIS), órgão da Procuradoria Geral do Estado, representará ao Conselho de Fazenda Estadual (CONSEF), no prazo de 5 (cinco) dias, para apreciação do fato”.

O presente Auto de Infração exige a utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, decorrente de operações interestaduais de transferências de mercadorias, com base de cálculo superior ao custo de produção, correspondente ao somatório de: matéria-prima, acondicionamento, material secundário e mão de obra, conforme estabelecido na Lei Complementar nº. 87/96.

Através do Acórdão JJF nº. 0339-04/08 foi, por unanimidade, o lançamento de ofício julgado procedente, tendo o contribuinte, à época, apresentado Recurso Voluntário, o qual foi considerado intempestivo, e, posteriormente, requerido à PGE/PROFIS a proposição de uma representação ao CONSEF, no exercício do controle da legalidade, em razão da existência de ilegalidade flagrante no Auto de Infração, ora em apelo.

Diante desta provocação, após a devida análise, no exercício do controle de legalidade, a PGE/PROFIS interpõe Representação ao CONSEF para que decrete a improcedência do Auto de Infração, em face da existência de ilegalidade flagrante, por restar comprovada a inexistência de operação entre estabelecimentos fabricantes, localizados em outros Estados, e o estabelecimento autuado na Bahia, concluindo pela inoccorrência do fato gerador do

Da análise dos autos, verifico que a acusação fiscal trata de utilização de ICMS decorrente de operações interestaduais de transferências

cálculo superior ao custo de produção, correspondente ao somatório de: matéria-prima, acondicionamento, material secundário e mão-de-obra, como estabelecido na LC 87/96, conforme se pode comprovar do texto da imputação, cuja exigência fiscal deve a ela se restringir, sob pena de mudança do fulcro da acusação fiscal.

O artigo 13, § 4º, da Lei Complementar nº 87/96, estabelece em seus incisos I e II que, 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.

No levantamento fiscal dos autuantes, o qual fundamenta a infração, todas as entradas foram consignadas como se fossem mercadorias produzidas pelos remetentes e, como tal, sujeitas à regra ínsita no inciso II acima, ou seja, à base de cálculo restrita ao custo da mercadoria produzida.

Assim, uma vez constatado que tais operações de transferência de estabelecimento fabril para o estabelecimento autuado não ocorreram, conforme asseveram os próprios autuantes, mas, sim, remessas em transferência de estabelecimento atacadista de centro distribuidor, a apuração da base de cálculo deve obedecer à regra da entrada mais recente, prevista no art. 13, § 4º, I, da LC nº. 87/96. Em consequência, só nos resta considerar insubsistente a exigência fiscal, sob pena de mudança de fulcro da acusação fiscal.

Portanto, só mediante novo lançamento de ofício caberia a exigência do valor remanescente de R\$ 13.819,67, conforme foi apurado na diligência fiscal, se não houvesse operado a decadência do direito de a fazenda pública constituir o crédito tributário, relativo ao exercício de 2004.

Ante o exposto, voto pelo ACOLHIMENTO da representação proposta, para julgar IMPROCEDENTE o presente Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **ACOLHER** a Representação proposta.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de março 2010.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

FERNANDO ANTÔNIO BRITO DE ARAÚJO – RELATOR

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