

PROCESSO	- A. I. N° 233044.0002/09-7
RECORRENTE	- COMPANHIA DE BEBIDAS DAS AMÉRICAS – AMBEV (FILIAL CAMAÇARI)
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF n° 0381-03/09
ORIGEM	- IFEP INDÚSTRIA
INTERNET	- 02/01/2013

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0417-11/12

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. TRANSFERÊNCIAS INTERESTADUAIS ENTRE ESTABELECIMENTOS DA MESMA EMPRESA COM BASE DE CÁLCULO SUPERIOR À LEGALMENTE PREVISTA. Deverá ser adotado como valor da base de cálculo o custo de produção, definido como 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. Comprovado nos autos que as operações de transferências, em sua totalidade, foram de adquiridas de terceiros, CFOP 62152. Infração improcedente. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Versa o caso de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo da relação tributária contra a Decisão proferida pela 3ª JJF, através do Acórdão JJF n° 0381-03/09, que julgou pela Procedência do Auto de Infração acima epigrafado, lavrado em 20/07/2009, sob a imputação de utilização indevida de crédito fiscal de ICMS nas operações interestaduais com base de cálculo, fixada pela unidade federada de origem, superior à estabelecida na Lei Complementar n° 87/96, exigindo ICMS no valor de R\$217.142,77, acrescido da multa de 60%, apurada no exercício de 2004.

Consta que foi efetuado estorno de crédito fiscal de ICMS, em virtude de a base de cálculo do ICMS nas operações de transferência de produtos industrializados para filiais neste Estado ser maior que a prevista na mencionada LC (ar. 13, § 4º, inciso II), nos meses de janeiro a dezembro de 2004, conforme demonstrativo às fls. 10 a 47 dos autos.

O autuado, por meio de advogado legalmente constituído, apresentou a sua peça impugnatória (fls. 156 a 170) e o autuante prestou a informação fiscal de praxe (fls. 210 a 213), seguindo-se a Decisão da 3ª Junta de Julgamento Fiscal, proferida por unanimidade de votos, dando pela Procedência do Auto de Infração, na seguinte literalidade:

“Inicialmente, o defendente pede que seja declarada a decadência, considerando que o presente Auto de Infração foi lavrado para exigir imposto referente ao exercício de 2004, apresentando o entendimento de que deve incidir a regra do art. 150, § 4º do CTN. Diz que o crédito tributário foi constituído em 23/07/2009 e o prazo decadencial de cinco anos expirou em junho de 2009.

Observo que a legislação do Estado da Bahia estabelece que o direito de a fazenda pública constituir o crédito tributário extingue-se no prazo de cinco anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, conforme art. 965 do RICMS/97, que está de acordo com o art. 173, I do CTN.

Portanto, a legislação do Estado da Bahia fixa prazo à homologação do lançamento, e não é acatada a alegação com base no art. 150, § 4º do CTN, que se aplica quando a lei do ente tributante não fixa prazo à homologação:

Art. 150 O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato

em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

...
§ 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.

No caso em exame, os fatos geradores do imposto relativos ao exercício de 2004 têm o prazo para constituição do crédito tributário até 31/12/2009. Como o presente Auto de Infração foi lavrado em 20/07/2009, nesta data, ainda não havia se configurado a decadência do prazo para o lançamento do tributo. Assim, constato que na data da ação fiscal não houve decurso do prazo regulamentar, ficando rejeitada a preliminar de decadência suscitada nas razões de defesa.

No mérito, o presente Auto de Infração trata da exigência de ICMS, pela 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, nos meses de janeiro a dezembro de 2004.

De acordo com a descrição dos fatos, foi efetuado estorno de crédito fiscal de ICMS, na forma da LC 87/96, em virtude de a base de cálculo do ICMS nas operações de transferências de produtos industrializados para filiais neste Estado ser maior que a prevista na mencionada LC (ar. 13, § 4º, inciso II), nos meses de janeiro a dezembro de 2004, conforme demonstrativo às fls. 10 a 47 dos autos.

O autuado alega que ao contabilizar as entradas das mercadorias, o estabelecimento destinatário efetua lançamento a débito em sua conta de estoques com o valor exatamente igual ao montante registrado no estabelecimento de origem. Portanto, nas transferências interestaduais efetuadas pelo contribuinte entre seus estabelecimentos, a quantidade de riqueza posta em circulação corresponde ao custo de produção contábil das mercadorias transferidas. Entende que o Estado da Bahia está tentando se beneficiar no momento do pagamento da diferença de alíquota, tendo em vista que a base de cálculo utilizada no creditamento é a mesma para o pagamento do ICMS nos Estados de origem.

Conforme estabelece o art. 155, § 2º, XII, "i" da Constituição Federal, cabe à lei complementar fixar a base de cálculo do ICMS, de modo que o montante do imposto a integre. Neste caso, a Constituição Federal atribui à lei complementar o papel importante na apuração dos valores do ICMS, estando previsto no art. 13, § 4º, da Lei Complementar 87/96:

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.

Como se trata de crédito fiscal relativo às operações interestaduais envolvendo produtos industrializados, transferidos para filiais localizadas neste Estado, aplica-se o disposto no art. 13, § 4º, inciso II da Lei Complementar 87/96, acima reproduzido. Assim, em relação ao argumento do autuado de que o preço das transferências praticado pelo seu estabelecimento está conforme a legislação em vigor, observo que o levantamento fiscal foi realizado no sentido de apurar se base de cálculo estava de acordo com o estabelecido no citado 13, § 4º, inciso II da Lei Complementar 87/96, ou seja, o custo da mercadoria produzida, assim entendida como a soma do custo da matéria-prima, material secundário, mão-de-obra e acondicionamento

Vale ressaltar, que o defendente não contestou os dados numéricos do levantamento fiscal, e a autuação foi efetuada com base na planilha de custo de produção apresentada pelo próprio contribuinte, constando discriminadamente os itens do custo de produção. A partir desses dados, foi efetuada exclusão das parcelas relativas ao "custo fixo" e "depreciação", não previstas na Lei Complementar 87/96. Depois de apurado o custo unitário, foi realizado o confronto com a base de cálculo consignada em cada nota fiscal objeto da autuação, apurando-se a diferença entre o valor calculado, conforme previsto na mencionada Lei Complementar e o valor consignado a mais nos documentos fiscais, sendo elaborado o "DEMONSTRATIVO DO ESTORNO DO CRÉDITO DO ICMS UTILIZADO NAS ENTRADAS POR TRANSFERÊNCIA" (fls. 10 a 47), tendo sido aplicada a alíquota interestadual, encontrando o valor do crédito utilizado a mais pelo contribuinte.

Analizando o levantamento efetuado pelos autuantes, constato que foram observadas as regras estabelecidas na Lei Complementar 87/96, não assistindo razão ao defendente quanto ao argumento de que se deve aplicar o entendimento da Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo na Decisão Normativa CAT-5, de 15/06/2005,

haja vista que se trata de um ato normativo, considerado como norma complementar, nos termos do art. 100, inciso I do Código Tributário Nacional – CTN.

Como as normas complementares e a legislação tributária estadual devem estrita obediência às regras estabelecidas na Constituição Federal e à Lei Complementar (LC 87/96) e, considerando que nas transferências interestaduais, são taxativos os elementos constitutivos da base de cálculo do ICMS, previstos na mencionada Lei Complementar, não podem os Estados e o contribuinte deixar de aplicar o que foi estabelecido na referida lei. Neste caso, a Decisão Normativa CAT-5, citada pelo deficiente, não se aplica ao caso em exame. Trata-se de norma infraconstitucional, e não se pode ignorar a Lei Complementar, alterando o seu conteúdo no sentido de flexibilizar a sua aplicação.

Da análise efetuada a partir do texto constitucional; passando pela Lei Complementar, que traça as linhas gerais, compatibilizadas pelas diversas leis estaduais, em estrita obediência à unidade e à coerência do ordenamento jurídico nacional, entendo que a base de cálculo das operações de saídas de mercadorias por transferências está disposta no art. 13, § 4º, da LC 87/96, cujo teor é reproduzido no Estado da Bahia através do art. 17, § 8º, inciso II da Lei nº. 7.014/96:

Art. 17. A base de cálculo do imposto é:

§ 8º Na saída de mercadoria para estabelecimento pertencente ao mesmo titular localizado em outra unidade da Federação 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;

Ao contrário do posicionamento adotado nas razões de defesa, em relação ao crédito fiscal a ser utilizado pelo contribuinte, o Regulamento do ICMS do Estado da Bahia trata a questão conforme os dispositivos a seguir reproduzidos:

Art. 93

...
§ 5º Somente será admitido o crédito fiscal do valor do imposto corretamente calculado:

...
II - quando, em operação interestadual, a legislação da unidade federada de origem fixar base de cálculo superior à estabelecida em lei complementar ou em convênio ou protocolo, ou quando o imposto houver sido recolhido com base em pauta fiscal superior ao valor da operação.

...
Art. 97. É vedado ao contribuinte, ressalvadas as disposições expressas de manutenção de crédito, creditar-se do imposto relativo à aquisição ou à entrada, real ou simbólica, de mercadorias no estabelecimento, bem como aos serviços tomados, qualquer que seja o regime de apuração ou de pagamento do imposto:

...
VIII - nas situações do § 5º do art. 93, relativamente à parte excedente;

Desse modo, constato que a exigência fiscal consubstanciada no presente Auto de Infração está lastreada nos dispositivos legais citados neste voto, encontrando-se em consonância com os princípios constitucionais, inclusive em relação à não-cumulatividade do ICMS.

O autuado também alega que deveria ser aplicada a alíquota correta de 7% e 12%, de acordo com o Estado de origem das mercadorias, e caso não seja cancelado o Auto de Infração, que seja utilizada a base de cálculo correta, devendo ser modificada a apuração do imposto, alterando-se a alíquota utilizada.

De acordo com o levantamento fiscal às fls. 10 a 47 dos autos, a apuração do imposto foi efetuada considerando a alíquota interestadual, conforme o Estado de origem das mercadorias. A indicação da alíquota de 17% no demonstrativo de débito do Auto de Infração, foi efetuada por imposição do Sistema Informatizado de emissão de Auto de Infração utilizado atualmente pela SEFAZ/BA, o que não onerou o sujeito passivo, inexistindo qualquer acréscimo no débito, como se pode comprovar pelo confronto dos valores do imposto apurados no levantamento fiscal com o demonstrativo de débito.

Quanto à multa e acréscimos legais decorrentes da autuação, que foram objeto de contestação pelo autuado, a sua aplicação é consequência da falta de recolhimento espontâneo do imposto, o que resultou na lavratura do presente Auto de Infração, tendo sido indicado corretamente o percentual de 60%, conforme estabelece o art. 42, inciso VII, alínea “a” da Lei 7.014/96.

Concluo pela subsistência da autuação, considerando a constatação de que o estabelecimento remetente proporcionou ao destinatário (autuado) um crédito fiscal a ser utilizado, maior do que o previsto na legislação, o que constitui um crédito fiscal indevido de acordo com o disposto no art. 93, §5º, II c/c art. 97, VIII do RICMS/BA.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.”

Inconformado com a Decisão proferida de 1^a Instância, o sujeito passivo interpôs o presente Recurso Voluntário (fls. 234 a 254), através do qual, inicialmente, teceu breve histórico acerca da autuação, salientando a sua absoluta insubstancial, pelos fatos e fundamentos expostos na defesa e agora reiterados.

De plano, suscitou a preliminar de nulidade do Auto de Infração por vício de motivação e cerceamento de defesa. Alegou que apesar da CF de 1988, em seu art. 5º, LV, ter assegurado aos litigantes em processo administrativo, o contraditório e a ampla defesa, constata-se, de logo, que o lançamento perpetrado pelo autuante não contém elementos suficientes para se determinar com segurança, a infração, ausentes as suas origens, inexistindo, sequer, uma mínima descrição dos fatos que teriam embasado a exação.

Asseverou que o cerceamento de defesa é causa de nulidade do Auto de Infração, consoante preconiza o art. 18, II, do RPAF do Estado da Bahia.

Prosseguindo, suscitou a improcedência parcial da autuação, em virtude do instituto da decadência, para os fatos geradores ocorridos no período de janeiro a junho de 2004.

Reproduziu o art. 150, § 4º, do Código Tributário Nacional – CTN, salientando que no caso de tributo sujeito a lançamento por homologação, se não houver recolhimento de qualquer quantia pelo contribuinte, aplicar-se-ia a regra do art. 173, I, do CTN, porém, inaplicável na espécie, tendo em vista que o contribuinte efetuou o recolhimento do imposto, conforme reconhecido pelo autuante.

Por isso, entendeu que deveria incidir a regra do art. 150, § 4º, do CTN, afirmando que o crédito tributário foi constituído em 23/07/2009 e o prazo decadencial de cinco anos expirou em junho deste ano.

Asseverou que as normas infralegais, obrigatoriamente, seriam interpretadas à luz da Constituição Federal, sendo o Código Tributário Nacional anterior à Constituição Federal vigente e, em função disto, as suas normas somente teriam validade se não fossem contrárias à Carta Maior.

Apresentou o posicionamento da jurisprudência e disse que, na hipótese de não ser acatada a alegação de decadência, deveriam ser analisadas as alegações apresentadas, considerando o princípio da eventualidade.

Adentrando ao mérito, o recorrente entendeu que, por não haver efetivamente circulação de mercadoria, sequer esta movimentação deveria ser tributada pelo ICMS, assegurando que a movimentação de mercadorias entre setores do mesmo titular não configuraria circulação jurídica, a qual só existiria se ocorrente a transferência da propriedade da mercadoria.

Transcreveu o art. 13, § 4º, da LC 87/96, e aduziu que, da leitura do mencionado dispositivo, verificar-se-ia se tratar apenas de transferência de mercadoria de um estabelecimento para outro do mesmo titular, situado em Estados diferentes.

Em seguida, o recorrente comentou sobre o conceito de custo de mercadoria, inclusive o contábil do custo de produção, citando o art. 46, inciso V, da Lei nº 4.506/64 e ensinamentos do Professor Eliseu Martins, em sua obra Contabilidade de Custos, Ed Atlas, 1966.

Frisou a impossibilidade da contabilidade, diante da diversidade de atividades industriais, estabelecer uma metodologia para apuração do custo de produção, o qual se encaixa a todo universo de contribuintes. Por isso, entendia que não ser possível simplesmente somar os custos de matéria-prima, material secundário, mão de obra e acondicionamento.

Comentou sobre o art. 146, III, da Constituição Federal; art. 110 do CTN, e asseverou que, aplicando-se o correto conceito de custo de produção, o Estado de São Paulo previa a inclusão na base de cálculo do ICMS incidente na transferência interestadual de mercadorias valores, que, de acordo com o seu processo produtivo específico, compunha o custo de produção, a exemplo do que disposto na Decisão Normativa CAT nº 05/05, de São Paulo.

O recorrente informou que, ao contabilizar as entradas das mercadorias, o estabelecimento destinatário efetuava lançamento a débito em sua conta de estoques com o valor exatamente igual ao montante registrado no estabelecimento de origem, razão pela qual nas transferências interestaduais efetuadas pelo contribuinte entre seus estabelecimentos, a quantidade de riqueza posta em circulação correspondia ao custo de produção contábil das mercadorias transferidas. Entendeu que o Estado da Bahia estaria tentando se beneficiar no momento do pagamento da diferença de alíquota, tendo em vista que a base de cálculo utilizada no creditamento seria a mesma para o pagamento do ICMS nos Estados de origem.

Afirmou que a legislação do ICMS dos Estados da Bahia e de Sergipe suportaria a interpretação da expressão custo de produção em conformidade com o quanto preceituado pela contabilidade, nesse passo, transcrevendo o art. 938 do RICMS/BA e art. 37 do RICMS/SE.

Sustentou, ainda, que se deveria admitir apenas um conceito de custo de produção e, portanto, desconsiderada a postura do Fisco Estadual de adotar duas definições, uma para efeitos contábeis e outra para fins tributários.

Em relação à alíquota aplicada no presente lançamento, o recorrente alegou que deveria ser modificada, argumentando que o art. 69 do RICMS/BA preceitua, expressamente, que o imposto exigido corresponde à diferença entre a alíquota interna (17%) e a interestadual, que é 12%, para as mercadorias procedentes dos Estados de Sergipe, Pernambuco e Paraíba e 7% em relação às mercadorias procedentes do Estado da São Paulo, logo, no caso versado, tendo aplicação a alíquota correta de 7% e 12%, de acordo com o Estado de origem das mercadorias.

Assim, caso não fosse cancelado o Auto de Infração, que se utilizasse a base de cálculo correta, devendo ser modificada a apuração do imposto, alterando-se a alíquota utilizada.

O sujeito passivo também contestou a multa aplicada, sustentando a observância dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, sob pena de ser ferido o Estado Democrático de Direito, entendendo a razoabilidade da fixação da multa em patamar elevado, mas não excessivo, no percentual de 60%, sob pena de constituir meio gravoso e que tal alíquota revelaria o desatendimento à proporcionalidade em sentido estrito, desrespeitando, também, o princípio da razoabilidade.

Por fim, o autuado requereu fosse conhecido e provido na sua totalidade o Recurso voluntário para que se acatasse a preliminar de nulidade do Auto de Infração e, se rejeitada, que fosse acolhida a preliminar de decadência do crédito tributário compreendido entre janeiro e junho de 2004, bem como, reconhecida a insubsistência do imposto exigido.

Através do despacho de fl. 288, o processo foi encaminhado à Procuradoria Geral do Estado, para manifestação acerca da decadência suscitada pelo sujeito passivo, tanto na defesa, quanto no Recurso Voluntário.

O despacho do Procurador-Geral do Estado destacou que o entendimento consignado no Parecer PA-CMG-92-2009 não fora acolhido (fl. 265), sendo o processo devolvido à PROFIS para análise segundo posicionamento anteriormente adotado, o que se deu no Parecer de fls. 266/271, pela rejeição da decadência, por entender a ilustre Procuradora que “*A lei estadual, no seu art.107 do COTEB, em conformidade com a previsão do parágrafo 4º do art. 150 do CTN, prevê o inicio do prazo decadencial com sendo o primeiro dia do exercício seguinte ao da ocorrência do fato gerador. Portanto, o prazo decadencial em relação aos fatos geradores de 2004 teve inicio em primeiro de janeiro de 2005.*” A autuação foi lavrada em 20/07/2009, com ciência do sujeito passivo naquele ano de 2009, dentro do prazo legal.

Destacou que o recorrente efetuou transferências de mercadorias entre estabelecimentos remetentes industriais localizados em outras unidades da Federação para estabelecimento filial localizado no Estado da Bahia, computando na base de cálculo o custo de produção, *ex vi* dos demonstrativos constantes nos autos, cuidando apenas de discutir a interpretação da norma jurídica relativa à base de cálculo sem, contudo questionar os valores apurados pelo Fisco.

Aduziu que, em consonância com os termos dos art. 13, § 4º, II, da Lei Complementar 87/96 e 17, § 8º, II, da Lei nº 7.014/96, tratando-se de operações interestaduais de transferências de mercadorias para estabelecimento localizado em outro Estado, pertencente ao mesmo titular, a base de cálculo estaria limitada à soma do custo da matéria prima, material secundário, mão-de-obra e acondicionamento, disso decorrendo ter o sujeito passivo incorrido em procedimento irregular ao inserir na base de cálculo outros componentes.

Concluiu, opinando pelo Não Provimento do Recurso Voluntário e, consequentemente, mantendo a Decisão recorrida.

Em pauta suplementar, na sessão de 18/06/2012, esta 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, após exame das peças que compõem o feito, decidiu converter o presente processo em diligência aos Autuantes, objetivando esclarecimentos quanto aos elementos utilizados na autuação para composição da base de cálculo das operações de transferência, de modo a que se limitassem às rubricas previstas na legislação de regência, a saber: matéria-prima, material secundário, acondicionamento e mão de obra.

No demonstrativo deveriam constar as indicações atinentes ao mês, data, Nota Fiscal, tipo do bem, mercadoria ou serviço, e valor do crédito glosado, com os totais de cada mês.

Solicitou, também, a diligência, a exclusão, da autuação, de todas as notas fiscais cujo CFOP estivessem indicando o código 6152, o qual se reporta a mercadorias adquiridas de terceiros, e não a de produção própria do estabelecimento remetente.

À fl. 286, em atendimento à diligência, os auditores autuantes esclareceram que:

“Os elementos utilizados na autuação para composição da base de cálculo das operações de transferências constam do DEMONSTRATIVO fls. 10 a 47 bem como da planilha de custos fornecida pela empresa - fls.49 a 88.”

(...)

“Não foi elaborado outro demonstrativo porque todas as notas fiscais relacionadas no DEMONSTRATIVO fls. 10 a 47 tinham indicado o CFOP 6152, conforme se pode comprovar no CD anexo enviado pela empresa no envelope - fls. 285.”

O autuado, ao se manifestar sobre o resultado da diligência (fls. 290/295), reiterou os argumentos recursais e defendeu a nulidade da autuação pela falta de certeza e liquidez do lançamento.

Na assentada do julgamento a Representante da PGE/PROFIS, Drª Maria José Ramos Coelho Lins de Albuquerque Sento-Sé, face o resultado da diligência confirmando que as operações apresentam CFOP 6152, opina pela Improcedência da autuação.

VOTO

Consoante minuciosamente relatado, nesta oportunidade, analisa-se as razões recursais do contribuinte, no sentido de reformar a Decisão de 1ª Instância, que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, relativo à 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 dos itens matéria-prima, acondicionamento, material secundário e mão-de-obra, conforme estabelecido na Lei Complementar nº 87/96.

Com efeito, o sujeito passivo da relação tributária, no seu inconformismo, pugnou, inicialmente, pela nulidade do Auto de Infração, invocando o cerceamento do direito de defesa pela flagrante ausência de liquidez do lançamento e, em seguida, pela aplicação do instituto da decadência do direito do Fisco de exigir os créditos tributários relativos aos meses de janeiro a junho de 2004, com amparo no § 4º do art. 150 do CTN.

Sucede que, por vislumbrar para o desfecho da lide, no mérito, um resultado favorável ao sujeito passivo, e com fundamento no art. 155, § Único do RPAF/BA, deixo de analisar as preliminares suscitadas pelo contribuinte.

Na espécie concreta versada, o crédito fiscal que se pretende constituir se refere à sua utilização

em montante superior ao devido relativamente às operações de transferências entre estabelecimentos do mesmo titular, irregularidade apurada pelo auditor fiscal a partir da verificação de que a base de cálculo utilizada pelos estabelecimentos remetentes industriais dos Estados de São Paulo, Sergipe, Pernambuco e Paraíba foi calculada em desacordo com as normas constantes da Lei Complementar 87/96.

O lançamento de ofício, contudo, não pode ser mantido, porquanto a autuação encontra-se integralmente embasada no descumprimento, por parte do sujeito passivo, da norma insculpida no art. 13, § 4º, II, da Lei Complementar nº 87/96, a qual fixa a base de cálculo nas operações de transferências interestaduais de mercadorias, produzidas pelo remetente, entre estabelecimentos pertencentes ao mesmo titular, como sendo o custo da mercadoria produzida, assim entendida o somatório da matéria-prima, material secundário, mão-de-obra e acondicionamento.

Em virtude da diligência determinada por esta Câmara de Julgamento Fiscal, os autuantes, na informação fiscal de fl. 286, constataram ser o total das operações de transferências realizadas por meio de documentos fiscais com a natureza da operação indicada pelo CFOP 6152, previsãoando o texto legal do RICMS/BA sobre a matéria (Anexo 01), textualmente:

6.150 - TRANSFERÊNCIAS DE PRODUÇÃO PRÓPRIA OU DE TERCEIROS

6.151 - Transferência de produção do estabelecimento classificam-se neste código os produtos industrializados ou produzidos pelo estabelecimento em transferência para outro estabelecimento da mesma empresa.

6.152 - Transferência de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros classificam-se neste código as mercadorias adquiridas ou recebidas de terceiros para industrialização, comercialização ou para utilização na prestação de serviços e que não tenham sido objeto de qualquer processo industrial no estabelecimento, transferidas para outro estabelecimento da mesma empresa. (grifo do relator)

Por conseguinte, em relação a tais operações, não é plausível se acusar o autuado de descumprimento da norma transcrita, a qual trata da base de cálculo nas transferências oriundas, exclusivamente, de estabelecimentos fabris e, consequentemente, improcede a acusação de que o recorrente utilizou, de forma indevida, crédito fiscal decorrente de operações de transferência originárias de indústrias localizadas em outros Estados da Federação.

Destaque-se que, se instaurada outra ação fiscal, deverá embasar-se em acusação nova, analisadas as operações a partir da regra própria que dispõe sobre as transferências entre estabelecimentos comerciais pertencentes ao mesmo titular, segundo a qual a base de cálculo deve ser o valor da entrada mais recente da mercadoria, atentando-se, contudo, ao prazo decadencial de cinco anos.

Ante o exposto, DOU PROVIMENTO ao Recurso interposto, para julgar IMPROCEDENTE a presente autuação.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar IMPROCEDENTE o Auto de Infração nº 233044.0002/09-7, lavrado contra **COMPANHIA DE BEBIDAS DAS AMÉRICAS – AMBEV (FILIAL CAMAÇARI)**.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de dezembro de 2012.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

VALNEI SOUSA FREIRE – RELATOR

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO-SÉ – REPR. DA PGE/PROFIS