

A. I. Nº - 206891.0031/11-8
AUTUADO - UNILEVER BRASIL LTDA.
AUTUANTES - MARCOS ANTÔNIO DA SILVA CARNEIRO, PAULO CESAR DA SILVA BRITO,
JOAQUIM MAURÍCIO DA MOTTA LANDULFO e EUZIANE GOUVEIA DA SILVA
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 19.04.2012

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0058-02/12

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. TRANSFERÊNCIAS INTERESTADUAIS ENTRE ESTABELECIMENTOS DA MESMA EMPRESA COM BASE DE CÁLCULO SUPERIOR À LEGALMENTE PREVISTA. TRANSFERÊNCIAS DE ESTABECIMENTO DA MESMA EMPRESA NÃO FABRICANTE DO PRODUTO. Ficou comprovado que, em consonância com os critérios previstos na legislação alinhada (LC 87/96 e Lei 7014/96), o autuado efetivamente utilizou crédito fiscal de ICMS, nas operações de transferências interestaduais de mercadorias oriundas de outros estabelecimentos da mesma empresa não fabricantes dos produtos, em valores superiores ao devido. Afastadas as preliminares de nulidade e de mérito, bem como não acolhido o pedido de perícia. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 23/11/2012, exige ICMS no valor histórico total de R\$617.293,73, sob a acusação de utilização indevida de crédito fiscal nas operações interestaduais com base de cálculo fixada na unidade federativa de origem, superior à estabelecida em lei complementar, convênios ou protocolos. Multa de 60%.

Está dito que foi efetuado estorno de crédito com fundamento no art. 13, § 4º, I da Lei Complementar 87/1996, pois o valor da entrada mais recente da mercadoria (VEMR) corresponde ao da última entrada, nos estabelecimentos localizados em outros estados, no mês anterior ao da transferência para a Bahia.

Os autuantes colacionam decisões administrativas e judiciais.

O sujeito passivo ingressa com impugnação, às fls. 189 a 237, através de advogado constituído mediante procuração e substabelecimento de fls. 132 e 133.

Informa ser pessoa jurídica de direito privado que, na consecução de seu objeto social, dedica-se à fabricação de bens de consumo e atividades comerciais em todo território nacional, sujeitando-se, assim, à incidência do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação (ICMS).

Em seguida, com fundamento no art. 150, § 4º, CTN, em doutrina e jurisprudência, suscita preliminar de decadência do período de 10, 11 e 12/2006, uma vez que tomou ciência da lavratura em 14/12/2011.

O Auto de Infração, a seu ver, não pode prevalecer, em virtude do equívoco cometido pela fiscalização quanto à alíquota aplicada ao cálculo do suposto valor do ICMS creditado a maior. Entende que aplicou-se de maneira incorreta a alíquota interna de 17%, que se comparada àquela usada nos casos de transferência interestadual, de 7% ou 12% conforme o caso, resulta em expressivas diferenças.

Argumenta que a auditoria firmou o entendimento de que nas operações autuadas o parâmetro para definição da base de cálculo é o valor da entrada mais recente das mercadorias. Ocorre que, poucas linhas depois, ao perceber que tal critério era o adotado pela defendente, sem qualquer embasamento legal, utilizou na metodologia o mês anterior para a determinação da entrada mais recente e promoveu o que denominou de "expurgos" nos valores adotados como base de tributação. Em outras palavras, percebendo que os procedimentos adotados pelo defendente na fixação da base de cálculo aplicável às operações autuadas estavam de acordo com o disposto no artigo 13, inciso I, § 4º, da Lei Complementar nº 87/96, a fiscalização ultrapassou os limites contidos nesse dispositivo para promover o "expurgo" de valores que, supostamente, integravam de maneira indevida a composição do imposto.

Alinha que a LC 87/96 menciona claramente que, na hipótese ali descrita, a base de cálculo do imposto é o valor correspondente à entrada mais recente da mercadoria. Portanto, a Lei não faz qualquer menção à "última entrada do mês anterior" ou ao "valor médio" dessas operações, ao revés, a legislação é clara ao dispor unicamente sobre "o valor correspondente à entrada mais recente da mercadoria". Disso decorre a falta de liquidez e certeza do crédito tributário, já que foram utilizados critérios não previstos na legislação para fins de quantificação da exigência formulada.

A "entrada mais recente da mercadoria" é aquela ocorrida no menor intervalo de tempo até a sua saída, i.e., a aquisição mais recente da mercadoria pode ser aquela ocorrida no ano, mês, dia, hora, minuto ou segundo que antecede a sua saída.

De outra parte, complementa, quanto ao valor médio nas situações em que ocorreram "várias entradas na mesma data", de igual forma, é notória a falta de liquidez e certeza da autuação. Isto porque, tal procedimento, assim como aquele previsto para definir a entrada mais recente, resulta em um critério arbitrário para realização do levantamento fiscal que fundamenta a autuação, sem qualquer previsão legal, que configura arbitramento de base de cálculo sem respaldo e cerceamento de direito de defesa.

Argui violação do princípio da não cumulatividade consignando que a CF/88 esgotou a equação da não cumulatividade, não havendo espaço para reduções operadas pela legislação infraconstitucional. Entende que doutrina é unânime em tal posicionamento. Apresenta Roque Carrazza, discorrendo sobre o princípio da não cumulatividade

Consigna que o art. 155, § 2º, I, da Constituição Federal, confere ao contribuinte do ICMS o direito público subjetivo, oponível ao Estado ou ao Distrito Federal, de fazer o abatimento (quando presentes os requisitos constitucionais).

Aduz que a lei não poderá estabelecer que, em certa etapa do ciclo, a não-cumulatividade seja abolida, ou mesma restringida, em nenhuma hipótese o contribuinte poderá ser proibido de proceder aos créditos correspondentes ao imposto incidente nas operações anteriores, sob pena de ferir além do princípio da não-cumulatividade, ferir o princípio constitucional da proibição de utilizar tributo com efeito de confisco, princípio este regulado no artigo 150, IV da Constituição Federal.

Apresenta várias doutrinas defendendo a não-cumulatividade para concluir que o direito de se creditar do imposto cobrado nas operações antecedentes for minimamente reduzido pela lei, esta estará eivada de inconstitucionalidade. Essa é a única interpretação juridicamente admissível num sistema tributário caracterizado pela rigidez e cuja estrutura foi integralmente definida em nível constitucional. Assim, nesse contexto, sob pena de violação frontal ao princípio da não-cumulatividade constitucionalmente garantido, deve ser decretada a improcedência do Auto de Infração em combate.

Passa a arguir a impossibilidade jurídica de aplicação de penalidade, argumentando que o Decreto-lei nº. 834/69 estabelece em seu art. 2º, que fica vedada a aplicação de qualquer penalidade por diferença de imposto incidente nas transferências interestaduais, desde que o estabelecimento remetente tenha efetivamente pago o tributo ao Estado de origem, como é o caso dos autos.

Com efeito, complementa, a norma acima mencionada estabelece que no caso de transferência interestadual de mercadorias, o pagamento do valor do ICMS ao Estado de origem ou ao de destino, exclui a aplicação de penalidade, na seguinte conformidade:

“Artigo 2º - Não será aplicada penalidade por diferença de Imposto sobre Circulação de Mercadorias devido nas transferências para estabelecimento do mesmo titular em outro Estado, desde que o contribuinte remetente, ou seu representante, tenha pago o tributo a um dos Estados, quer o de origem, quer o de destino.

....

§ 3º - O disposto neste artigo aplica-se às operações realizadas a partir de 1º de janeiro de 1.967, não se restituindo, porém as multas já pagas.” (Grifamos)”

Entende que, ainda que a Defendente tivesse adotado base de cálculo do ICMS (antigo ICM) superior à permitida na legislação vigente para as transferências interestaduais, conforme afirmado, mas não demonstrado pela Fiscalização, jamais poderia ter sido aplicada a multa de 60%, pois a norma acima mencionada, tal como ocorreu, por exemplo, com o Código tributário Nacional – CTN, foi recepcionada pela Constituição Federal de 1.988, em razão da total compatibilidade entre as regras nela contida e a nova ordem constitucional estabelecida.

Salienta que, o Decreto-lei nº 834/69 foi publicado em 08/09/69, portanto anteriormente à edição da Emenda Constitucional nº 01/69 (21/10/69), o que equivale dizer que referido diploma legal possui natureza de Lei Complementar (materialmente), pois da mesma forma que o Decreto-lei nº 406/68 (fixou regras gerais para o ICM), sua edição deu-se com fundamento no § 1º, do art. 2º do Ato Institucional nº 05, que atribuiu ao Poder Executivo, durante o recesso parlamentar, autorização para legislar sobre diversas matérias (inclusive sobre matéria financeira e tributária), situação que acarreta sua recepção como Lei Complementar à Constituição Federal (materialmente), tanto pela Emenda Constitucional nº 01/69 como pela Constituição de 1.988.

Considera que a Lei Complementar nº. 87/96 editada com intuito de fixar novas disciplinas relacionadas com o ICMS, não tratou da matéria contida no art. 2º do Decreto-lei nº 834/69, situação que ratifica o entendimento de que as regras contidas nessa norma continuam em pleno vigor e em plena harmonia com o sistema tributário atualmente vigente.

Finaliza seu entendimento consignando que a regra contida no art. 2º do Decreto-lei nº 834/69 não foi revogada, a qual, ao contrário, continua vigente, deve ser cancelada a multa consignada no Auto de Infração guerreado, pois ainda que a Defendente tivesse utilizado base de cálculo do ICMS superior à legalmente prevista, conforme afirmado, mas não demonstrado pela Fiscalização, estaria vedada a aplicação de qualquer penalidade.

Requer a exclusão da penalidade imposta.

Conclui que, diante de todo o exposto e demonstrado, evidenciada a total falta de fundamento das acusações fiscais, confiante na criteriosa orientação e no elevado saber jurídico do ilustre julgador dessa C. Junta de Julgamento, assim como da própria fiscalização estadual que, por certo reconsiderará a sua posição, espera e requer:

*a) Seja reconhecida a **decadência** parcial do direito potestativo da Autuante, haja vista que, consta no Auto de Infração exação referente aos períodos de **outubro e novembro de 2006** e, portanto, decaídas;*

b) Seja declarado nulo o Auto de Infração pela ausência de liquidez e certeza conforme sobejamente demonstrado na presente defesa, em razão dos equívocos cometidos pela autoridade fiscal, entre os quais está a aplicação da alíquota interna em lugar das alíquotas interestaduais;

*b.1.) alternativamente, que seja **recalculada a autuação**, a fim de que se calcule o imposto e as penalidades devidas mediante aplicação das alíquotas interestaduais de 7% e 12%, conforme o caso;*

c) no mérito seja JULGADO TOTALMENTE IMPROCEDENTE O LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO, para que nada lhe seja exigido à título de ICMS, juros e multa, haja vista a total dissonância com a legislação tributária vigente;

*c.1.) alternativamente, caso por absurdo os vícios da autuação não sejam considerados hábeis a conduzir ao seu cancelamento, pede a Defendente que seja realizada **perícia** a fim de que sejam corrigidos os equívocos acima apontados, sendo criteriosamente determinada a base de cálculo do ICMS nas respectivas entradas.*

*d) e que, também alternativamente, caso seja julgado procedente, total ou parcialmente, o lançamento tributário, o que se admite por amor a argumentação, que seja excluída a **multa** imposta nos termos do artigo 2º do Decreto-Lei 834/69 que veda sua aplicação aos casos de diferença de imposto nas transferências interestaduais.*

Protesta provar o alegado por todos os meios de prova em direito admitidos, em especial pela juntada de documentos, ainda que posterior, caso se faça necessário à comprovação do alegado.

Os autuantes, na informação fiscal, de fls. 149 a 182, afirmam que em consonância com a Lei Complementar nº 87/96, no art. 13, § 4º, I e II, prescreve que a base de cálculo do ICMS, nas transferências interestaduais de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo contribuinte, deve corresponder ao valor da entrada mais recente (inciso I) ou ao custo da mercadoria produzida, assim entendida a soma do custo da matéria-prima, material secundário, mão-de-obra e acondicionamento (inciso II) e a legislação do Estado da Bahia, por exemplo, tanto na Lei instituidora do ICMS de nº. 7.014/96, no seu art. 17, § 7º, I e II, quanto no Regulamento do ICMS Baiano (art. 56, inciso V, letras “a” e “b”) traz essa mesma definição, ou seja, repete literalmente o que consta da Lei Complementar nº 87/86.

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

Alinham que a infração se refere à fiscalização apenas do exercício de 2006 - base de cálculo do ICMS inferior ao previsto no inciso I do § 4º do art. 13 da LC 87/96 (valor da entrada mais recente das mercadorias) nas operações de transferências interestaduais oriundas direta e exclusivamente dos estabelecimentos atacadistas (cds) - fls. indicadas no índice - com destino ao centro de distribuição (cd) localizado neste estado.

Aduzem que a Lei Complementar no 87/96, em seu art. 13, § 4º, I, prescreve que a base de cálculo do ICMS, nas transferências interestaduais de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo contribuinte, deve corresponder ao valor da entrada mais recente.

Asseguram que o resultado da Auditoria Fiscal-contábil implicou a presente autuação que foi baseada nos arquivos dos SINTEGRA entregues e/ou fornecidos pelo contribuinte em meio eletrônico (fls. indicadas no índice), isto é, foram apresentados pela própria empresa (CENTRO DE SERVIÇOS COMPARTILHADOS LOCALIZADO EM SÃO PAULO).

Complementam que, por força e em consonância com a recente decisão do CONSEF/BA, que transcrevem, utilizaram como fundamento para a lavratura desta primeira infração o disposto no art. 13, § 4º, inciso I da LC 87/96, isto é, o valor da entrada mais recente da mercadoria, que corresponde à data imediatamente anterior à data de saída em transferência para este Estado. Para tanto, retirou-se o ICMS da operação da última entrada e incluiu o mesmo (ICMS), à alíquota de origem, nas operações de transferências para Bahia, conforme Acórdão da 1ª CAMARA - número 033/2009. Data do julgamento: 05/06/2009.

Afirmam que, seguindo essa linha procedimental, consignaram no rodapé do citado demonstrativo (fls. indicadas no índice) que foi considerado o valor da entrada mais recente da

mercadoria, o qual corresponde ao valor da última entrada ou a entrada anterior a transferência realizada para a Bahia. Para tanto, foi também retirado o ICMS referente às operações de entradas nos centros atacadistas localizados em outras unidades federadas e foi incluído o valor do ICMS referente às TRANSFERÊNCIAS para este Estado, utilizando-se a respectiva alíquota de origem.

Apresenta decisão da 2ª JJF sobre a matéria, conforme ACORDÃO JJF Nº 0171-02/11, posicionamento do Superior Tribunal de Justiça – STJ, Recurso Especial Nº 1.109.298 - RS (2008/0279009-9).

Afirmam que, por fim, tanto a Corte Suprema - STF quanto o Superior Tribunal de Justiça - STJ já pacificaram o entendimento de que deve ser aplicado o princípio da legalidade tributária estrita (art. 97, IV, CTN), quanto à definição da extensão da base de cálculo dos impostos, de forma que o intérprete deve ater-se ao disposto na lei, não lhe sendo lícito, através de criativa construção hermenêutica, estender ou reduzir a base impositiva do tributo.

Quanto à impugnação específica da defesa, afirma que, em nenhum momento, foram contestados os cálculos e os valores constantes dos demonstrativos anexos ao presente processo administrativo fiscal.

Combatem a preliminar de decadência, com base no art. 173, I, art. 150, § 4º do CTN e art. 107-A do COTEB.

Asseguram que a Defendente foi cientificada em 09 de novembro de 2011, data anterior ao vencimento das obrigações tributárias do mês de dezembro/11 e janeiro/12, i.e., 09.12.2011 e 09.01.2012.

Quanto à preliminar sobre a aplicação de multas, registram que foi dada ampla possibilidade de defesa e que a exigência de multa está prevista em lei no Regulamento do ICMS.

Argumentam que, quando ocorre uma transferência anterior do produto de uma filial para outra (mesmos titulares, no caso) com uma alíquota de 12% (por ex. de SC para SP), na unidade de destino (SP) deve ser excluído o valor do ICMS incluso no produto à alíquota de 12%. Feito isso, encontra-se o valor (líquido) sem a tributação, portanto, momento em que se encontra o valor unitário do produto adquirido, que será contabilizado (na filial de SP) como valor correspondente à entrada mais recente da mercadoria ou do produto. Isto posto, na operação posterior (transferência da unidade de SP para a BA), a Autuada teria que transferir a quantidade de produtos (como disse da filial de SP para uma unidade na BA) utilizando o valor referente à última entrada (da data anterior à saída), com a inclusão da alíquota de destino SP/BA (7% - sete por cento).

Nesse diapasão, afirmam os autuantes, se obtém o valor unitário da base de cálculo de transferência e, quando multiplicado este valor unitário pela quantidade de produtos transferida, encontrar-se-á a base de cálculo correta, isto é, o valor de BC que deve ser empregado nas operações de transferência interestadual entre os mesmos titulares. Ainda, quando for detectada mais de uma entrada na mesma data, adotou-se o maior valor, pois mais benéfico para a Autuada, visto que o reflexo é um menor estorno de crédito de ICMS. Diante deste fato, asseguram que o valor apurado por esta auditoria deveria ter sido o valor correto da base de cálculo objeto da transferência, pois é o valor correspondente à entrada mais recente da mercadoria. No entanto, a operação se deu por um valor superior ao permitido no art. 13, §4º, I da LC 87/96.

Explicam que a fiscalização efetuou o cálculo da diferença entre a base de cálculo, cujo valor foi registrado na nota fiscal de transferência, e o valor da base de cálculo correta apurada neste trabalho de auditoria (valor correspondente à entrada mais recente da mercadoria), encontrando, destarte, o valor da diferença a maior na BC. Logo, ao multiplicar esta diferença de base de cálculo pela alíquota de 7% (alíquota interestadual de SP/BA), obtém-se o valor de imposto devido, que é exatamente o valor registrado e evidenciado no relatório anexado a este processo administrativo fiscal.

Afirmam que a questão debatida neste P.A.F. consistiu em saber se é lícito a um Estado ampliar a base de cálculo do ICMS, utilizando-se de interpretações, via legislação tributária (Lei Ordinária,

Decreto, Decisão Normativa etc.) exclusiva do ente político interessado em obter mais recursos de impostos, no caso ICMS, em detrimento das demais unidades da Federação.

Os autuantes fazem considerações sobre o pacto federativo, a impossibilidade das unidades federativas modificarem a base de cálculo prevista na Lei Complementar 87/96, trazendo decisões dos tribunais e doutrina, em detalhado trabalho almejando oferecer uma ampla visão das questões que envolvem as operações interestaduais em lume, bem como as consequências do não atendimento dos aludidos dispositivos previstos em lei nacional.

Diante do exposto, mantêm a PROCEDÊNCIA TOTAL deste Auto de Infração.

VOTO

O presente lançamento traz a exigência do ICMS, sob a acusação de utilização indevida de crédito fiscal nas operações interestaduais com base de cálculo fixada na unidade federativa de origem, superior à estabelecida em lei complementar, convênios ou protocolos.

Após a análise dos termos constantes na peça defensiva, concluo, de forma preliminar, pela rejeição das nulidades arguidas pelo autuado, uma vez que: a descrição dos fatos e sua capitulação legal são condizentes com os fatos reais e com o direito aplicável; foi obedecido o devido processo legal, através do qual o impugnante exerceu a ampla defesa e o contraditório, haja vista que o autuado obteve as peças necessárias a sua defesa, bem como foram obedecidos os prazos previstos legalmente e demais exigências formais, não foi constatada a falta de clareza, ausência de liquidez e certeza em razão dos alegados equívocos cometidos pela autoridade fiscal, entre os quais está a aplicação da alíquota interna em lugar das alíquotas interestaduais, questões que serão enfrentadas na análise do mérito, cabendo consignar que todas as explicações que motivaram a atuação, como as diferenças apuradas, base de cálculo, e a metodologia que fora aplicada constam da descrição das infrações indicadas nas folhas da autuação, bem como nas planilhas fornecidas ao autuado e constantes dos autos.

Com fulcro no art. 147, inciso I, “a” e inciso II “a” e “b” do RPAF/99, indefiro a solicitação de diligência e perícia, pois os elementos existentes no processo são suficientes para a formação do convencimento dos julgadores, a prova do fato não depende do conhecimento especial de técnicos, além de não serem necessárias outras provas a serem produzidas, pois as questões levantadas pelo sujeito passivo, especialmente quanto à alíquota e base de cálculo, estão devidamente esclarecidas na imputação e nos demonstrativos alinhados, tratadas adiante na análise do mérito.

O sujeito passivo suscita a decadência do direito de a Fazenda Pública Estadual constituir o crédito tributário referente aos fatos geradores ocorridos no período de 10, 11 e 12/2006, pois considera que a contagem do prazo decadencial se faz nos termos do art. 150, §4º, do CTN, já que o ICMS é um imposto sujeito ao lançamento por homologação.

O art. 150, § 4º, do CTN, prevê que *“Se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador”*. Contudo, a legislação tributária do Estado da Bahia, utilizando a permissão contida no § 4º do art. 150 do CTN, fixou o prazo de homologação em cinco anos a contar *“do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado”* (art. 107-A, I, do COTEB, e art. 965, I, do RICMS-BA).

A homologação tácita, prevista no art. 150, § 4º, do CTN, só ocorre quando o imposto devido é lançado pelo sujeito passivo e pago dentro das condições previstas na legislação tributária. No caso em tela, os valores que estão sendo cobrados foram apurados mediante a realização de uma auditoria fiscal, que identificou a apropriação de créditos fiscais de ICMS a mais do que a legalmente prevista, resultando na satisfação da exigência tributária menor do que a devida. Essa parcela do ICMS que deixou de ser recolhida foi lançada de ofício e, portanto, em relação aos valores cobrados no Auto de Infração não houve o lançamento por homologação e, portanto, não se pode aplicar o previsto no art. 150, § 4º, do CTN, como pleiteia o autuado.

Para os fatos geradores ocorridos durante o exercício de 2006, a Fazenda Pública tinha até o dia 31/12/011 para constituir o crédito tributário. No caso em tela, o crédito fiscal foi constituído em 14/11/011, com a notificação antes da aludida data de 31/12/2011.

A multa indicada na autuação, no percentual de 60%, é a prevista no art. 42, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, para a irregularidade apurada, não cabendo competência a este órgão julgador apreciar aspectos relacionados à constitucionalidade da legislação tributária estadual, ao teor do disposto no art. 167, I, do RPAF/99. Na mesma toada, a tese defensiva atinente à aplicação do artigo 2º, do Decreto-Lei nº 834/69, não pode ser acolhida, tendo em vista que, ao teor do disposto nos artigos 146 e 155 da CF/88, foi delegada à lei complementar as funções de fixar a base de cálculo do ICMS e de estabelecer normas gerais em matéria da legislação tributária, especialmente quanto a fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes. Por sua vez, a LC 87/96 no seu art. 13, parágrafo 4º, I estabelece qual a base de cálculo deve ser apurada nas operações de transferências interestaduais. Logo, ao não cumprir o que determina a legislação do imposto, fica caracterizada uma infração à legislação tributária vinculada à obrigação principal, cujo descumprimento implica aplicação da pena prevista na lei.

Adentrando no mérito, a autuação foi lavrada em com base na Lei Complementar 87/96, ao tratar das transferências interestaduais entre estabelecimentos de uma mesma empresa, no seu art. 13, §4º, I, assim 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:

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 Lei Ordinária Estadual nº 7.014/96, no seu art. 17, §7º, I, ao dispor sobre as transferências interestaduais entre estabelecimentos de uma mesma empresa, assim prevê:

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

[...]

§7º Na saída de mercadoria em transferência para estabelecimento situado neste Estado, pertencente ao mesmo titular, a base de cálculo é:

I - o preço de aquisição ou o valor correspondente à entrada mais recente da mercadoria; ou

II - o custo da mercadoria, quando produzida, gerada, extraída ou fabricada pelo próprio estabelecimento.

Conforme se depreende da leitura desses dois dispositivos legais acima, especificamente o art. 13, §4º, I da LC 87/96 e art. 17, §7º, I da Lei estadual 7014/96, nas transferências descritas na infração, determina que a base de cálculo do imposto seja, em síntese, o valor correspondente à entrada mais recente, fato que o próprio autuado reconhece em sua defesa e diz ter sido praticado nas operações arroladas nas infrações em comento.

Em sua defesa o autuado afirma que, na apuração do valor da entrada mais recente, os autuantes utilizaram critérios não previstos na legislação – o valor correspondente à última entrada do mês anterior e, em alguns casos, o valor médio das últimas entradas do mês anterior.

Diferente do consignado pelo autuado, os autuantes, inclusive, por força e em consonância com a recente decisão do CONSEF/BA, transcrita pelos mesmos, adiante indicada, utilizaram como fundamento para a lavratura desta infração o disposto no art. 13, § 4º, inciso I da LC 87/96, isto é, o valor da entrada mais recente da mercadoria, que corresponde à data imediatamente anterior à

data de saída em transferência para este Estado. Para tanto, retiraram os autuantes o ICMS da operação da última entrada e incluiu o mesmo (ICMS), à alíquota de origem, nas operações de transferências para Bahia, conforme Acórdão da 1ª CAMARA - número 033/2009. Data do julgamento: 05/06/2009.

Verifico, inclusive, que os autuantes consignaram no rodapé dos citados demonstrativo que foi considerado o valor da entrada mais recente da mercadoria, o qual corresponde ao valor da última entrada ou a entrada anterior a transferência realizada para a Bahia.

Consta realmente decisão da 2ª JJF sobre a matéria, conforme ACORDÃO JJF Nº 0171-02/11, jogando procedente a mesma matéria.

Cabe aqui as precisa transcrição dos autuantes ao explicarem que:

“quando ocorre uma transferência anterior do produto de uma filial para outra (mesmos titulares, no caso) com uma alíquota de 12% (por ex. de SC para SP), na unidade de destino (SP) deve ser excluído o valor do ICMS incluso no produto à alíquota de 12%. Feito isso, encontra-se o valor (líquido) sem a tributação, portanto, momento em que se encontra o valor unitário do produto adquirido, que será contabilizado (na filial de SP) como valor correspondente à entrada mais recente da mercadoria ou do produto. Isto posto, na operação posterior (transferência da unidade de SP para a BA), a Autuada teria que transferir a quantidade de produtos (como disse da filial de SP para uma unidade na BA) utilizando o valor referente à última entrada (da data anterior à saída), com a inclusão da alíquota de destino SP/BA (7% - sete por cento).

Nesse diapasão, se obtém o valor unitário da base de cálculo de transferência e, quando multiplicado este valor unitário pela quantidade de produtos transferida, encontrar-se-á a base de cálculo correta, isto é, o valor de BC que deve ser empregado nas operações de transferência interestadual entre os mesmo titulares. Ainda, quando for detectada mais de uma entrada na mesma data, adotou-se o maior valor, pois mais benéfico para a Autuada, visto que o reflexo é um menor estorno de crédito de ICMS. Diante deste fato, asseguram que o valor apurado por esta auditoria deveria ter sido o valor correto da base de cálculo objeto da transferência, pois é o valor correspondente à entrada mais recente da mercadoria. No entanto, a operação se deu por um valor superior ao permitido no art. 13, §4º, I da LC 87/96.”

A fiscalização efetuou o cálculo da diferença entre a base de cálculo, cujo valor foi registrado na nota fiscal de transferência, e o valor da base de cálculo correta apurada neste trabalho de auditoria (valor correspondente à entrada mais recente da mercadoria), encontrando, destarte, o valor da diferença a maior na BC. Logo, ao multiplicar esta diferença de base de cálculo pela alíquota de 7% (alíquota interestadual de SP/BA), obtém-se o valor de imposto devido, que é exatamente o valor registrado e evidenciado no relatório anexado a este processo administrativo fiscal.

Verifico, assim, que os valores correspondentes à entrada mais recente, utilizados na apuração da base de cálculo pelos autuantes a ser empregada nas transferências de que tratam as a presente infração, estão de acordo com o previsto no art. 13, §4º, I, da LC 87/96, e no art. 17, §7º, I, da Lei nº 7.014/96. Saliento que os autuantes tomaram o cuidado de não expurgar qualquer valor não previsto na legislação e, quando em uma mesma data havia mais de uma entrada, utilizaram o maior valor, beneficiando assim o autuado.

Do corpo normativo acima delineado e dos fatos alinhados, considero efetivamente comprovado, que o autuado utilizou crédito fiscal de ICMS, nas operações de transferências interestaduais de mercadorias oriundas de outros estabelecimentos da mesma empresa não fabricante dos produtos, em valores superiores aos devidos e, portanto, com créditos fiscais que foram aproveitados pelo sujeito passivo em valores superiores ao que determina a LC 87/96 e Lei 7014/96.

Quanto às demais arguições de inconstitucionalidade das Leis, o teor do disposto no art. 167, I, do RPAF/99, não se inclui entre as competências deste órgão julgador administrativo a declaração de

inconstitucionalidade. Dessa forma, apesar dos argumentos trazidos na defesa, não é este o foro adequado para apreciar os aspectos relacionados à constitucionalidade de Leis ou atos normativos.

Em face ao acima exposto, a infração imputada subsiste integralmente nos valores originalmente exigidos.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão unânime, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206891.0031/11-8**, lavrado contra **UNILEVER BRASIL INDUSTRIAL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$617.293,73**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 03 de abril de 2012.

JOSÉ CARLOS BACELAR - PRESIDENTE

ANGELO MARIO DE ARAUJO PITOMBO –RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – JULGADOR