

PROCESSO - A. I. N° 206891.0036/12-8
RECORRENTE - ITAGUASSU AGRO INDUSTRIAL S/A. (CIMENTO NASSAU)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0122--02/13
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 19/12/2013

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0374-11/13

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. Rejeitado o pedido de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte, com base no art. 169, I, “b”, do RPAF/BA, contra a Decisão da 2ª JJF que julgou Procedente o Auto de Infração lavrado em 20/11/12, exige ICMS no valor de R\$1.869.124,26, acrescido da multa de 60%, em decorrência de utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, nas operações interestaduais com base de cálculo fixada pela unidade federada de origem, superior à estabelecida em lei complementar, convênios ou protocolo, referente aos meses de janeiro a dezembro/2008. Consta no campo “Descrição dos Fatos” do Auto de Infração que a ação fiscal é referente à verificação da base de cálculo nas operações interestaduais envolvendo produtos industrializados em outras unidades da Federação, que foram transferidos para filial localizada neste Estado. Por força de disposição constitucional (artigos 155, §2º, XII, ‘i’, e 146, III, ‘a’), a LC 87/96, através do art. 13, §4º, II, que prescreve que nessa situação a base de cálculo deve corresponder aos custos da mercadoria produzida, que equivalem à soma do custo da matéria prima, material secundário, mão de obra e acondicionamento. A LC 87/96 dá amparo à Lei 7.014/96 (art. 17, § 7º, II) que, por sua vez, respalda o disposto no art. 56, V, ‘b’ do RICMS/BA, que exige a glosa de crédito fiscal decorrente de base de cálculo a mais nas situações aqui tratadas. Desse modo, os demais gastos (manutenção, depreciação, amortização, frete (CIF), energia, combustíveis, etc) devem ser expurgados para fins de determinação da base de cálculo legal, inclusive o FRETE (CIF), por considerar que se trata de uma despesa operacional e não custo de produção, implicando subsequente estorno do respectivo crédito fiscal.

A 2ª JJF na Decisão proferida (fls. 274/283), inicialmente afastou a preliminar de nulidade suscitada sob o argumento de que a fiscalização do imposto não poderia ser realizada pelo Estado de destino, (Bahia), por entender que a imputação está de acordo com a LC 87/96, RICMS e Lei nº 7.014/96.

Na apreciação do mérito, fundamentou que:

Após analisar as peças que compõem o presente PAF, constatei que os autuantes lavraram o Auto de Infração em tela para constituir o crédito tributário ao ICMS, em decorrência de utilização indevida de crédito fiscal, no exercício de 2008, em função de operações interestaduais de transferências de mercadorias com base de cálculo fixada pela unidade federada de origem em montante superior àquele estabelecido em lei complementar.

Observe que no campo Descrição do Fatos, fls. 03 a 08, os autuantes destacaram, entre outro pontos, já reproduzido no relatório do presente acórdão, que como base nos livros contábeis (RAZÃO ANALÍTICO), encontram os valores MENSAIS dos elementos de custo do SETOR PRODUTIVO, que são iniciadas pelo algarismo ‘7’ nas contas contábeis, representando MATÉRIA-PRIMA; MÃO-DE-OBRA; MATERIAIS SECUNDÁRIOS E EMBALAGENS, encontrando a BASE DE CÁLCULO prevista na LC 87/96, para o presente

exercício fiscalizado. Por outro lado, para saber o valor mensal do CUSTO DE PRODUÇÃO UNITÁRIO - R\$/Kg e R\$/saco (de 25 Kg, e de 50 Kg) e em toneladas (BC da LC 87/96) - procederam a divisão do somatório de MATÉRIA-PRIMA; MATERIAL SECUNDÁRIO; EMBALAGENS; e MÃO-DE-OBRA pela QUANTIDADE PRODUZIDA NO MÊS/ANO ora auditado, quantidade essa (PRODUÇÃO MENSAL) fornecida pela próprio autuado, consoante pode ser observado no demonstrativo. Por fim, de posse do valor da base de cálculo prevista na LC 87/96 (custo de produção unitário/MÊS anterior ao mês de saídas por transferência) fizeram o confronto com a base de cálculo que foi consignada nas notas fiscais de transferência para o autuado, item a item, mês a mês (dados colhidos nos arquivos SINTEGRA fornecidos pelo autuado) e procederam ao estorno do valor do ICMS que foi tomado a maior, de acordo com os demonstrativos elaborados tanto em meio magnético quanto em meio físico, cuja cópia e ambos (meio magnético e físico dos citados demonstrativos) foi devidamente entregue à Autuada.

Quanto a arguição de nulidade da autuação, alegando o autuado que a autuação fiscal foi realizada em desconformidade com a legislação tributária, padecendo de nulidade desde a origem, por entender que se a discussão envolve critério de tributação exigido pela entidade tributante de origem, a fiscalização do imposto não poderia ser realizada pelo Estado de destino, no caso, o Estado da Bahia, deixando a entender que é parte ilegítima para figurar neste processo, entendo que não pode ser acolhido, uma vez que não têm amparo fático ou jurídico os argumentos relativos aos pressupostos de validade do procedimento fiscal aduzidos pelo impugnante, haja vista que os autuantes expuseram, no corpo do Auto de Infração, com clareza a fundamentação de fato e de direito, na medida em que descrevem a infração, fundamentando com a indicação dos documentos, demonstrativos e relatórios respectivos, bem como seus dados e cálculos, cuja imputação está de acordo com a Lei Complementar nº 87/96; com o Regulamento do ICMS do Estado da Bahia, aprovado pelo Decreto nº 6.284, de 14/03/1997, considerando as disposições contidas na Lei nº 7.014/96.

De igual modo, não acolho a alegação defensiva de que a fiscalização foi exercida fora do seu espaço territorial, haja vista que não há nenhum impedimento legal para a ação fiscal ter transcorrido no estabelecimento matriz emitente das notas fiscais, na medida em que, por se tratar de levantamento na contabilidade da empresa para apurar os custos de produção, os prepostos fiscais tinham duas alternativas: intimar o estabelecimento matriz para apresentar neste Estado todos os documentos contábeis ou se deslocarem para o Estado de Sergipe e proceder ao levantamento, como fizeram.

Ressalta que o lançamento tributário foi efetivado por autoridade lançadora competente, em estabelecimento localizado no Estado da Bahia e que comercializa mercadorias oriundas do estabelecimento matriz, localizado no Estado de Sergipe. O legislador determinou com clareza que as operações de transferências de mercadorias entre o estabelecimento fabricante (remetente) e o estabelecimento filial constituem fato gerador de ICMS e a ação fiscal foi direcionada à glosa de créditos fiscais sobre operações de transferências.

Portanto, ficam rejeitadas as arguições de nulidade, tendo em vista que o lançamento de ofício está revestido das formalidades legais, não havendo qualquer falha ou vício que o inquie de nulidade, incorrendo, portanto, quaisquer das hipóteses previstas no art. 18 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia -RPAF/BA, aprovado pelo Decreto 7.629, de 09/07/1999.

No mérito, observo que a auditoria foi realizada apurando a base de cálculo de acordo com a prescrição contida no art. 13, § 4º, inciso II, da Lei Complementar nº 87/96, que estabelece que nas transferências interestaduais de mercadorias entre estabelecimentos atacadistas do mesmo titular, deve corresponder ao custo da mercadoria produzida, assim entendida, a soma do custo de matéria-prima, material secundário, mão-de-obra e acondicionamento, de forma que não pode ser admitido nenhum outro tipo de custo, a exemplo de energia, combustíveis, depreciação, etc.

Considerando que o autuado informou que não dispunha de planilha de custo, a autuação foi baseada no Razão Analítico (do estabelecimento matriz), datado de 31/12/2007, apresentado pela própria empresa autuada (fls. 81 a 122), onde consta a discriminação dos itens dos custos de produção por código de produto. Após a soma da matéria prima, material secundário e acondicionamento, com os valores da mão-de-obra mais encargos, foram obtidos os valores unitários do custo por saco, mediante a divisão pelo total da quantidade produzida, conforme Informativo da Produção fornecido pelo autuado folhas 80 dos autos.

Dessa forma, fica claro que o trabalho fiscal não está baseado em presunção, conforme alegado na defesa, visto que as parcelas do custo da matéria prima, material secundário, mão-de-obra e acondicionamento correspondem exatamente aos valores contabilizados no livro Razão da empresa, sendo determinado o custo unitário de produção mediante a divisão desses valores pela quantidade produzida informada pelo sujeito passivo.

Portanto, o objetivo da ação fiscal foi a glosa de determinados valores que foram utilizados na determinação da base de cálculo para fins de apuração do crédito fiscal apropriado, nas operações de transferências interestaduais, por entender o fisco que não tinha amparo legal.

Em relação a alegação de equívocos cometidos pela fiscalização, relativos a não exclusão, do custo médio de produção apurado pela fiscalização, o valor do frete em cada nota fiscal e do próprio ICMS para determinar o valor do custo da mercadoria produzida, entendo que no caso do frete, este não pode ser considerado custo de produção, uma vez que conforme as notas fiscais as operações ocorreram com frete FOB e, portanto, trata-se de

uma despesa e não porque um estabelecimento o considera no preço, a menos que fosse comprovado que a empresa apura seu custo por estabelecimento. Quanto ao ICMS, verifico que no levantamento fiscal, os autuantes após apurar o custo unitário produzido, com base nos dados contábeis, dividiram este valor por R\$0,88, embutindo, corretamente, o valor do ICMS equivalente a 12%.

Quanto a alegação de que nos custos de matéria-prima, material secundário, mão-de-obra e acondicionamento, compreendem outros componentes tais como exaustão, depreciação, amortização, etc, não há como prosperar tal pretensão, pois, não existe nos autos nenhum elemento, que indique que tais custos estariam embutidos no custo total, além do fato de que não há previsão legal na LC nº 87/96 nesse sentido.

Em sua defesa o autuado não apresentou nenhum questionamento em relação aos números consignados nos levantamentos fiscais, nem alegou ausência ou inclusão incorreta de dados nas planilhas que embasaram a autuação. Cabe, ainda, registrar que o sujeito passivo, em momento algum, nega a realização das operações através das notas fiscais utilizadas no levantamento fiscal, nas quais constam que foram recebidas em transferência do seu estabelecimento matriz fabril, situado no Estado de Sergipe. Portanto, a lide reside em se determinar qual a base de cálculo correta a ser utilizada nas transferências das mercadorias de outros estabelecimentos para o estabelecimento autuado localizado neste Estado.

De acordo com 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.

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;

Por se tratar 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. Portanto, observo que o levantamento fiscal foi realizado no sentido de apurar se a base de cálculo estava de acordo com o estabelecido no citado art. 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.

Desta forma, considerando que nas operações interestaduais de transferências a definição da base de cálculo é matéria reservada à Lei Complementar, a mesma não pode ser modificada por nenhuma lei ou norma estadual. Permitido fosse a cada estado interpretar a LC 87/96 de acordo com os seus interesses, importaria em insegurança jurídica, além de implicar em prejuízo ao pacto federativo. Tratando de transferências entre filiais para o estabelecimento autuado, o legislador complementar definiu claramente a base de cálculo nas transferências interestaduais como sendo "o custo da mercadoria produzida, assim entendida a soma do custo da matéria-prima, material secundário, mão de obra e acondicionamento", dando sua interpretação para o que significa este custo. Não foi dada liberdade ao intérprete para adotar conceito diverso ou para integrar o texto de modo a completar-lhe o sentido. O valor ao qual faz referência o legislador é exatamente o valor do custo da mercadoria contendo os custos acima citados. Também não podem ser feitas alterações, em atenção ao regramento da hierarquia presente em nosso ordenamento jurídico, mediante a imposição de decretos ou mesmo normas ditas complementares, citadas pelo autuado.

Assim, nas operações de transferências de mercadorias produzidas em um estado e remetidas para estabelecimento pertencente ao mesmo titular, localizado em outra unidade da Federação, o tratamento a ser dispensado necessariamente deve ser aquele previsto na Lei Complementar.

Em suma, nas operações de transferências de mercadorias entre o estabelecimento fabricante remetente e sua filial, no Estado da Bahia, a base de cálculo deve ser o custo da mercadoria produzida, assim entendida a soma do custo da matéria prima, material secundário, mão de obra e acondicionamento, segundo dispõe o inciso II do § 4º do art. 13 da LC 87/96. Tal regra de tributação não pode ser desprezada em função da imposição de outros diplomas legislativos, sob pena de se ver descaracterizada toda a sistemática sobre a qual foi montado o modelo do imposto estadual.

Cumpra salientar que, conforme Decisão proferida pelo STJ nº RE 707.635- S/2004, a definição da base de cálculo do ICMS é matéria reservada à lei complementar. No presente, o disposto no art. 13, §4º, inciso II da LC nº 87/96 não pode ser modificado por lei estadual e muito menos por decisões normativas ou Pareceres, tendo em vista que são regras hierarquicamente inferiores à mencionada LC. Caso se entenda o contrário, cada estado poderia interpretar a LC 87/96, de acordo com os seus interesses, o que certamente geraria insegurança jurídica.

Enfatizo que este posicionamento (interpretação do art. 13, § 4º da LC 87/96), não é um posicionamento isolado, haja vista que, conforme anteriormente apreciado, foi manifestado pelo STJ (RE 707.635-RS). Constatado que restrição imposta pela LC 87/96, referente a matérias-primas, materiais secundários e de embalagem (acondicionamento), estende-se a outros dispositivos e diplomas legais, consoante ressaltado pelos autuantes (art. 2º da Port. 607/06 da SUFRAMA; art. 3º do Dec. 6.008/06), bem como já foi manifestado em Decisão de segunda instância deste Conselho, a exemplo dos Acórdãos CJF 210-11/04; CJF 409-11/03, CJF 234/12-04 e CJF 340-11/06.

Entendo que o legislador, ao estabelecer regra limitativa e componentes do custo de produção para determinar uma base de cálculo a ser utilizada nas operações de transferências interestaduais entre estabelecimentos pertencentes ao mesmo titular quis promover uma partilha mais justa entre os Estados produtores e consumidores, tendo em vista que o consumidor final é quem arca com o montante do ICMS pago em todas operações de circulação, cujos valores pagos em determinadas fases são compensados nas operações subsequentes.

Por tudo que foi exposto, concluo que o estabelecimento produtor situado em outra unidade da Federação, ao transferir mercadoria para o estabelecimento pertencente ao mesmo titular localizado no Estado da Bahia, incluiu valores não previstos na LC 87/96. Este procedimento resultou numa base de cálculo maior que a estabelecida no mencionado diploma legal, gerando um débito fiscal maior do que o previsto na legislação no estabelecimento remetente e um crédito utilizado a mais do que o previsto, o que constitui um crédito fiscal indevido, de acordo com o disposto no art. 93, § 5º, inciso II e com o art. 97, inciso VIII do RICMS/9. Infração caracterizada.

No que concerne a alegação de que o presente processo trata de matéria semelhante ao Auto de Infração nº 089599.0004/02-0, lavrado contra a filial situada na cidade de Itabuna/Ba, em iguais operações de transferência, não obstante ter sido julgado improcedente através do Acórdão JJF nº 0452/01-03, dito julgamento foi reformulado, pela 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, conforme Acórdão CJF nº 234/12-04, julgando o Auto de Infração parcialmente procedente em razão de erro na apuração do débito.

Cabe, ainda, ressaltar que é recorrente a questão sob análise, conforme jurisprudência do CONSEF, a exemplo do Acórdão Acórdão JJF 0186-02/10, desta Junta de Julgamento Fiscal, que trata da mesma matéria, do mesmo sujeito passivo e os mesmos autuantes, bem como a quase literalidade das arguições trazidas pela defesa e informação fiscal.

No tocante a alegação defensiva de confiscatoriedade da multa de 60%, ob/servo que a sua aplicação pelo descumprimento da obrigação principal neste processo é prevista no artigo 42, inciso VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, sendo que as alegações concernentes ao seu caráter confiscatório não devem ser apreciadas por estar prevista na citada lei e em face do disposto no artigo 167, inciso I, do RPAF/99.

Logo, entendo 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. Assim, concluo pela subsistência da autuação, tendo em vista que foi apurado 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.

No Recurso Voluntário interposto (fls. 294/307) o sujeito passivo reapresentou os mesmos argumentos da defesa, ou seja, que está situada no Estado de Sergipe, emitiu notas fiscais de transferências, destacou e escriturou o ICMS, tendo a fiscalização apurado recolhimento de ICMS “a maior para o Estado de Sergipe em desfavor do Estado da Bahia” e glosou parte dele (art. 13, §4º, II da LC 87/96), o que configura conflito de interesses entre os Estados.

No mérito, argumenta que a fiscalização cometeu equívocos, a saber:

I) Não excluiu do valor constante de cada nota fiscal o valor do frete, que constitui outra

hipótese de incidência, além do custo da mercadoria produzida (MP, MS, MOD e Acond.)

- II) O próprio ICMS que integra a base de cálculo do imposto e constitui mero destaque para fins de controle (art. 13, §1º da LC n.º 87/96);
- III) O custo apurado mediante divisão do “valor total anula pela quantidade de cimento produzida, não corresponde ao custo parcial a que se refere à LC 87/96, mas ao custo total que, além de matéria prima, material secundário, mão de obra e acondicionamento, compreende outros elementos tais como exaustão, depreciação, amortização, etc”.

Alega que tendo recolhido ICMS a mais para o Estado de Sergipe, o excedente não pode ser cobrado no Estado de destino (Bahia) sem a participação da fiscalização do Estado de Sergipe.

Diz que após o demonstrativo de custo elaborado pela fiscalização levou em conta o custo total extraído do livro Razão Analítico, dividido pelas quantidades produzidas o que não reflete a identificação dos custos de matéria prima, material secundário, mão de obra e acondicionamento.

Transcreve ementas dos Acórdãos JJF 0452-01/03; CJF 0168-11/12 e CJF 0147-12/12, que tratam de decisões pela Improcedência e Nulidade dos lançamentos, por terem arbitrados a base de cálculo.

Discorre sobre lançamento (art. 142 do CTN) e princípio da não cumulatividade (art. 155, II da CF 88, art. 19 da LC 87/96 e 28 e 29 da Lei nº 7.014/96) e afirma que os artigos 91 e 92 do RICMS/97, de maneira legal e inconstitucional estabelece restrições para o crédito do ICMS.

Ressalta que o direito do crédito fiscal tem base constitucional e não pode ser negado por qualquer autoridade, sob pena de tornar o imposto não cumulativo, negar o direito de propriedade e estabelecer verdadeiro confisco.

Quanto à multa aplicada de 60%, entende possuir efeito confiscatório, transcreve parte de texto escrito por doutrinadores, e além de outras decisões proferidas por Tribunais Superiores, para reforçar o seu posicionamento de que a multa aplicada possui efeitos confiscatórios, quando superar porcentual de 2%, conforme estabelecido no art. 1.336 da Lei nº 10.406/02 (CC).

Requer o provimento do Recurso, declarando improcedente o Auto de Infração.

A PGE/PROFIS no Parecer à fl. 348, preliminarmente afirma que as alegações trazidas no Recurso interposto já foram apreciadas na Decisão proferida pela 2ª JJF, não havendo qualquer fato novo que mereça ser reanalisado.

Ressalta que a matéria custo de produção é exclusiva da Lei Complementar que é o instrumento normativo previsto constitucionalmente para determinar as leis gerais do ICMS, mormente na composição de custos incidentes em operações de transferências interestaduais, cuja regra prevista (art. 13, § 4º, II, da LC 87/96), objetiva minimizar os efeitos da “guerra fiscal”.

Pontua que a regra matriz prevista no art. 13, § 4º, II, da LC 87/96 não permite alargamento, como pretende o recorrente e opina pelo Improvimento do Recurso Voluntário.

VOTO

No Recurso Voluntário interposto o recorrente suscitou a nulidade do Auto de Infração, sob o argumento de que houve invasão de competência territorial, por entender que a fiscalização do Estado da Bahia não poderia exercer atividade fiscalizatória no Estado de Sergipe.

Verifico que esta preliminar foi apreciada na Decisão ora recorrida e não merece qualquer reparo. Pela descrição da infração fica claro que a fiscalização apurou que nas operações de transferências de mercadorias para o estabelecimento autuado localizado no Estado da Bahia, englobava montante de ICMS em valor superior ao previsto na Lei Complementar nº 87/96 e Lei nº 7.014/96 e promoveu a glosa de crédito fiscal referente a fatos geradores que repercutiram no Estado da Bahia. Sendo o estabelecimento autuado contribuinte regularmente inscrito neste Estado, e não no Estado de Sergipe, onde se localiza o estabelecimento remetente, não há do que se falar em fiscalização desenvolvida por autoridade incompetente. Quanto à validade do procedimento, isto será apreciado no momento da análise do mérito.

No mérito, no Recurso interposto o recorrente alega que foram cometidos os seguintes equívocos:

- a) Não foi excluído o valor do frete e do próprio ICMS, para determinar o valor do custo da mercadoria;
- b) O custo apurado através do balanço patrimonial e demonstrações financeiras, mediante divisão do valor total anual pela quantidade de cimento produzida, não corresponde ao custo a que se refere à LC n.º 87/96;
- c) A glosa do crédito contraria o princípio da não cumulatividade (art. 155, II da CF 88).
- d) A multa aplicada de 60% é abusiva e confiscatória, contrariando a jurisprudência dos Tribunais Superiores, que vem decidindo que não pode extrapolar o percentual de 2%.

No tocante ao primeiro argumento, o mesmo foi apreciado pela 2ª JJF, que fundamentou: “... *entendo que no caso do frete, este não pode ser considerado custo de produção, uma vez que conforme as notas fiscais as operações ocorreram com frete FOB e, portanto, trata-se de uma despesa e não porque um estabelecimento o considera no preço, a menos que fosse comprovado que a empresa apura seu custo por estabelecimento*”.

Quanto à inclusão do ICMS na própria base de cálculo, verifico que no levantamento fiscal, os autuantes após apurar o custo unitário produzido, com base nos dados contábeis, dividiram este valor por R\$0,88, embutindo, corretamente, o valor do ICMS equivalente à alíquota de 12%, a exemplo do mês de janeiro/08, na planilha à fl. 12, que foi apurado custo unitário (matéria-prima, material secundário, mão-de-obra e acondicionamento) de R\$3,75 do produto Cimento Portland CP II e incluído na própria base de cálculo resultou em valor de R\$4,26.

Portanto, está correta a Decisão da primeira instância, visto que o frete relativo ao transporte do produto ocorre em momento posterior ao da produção e não pode ser considerado como custo de produção. Também, ao contrário do que foi afirmado, não procede ao argumento de que o imposto não foi integrado à própria base de cálculo, visto que, conforme acima apreciado o ICMS foi integrado à própria base de cálculo nas operações de transferência, procedimento que foi adotado para os demais produtos.

Quanto ao argumento de que o custo apurado com base no balanço patrimonial, demonstrações financeiras [livro Razão] não refletia a situação real, verifico que na Decisão da primeira instância, a 2ª JJF fundamentou que em razão da não apresentação de uma planilha de custo (fl. 45), a fiscalização apurou os custos unitários com base nos valores escriturados no livro Razão Analítico do estabelecimento matriz (fls. 41 a 88), considerando os custos que estão de acordo com a LC 87/96 (matéria prima, material secundário e acondicionamento) e valor da mão-de-obra (incluindo os respectivos encargos sociais), registrados em contas específicas (fls. 81 a 121), levando em consideração as quantidades produzidas (fl. 40 e 80).

Ressalte-se que conforme indicado no corpo do Auto de Infração, planilhas juntadas às fls. 12 a 40 e arquivo gravado no CD à fl. 11, cuja cópia foi entregue ao contribuinte (fl. 159), a apuração do custo foi feita por mês, tomando como base o mês anterior ao que ocorreu a transferência.

Assim sendo, conforme apreciado na Decisão ora recorrida, o critério utilizado pela fiscalização na apuração da base de cálculo nas operações de transferência está correto.

Quanto à alegação de que a exigência fiscal contraria o princípio da não cumulatividade ao limitar a utilização do crédito fiscal em relação ao valor do ICMS que foi pago na fase anterior, verifico que este argumento foi apreciado na Decisão da primeira instância fundamentando que definição da base de cálculo é matéria reservada à Lei Complementar Federal. No caso, a aplicação da LC 87/96 (art. 13, §4º, II), que estabeleceu um custo específico para a constituição da base de cálculo nas operações de transferências interestaduais (matéria prima, material secundário, acondicionamento e mão de obra direta) que não corresponde ao custo contábil.

Consequentemente, o montante do crédito a ser admitido corresponde a soma dos valores que constitui a base de cálculo das transferências interestaduais, mediante aplicação da alíquota prevista para estas operações. Logo, ao incluir outros componentes na base de cálculo que a não

permitida 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, o que configura uma utilização indevida de crédito.

Por fim, no tocante à alegação de que a multa aplicada de 60% é abusiva e confiscatória, observo que também foi apreciado pela primeira instância e não merece reparo, ou seja, sua aplicação decorre do descumprimento da obrigação principal e é prevista no artigo 42, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, portanto legal. Quanto ao caráter confiscatório, não pode ser apreciadas por este órgão julgador administrativo, a teor do disposto no art. 167, I, do RPAF/99.

Convém ressaltar ainda que em relação à alegação de que o AI nº 085599.0004/02-0, lavrado contra outra filial, em iguais operações de transferências, e ter sido julgado Improcedente por meio do Acórdão JJF nº 0452/01-03, o referido julgamento foi reformado pela 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, conforme Acórdão CJF nº 0234/12-04, que julgou o Auto de Infração Parcialmente Procedente.

Também, quanto às alegações de que autuações pertinentes à mesma matéria (transferências interestaduais) foram julgadas Procedentes na primeira instância e tiveram Provimento de Recursos interpostos na segunda instância deste Conselho a exemplo dos Acórdãos CJF 168-12/09 e CJF 147-11/11, observo que naqueles processos, conforme indicado nas ementas à fl. 299, a fiscalização apurou custo de produção anual e confrontou com a base de cálculo das transferências mensais, o que culminou na nulidade por “insegurança na determinação da base de cálculo”.

Constato que esse procedimento não ocorreu neste processo, em que foi comparado produção mensal, com custo unitário de transferência mensal, logo, à nulidade declarada nos citados Acórdãos não servem de paradigma para o lançamento em questão.

Além disso, convém ressaltar que a Procuradoria do Estado, com fundamento no art. 169, II, “c” do RPAF/BA interpôs Recurso Extraordinário, por entender que haveria possibilidade de refazer os demonstrativos originais para apurar o valor efetivamente devido, tendo a Câmara Superior deste Conselho determinado a realização de diligência fiscal neste sentido, de modo que as citadas decisões, não são finais, pois não se esgotaram todos os Recursos previstos na esfera administrativa.

Por tudo que foi exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206891.0036/12-8**, lavrado contra **ITAGUASSU AGRO INDUSTRIAL S/A. (CIMENTO NASSAU)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.869.124,26** 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, 21 de novembro de 2013.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – RELATOR

ROSANA JEZLER GALVÃO – REPR. DA PGE/PROFIS