

A. I. N° - 206891.0015/12-0
AUTUADO - F S VASCONCELOS & CIA LTDA.
AUTUANTES - MARCOS ANTÔNIO S. CARNEIRO, PAULO CESAR DA S. BRITO, JOAQUIM
MAURÍCIO DA MOTTA LANDULFO e EUZIANE GOUVEIA DA SILVA
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 26/09/2013

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0215-03/13

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS EFETUADAS COM BASE DE CÁLCULO SUPERIOR À LEGALMENTE PREVISTA. Para fins de utilização de créditos fiscais, nas transferências interestaduais entre estabelecimentos da mesma empresa, deverá ser adotada a base de cálculo apurada de acordo com o valor da entrada mais recente no estabelecimento remetente. Refeitos os cálculos, mediante revisão efetuada por Auditora Fiscal estranha ao feito, o débito originalmente apurado ficou reduzido. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 26/06/2012, refere-se à exigência de R\$99.569,92 de ICMS, acrescido da multa de 60%, pela utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, nas operações de transferência para estabelecimento pertencente ao mesmo titular, com base de cálculo superior ao estabelecido na legislação.

De acordo com a descrição dos fatos, foi efetuada fiscalização do exercício de 2007, apurando-se base de cálculo do ICMS inferior à prevista no inciso I do § 4º do art. 13 da Lei Complementar – LC 87/96 (valor da entrada mais recente das mercadorias), nas operações de transferências interestaduais de produtos não fabricados pela empresa, oriundas direta e exclusivamente dos estabelecimentos comerciais/atacadistas, com destino à filial localizada neste Estado. Estorno do ICMS creditado a mais nos livros Registro de Entradas com a subsequente apuração do imposto devido (em valor inferior ao previsto em lei).

O autuado apresentou impugnação às fls. 79 a 87 do PAF. Inicialmente, requer que todas as intimações referentes ao presente Auto de Infração sejam encaminhadas à Dra. Renata A. Cavalcante, advogada do autuado, sob pena de nulidade. Após fazer uma síntese dos fatos que resultaram na lavratura do Auto de Infração, o defensor elaborou planilha para demonstrar que os autuantes utilizaram para as transferências valores de notas fiscais de entradas com datas posteriores às datas das transferências efetivamente realizadas. Cita como exemplo a Nota Fiscal de Transferência nº 622, emitida pela filial 103, com data de emissão em 29/12/2006 e data de entrada na filial 51 em 02/01/2007. Diz que os autuantes utilizaram o valor de entrada constante na Nota Fiscal nº 7362, com data de emissão em 09/03/2007, ou seja, data posterior à de emissão da nota fiscal de transferência, estando em desacordo com a LC 87/96, em seu art. 13, § 4º, I.

Em relação aos demonstrativos dos autuantes, alega que a grande maioria dos produtos está com o valor correto na nota fiscal de transferência, ou seja, o valor da última entrada no estabelecimento anterior à emissão da nota fiscal de transferência. Exatamente conforme preceituado pela LC 87/96, em seu art. 13, § 4º, I, utilizada pelos autuantes como embasamento da autuação. O defensor afirma que refez todo o lançamento em questão, lançando corretamente quais os valores das últimas entradas a serem utilizados nas notas fiscais de transferência emitidas pelos estabelecimento, e com base nessa planilha, constatou que além de grande parte dos valores estarem corretos, muitos dos valores foram lançados a menos nas notas fiscais de

transferência, gerando uma utilização de crédito fiscal inferior ao que realmente teria direito a empresa.

Quanto ao produto 193482 – FOGÃO 4BO COLISEUM, alega que os autuantes cometem equívoco, tendo em vista que na Nota Fiscal de Transferência de nº 692701, emitida pela filial 04 para a filial 51, constante no relatório da autuação, apresenta o produto 193482 “FOGÃO 4BO COLISEUM ATLAS” no valor de R\$193.998,00, sendo cobrado quanto a isto o estorno do crédito fiscal no valor histórico de R\$23.256,91. Afirma que se trata de nota fiscal de transferência emitida para corrigir um erro quanto ao valor unitário do mesmo produto na Nota Fiscal 272764, uma transferência da filial 51 para a filial 04. Juntou as cópias dos referidos documentos fiscais.

O defensor requer a realização de diligência e perícia por fiscal estranho ao feito, a fim de que o mesmo possa verificar as alegações trazidas nas razões de defesa. Transcreve o § 3º do art. 123 do RPAF/BA e diz que este CONSEF, como forma de instruir o presente PAF, deve acolher o pleito do defensor e encaminhar os autos à ASTEC, para que outro Auditor Fiscal possa verificar a legalidade da presente autuação, em virtude de tudo quanto alegado pela defesa, nos termos do art. 131 do RPAF/BA. Cita a jurisprudência do CONSEF, dizendo que em situação semelhante ocorrida no Auto de Infração de nº 01959892/95, enviou os autos para realização de diligência pela ASTEC, tendo o mencionado Órgão reconhecido o registro posterior da documentação, reduzindo o valor da autuação. Transcreve parte do voto e diz que após a realização de perícia, será constatado que o autuado não omitiu qualquer entrada ou saída de mercadorias, ao contrário do que apontam os autuantes.

Por fim, o defensor requer seja determinada a realização da perícia solicitada; que seja reaberto o prazo para que o autuado apresente outros documentos necessários à realização da perícia; e que seja julgado improcedente o presente Auto de Infração.

Os autuantes prestaram informação fiscal às fls. 251-A/262 dos autos. Reproduzem as informações constantes na descrição dos fatos do Auto de Infração e dizem que o imposto recuperável (caso do ICMS) não é pago pelo adquirente, já que o valor do imposto comporá uma conta gráfica, de débitos confrontados a créditos, servindo, estes últimos, para abatimento do quantum devido. Afiram que o ICMS recuperável não poderá ser contabilizado como custo de aquisição e esclarecem como é apurado o valor unitário do produto no caso de transferência entre estabelecimentos do mesmo titular. Dizem que na hipótese de ter sido 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. Asseguram que o valor apurado no levantamento fiscal realizado 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.

Os autuantes apresentam o entendimento de que 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 tributação. Na operação posterior de transferência da unidade de São Paulo para a Bahia, o autuado teria que transferir a quantidade de produtos para a Bahia utilizando o valor referente à última entrada (data anterior à saída) com a inclusão da alíquota de destino (SP/BA – 7%). Informam que efetuaram 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 corretamente apurada no trabalho de auditoria (valor correspondente à entrada mais recente da mercadoria), encontrando, o valor da diferença a maior na base de cálculo. Ao multiplicar esta diferença de base de cálculo pela alíquota de 7% (alíquota interestadual de SP/BA), encontraram o valor de imposto devido, que é exatamente o valor registrado e evidenciado no relatório anexado a este processo administrativo fiscal. Entendem que isto comprova o acerto do trabalho realizado na Auditoria-Fiscal.

Quanto ao argumento do autuado de que foi efetuado o cálculo do valor da entrada mais recente considerando datas posteriores às entradas, dizem que o defensor tem razão, por isso, os cálculos foram refeitos, conforme novos demonstrativos contendo essa retificação. Registraram

que após essas correções, o valor do ICMS a ser cobrado foi reduzido de R\$ 99.569,92 para R\$ 77.073,85, de acordo com novo demonstrativo anexado aos autos. Salientam que o órgão preparador entregou os demonstrativos anexos, tanto em meio físico quanto em meio eletrônico, para que o Autuado pudesse apresentar manifestação, querendo, dentro do prazo de dez dias, consoante previsão do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia (RPAF/BA). Transcrevem decisão do Superior Tribunal de Justiça – STJ, relativamente à base de cálculo na transferência para estabelecimento localizado em outro Estado do mesmo titular - artigo 13, § 4º, da LC 87/96, com a conclusão de que “a Fazenda Pública fica autorizada a proceder ao arbitramento mediante processo administrativo-fiscal regular, assegurados o contraditório e a ampla defesa”.

Nas considerações finais, os autuantes afirmam que a questão debatida neste PAF consiste 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. Se esse procedimento não estaria ferindo mortalmente o pacto federativo, pois, de forma oblíqua, ocorreria interferência na repartição de receitas tributárias prevista na Carta Magna, haja vista que uma unidade federada receberia mais recursos de ICMS e transferiria, de maneira inconstitucional, crédito de imposto para outro Estado, que, pelo princípio da não-cumulatividade, arcaria com o ônus de perceber uma parcela menor de tributos. Que o não cumprimento do regramento expresso na LC 87/96 pode gerar conflitos entre as unidades da Federação (Estados e Distrito Federal), e os contribuintes ou as empresas que não se enquadrarem nesse instrumento normativo poderão sofrer sérios impactos financeiros que poderiam ser evitados, utilizando-se tão-somente do que está claramente estatuído na multicitada Lei Complementar, ignorando as legislações tributárias das unidades da Federação que contrariem a Lei Maior.

Pedem a procedência parcial do presente Auto de Infração, reduzindo o débito de R\$ 99.569,92 para R\$ 77.073,85, tudo em consonância com os novos demonstrativos anexados a este PAF.

Intimado da informação fiscal e dos novos demonstrativos acostados aos autos pelos autuantes, o defendant se manifestou às fls. 284 a 291 do PAF, requerendo, inicialmente que todas as intimações referentes ao presente Auto de Infração sejam encaminhadas à Dra. Renata A. Cavalcante, advogada do autuado. Depois de reproduzir os fatos tratados na autuação fiscal, alega que os levantamentos realizados pelos autuantes encontram-se eivados de ilegalidade, e em desacordo com a escrita e documentos fiscais da empresa, conforme demonstrado na defesa apresentada pela empresa. Diz que não procedem as justificativas dos autuantes em relação ao 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 no lançamento em questão, como sendo o valor correspondente à entrada mais recente da mercadoria. Afirma que a grande maioria dos produtos constantes no levantamento fiscal está com o valor correto na nota fiscal de transferência, ou seja, o valor da última entrada no estabelecimento anterior à emissão da nota fiscal de transferência. Exatamente conforme preceituado pela Lei Complementar nº 87/1996, em seu art. 13, § 4º, I, utilizada pelo Fiscal como embasamento da sua autuação. Por esta razão, entende que a cobrança do imposto é totalmente improcedente, no que se refere a estes itens.

Salienta que os autuantes reconheceram que utilizaram valores para as notas fiscais de transferências existentes em notas de entradas com datas posteriores às datas das transferências entre filiais realizadas, tendo reduzido o valor histórico do imposto cobrado de R\$ 99.569,92 para R\$ 77.073,85, o que deve ser observado por este Conselho. Afirma que houve equívoco quanto ao produto 193482 - FOGÃO 4BO COLISEUM, e que a informação fiscal menciona que as notas fiscais emitidas pelo autuado ocorreram em data posterior às entradas, o que não pode ser aceito, já que as mesmas foram emitidas em 15/05/2007, 15/06/2007 e 11/05/2007.

O defensor informa que refez todo o lançamento em questão, lançando corretamente quais os valores das últimas entradas a serem utilizados nas notas fiscais de transferência emitidas pelos estabelecimentos. E, com base nessa planilha, constatou que, além de grande parte dos valores estarem corretos, com os valores unitários iguais (Anexo II), muitos dos valores foram lançados a menor nas notas fiscais de transferência, gerando uma utilização de crédito inferior ao que realmente teria direito a empresa. Por esta razão, entende que é improcedente a exigência fiscal, também no que se refere a estes itens. Requer a realização de perícia por Fiscal estranho ao feito, a fim de que o mesmo possa verificar as alegações apresentadas, através da análise de todos os documentos acostados aos autos na peça defensiva, o que não feito até o presente momento. O autuado afirma que tem direito à realização de perícia por fiscal estranho ao feito, sob pena de cerceamento do direito de defesa, inclusive conforme previsto no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto n. 7.629/199, que no § 3º, do art. 123, que reproduziu.

Ressalta que este CONSEF, como forma de regularmente instruir o presente feito, deve acolher o pleito do contribuinte e encaminhar os autos à ASTEC, para que outro Auditor Fiscal possa verificar a legalidade da presente autuação, em virtude de tudo o quanto alegado e comprovado pelo contribuinte, nos termos do art. 131, do RPAF/BA. Diz que a 3ª Câmara de Julgamento Fiscal, em situação semelhante a dos autos, ocorrida no Auto de Infração n. 01959892/95, enviou os autos para realização de diligência pela ASTEC, tendo o mencionado Órgão reconhecido o registro posterior da documentação fiscal, reduzindo, assim, o valor da autuação em comento, conforme trecho do voto proferido pelo Relator Nelson Teixeira Brandão, que reproduziu.

Finaliza, reiterando o pedido de perícia por Fiscal estranho ao feito, a fim de que seja verificada a veracidade dos argumentos trazidos aos autos, bem como para que seja verificada toda a documentação acostada à peça defensiva. Que seja aberto prazo para que a Autuada apresente outros documentos necessários à realização da perícia, caso sejam solicitados pelo Fiscal Diligente, e que, ao final, seja julgado improcedente o presente Auto de Infração.

À fl. 302 esta Junta de Julgamento Fiscal encaminhou o presente processo em diligência à Infaz de origem, solicitando que Auditor Fiscal estranho ao feito designado pela autoridade competente apurasse, em relação à operação de saída de mercadoria efetuada pelo autuado para o seu estabelecimento localizado neste Estado, pertencente ao mesmo titular, se a base de cálculo do imposto apurada pelos autuantes é o valor correspondente à entrada mais recente da mercadoria, conforme previsto no seu art. 13, § 4º, I da LC 87/96.

Também foi solicitado que fosse apurada a alegação defensiva de que os autuantes cometem equívoco quanto ao produto 193482 - FOGÃO 4BO COLISEUM, fazendo os necessários ajustes.

Após as providências acima, que a Inspetoria Fiscal entregasse ao autuado de cópia de todos os elementos que fossem anexados aos autos, mediante recibo firmado pelo contribuinte ou seu representante legal, com a indicação do prazo de dez dias para o contribuinte se manifestar, querendo, sobre os elementos a ele fornecidos.

Em atendimento foi prestada informação fiscal à fl. 304 por Auditora Fiscal estranha ao feito, dizendo que “ao manusear este processo (fls. 246 e 247 e 245), realmente ficou demonstrado que os autuantes se equivocaram ao não considerar que as notas fiscais 692701 e 272764 se anularam, mesmo que não tivesse em uma das notas o código de uma operação de DEVOLUÇÃO e sim de transferência, situação esta ratificada também em função da nota fiscal 284412 que demonstra o correto valor unitário do produto ora sob apreciação. Isto posto, o valor do débito deve ser reduzido para R\$53.816,93, na forma do demonstrativo anexo”.

À fl. 306 do PAF, o autuado foi intimado quanto ao resultado da diligência fiscal e do novo demonstrativo de débito, constando Aviso de Recebimento à fl. 110, comprovando que o autuado recebeu cópia da mencionada diligência fiscal e demonstrativo. Decorrido o prazo concedido, o defensor não se manifestou.

VOTO

O presente Auto de Infração trata da exigência de ICMS, pela utilização indevida de crédito fiscal de ICMS nas operações de transferência para estabelecimento pertencente ao mesmo titular, com base de cálculo superior a estabelecida na legislação.

De acordo com a descrição dos fatos, foi efetuado estorno de crédito de ICMS, apurando-se a base de cálculo do ICMS, conforme previsto no inciso I do § 4º do art. 13 da Lei Complementar – LC 87/96 (valor da entrada mais recente das mercadorias), nas operações de transferências interestaduais de produtos não fabricados pela empresa, oriundas direta e exclusivamente dos estabelecimentos comerciais/atacadistas, com destino à filial localizada 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, I, da Lei Complementar nº 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;

Como se trata de crédito fiscal relativo às operações interestaduais envolvendo produtos transferidos para a filial localizada neste Estado, aplica-se o disposto no art. 13, § 4º, inciso I 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 dispositivo legal, ou seja, o valor correspondente à entrada mais recente da mercadoria

Vale salientar que a base de cálculo das operações de saídas de mercadorias por transferências disposta no art. 13, § 4º, da LC 87/96, cujo teor é reproduzido na legislação do Estado da Bahia através do art. 17, § 8º, inciso I da Lei nº. 7.014/96:

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;

Em sua impugnação, o autuado alegou que os autuantes utilizaram valores para as transferências notas fiscais de entradas com datas posteriores às datas das transferências efetivamente realizadas, e citou exemplos.

Os autuantes acataram parcialmente as alegações defensivas, refizeram os cálculos, mas o defendente ainda alegou equívocos no levantamento fiscal, haja vista que em sua manifestação após o refazimento dos cálculos pelo autuante, afirmou que houve equívoco quanto ao produto 193482 - FOGÃO 4BO COLISEUM, e que a informação fiscal menciona que as notas fiscais emitidas pelo autuado ocorreram em data posterior às entradas, o que não pode ser aceito, já que as mesmas foram emitidas em 15/05/2007, 15/06/2007 e 11/05/2007.

Em atendimento à diligência fiscal encaminhada por esta Junta de Julgamento Fiscal, foi efetuada revisão por Auditora Fiscal estranha ao feito, sendo informado à fl. 304 que “ao

manusear este processo (fls. 246 e 247 e 245), realmente ficou demonstrado que os autuantes se equivocaram ao não considerar que as notas fiscais 692701 e 272764 se anularam, mesmo que não tivesse em uma das notas o código de uma operação de devolução e sim de transferência, situação esta ratificada também em função da Nota Fiscal 284412 que demonstra o correto valor unitário do produto ora sob apreciação". Após a revisão efetuada, o valor do ICMS devido ficou reduzido para R\$53.816,93, na forma do demonstrativo à fl. 305 do PAF.

À fl. 306 do PAF, o autuado foi intimado da revisão fiscal e do novo demonstrativo acostado, constando Aviso de Recebimento à fl. 110, comprovando que o autuado recebeu cópia da mencionada informação e demonstrativo. Decorrido o prazo concedido, o deficiente não se manifestou.

Constatou 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. Acato o resultado da diligência fiscal realizada por Auditora Fiscal estranha ao feito, haja vista que ficou comprovado por meio das Notas Fiscais de números 692701 e 272764, que houve equívoco quanto ao valor do produto "FOGÃO 4BO COLISEUM ATLAS" (NF 272764), e o autuado apresentou provas de ter regularizado a situação, anulando crédito e débito, emitindo a NF 692701, conforme fls. 246/247.

Concluo pela subsistência parcial da autuação, no valor total de R\$53.816,92, 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.

O deficiente requer que todas as intimações e notificações relativas ao feito sejam encaminhadas aos profissionais regularmente constituídos. Não há impedimento para que tal providência seja tomada. Porém, observo que de acordo com o art. 26, inciso III, do RPAF/99, a intimação deve ser efetuada por escrito, endereçada ao contribuinte, seu preposto ou responsável, e a forma de intimação ou ciência da tramitação dos processos ao sujeito passivo encontra-se prevista nos arts. 108/109 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia – RPAF/BA.

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

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 206891.0015/12-0, lavrado contra **F S VASCONCELOS E CIA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$53.816,92**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso VII, alínea "a", da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta de julgamento recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art.169, inciso I, alínea "a", item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de setembro de 2013

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA - JULGADOR