

A. I. N° - 206891.0044/13-9
AUTUADO - NESTLÉ BRASIL LTDA.
AUTUANTES - MARCOS ANTÔNIO DA SILVA CARNEIRO, PAULO CESAR DA SILVA BRITO e
EUZIANE GOUVEIA DA SILVA
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 08.05.2014

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0082-04/14

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. TRANSFERÊNCIAS INTERESTADUAIS COM BASE DE CÁLCULO SUPERIOR À PREVISTA EM LEI COMPLEMENTAR. Para fins de utilização de créditos fiscais, nas transferências interestaduais entre estabelecimentos da mesma sociedade empresária, deverá ser adotado como valor da base de cálculo o custo de produção, conforme definido na legislação tributária em vigor: matéria prima, material secundário, acondicionamento e mão de obra. Infração caracterizada. Rejeitada a preliminar de nulidade. Indeferido o pedido de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 25/11/2013 para exigir ICMS no valor histórico de R\$ 2.628.408,47, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a”, Lei 7.014/1996, sob a acusação de utilização indevida de crédito nas transferências interestaduais, com base de cálculo fixada pela unidade federada de origem, superior à definida na Lei Complementar 87/1996.

Segundo os auditores fiscais, trata-se de mercadorias oriundas dos estabelecimentos industriais que as produziram (cálculos com base nos custos).

O autuado, às folhas 111 a 130, ao impugnar o lançamento de ofício, elenca uma série de outros contra si lavrados, referentes à mesma matéria, que entende devam ser julgados em conjunto.

Suscita nulidade, por supostos equívocos na fundamentação legal e na descrição dos fatos, uma vez que a análise das notas fiscais constantes do processo demonstraria que houve transferências de fabricantes e de centros de distribuição, não só de fabricantes.

Requer diligência, com o objetivo de calcular o tributo atinente às entradas de estabelecimentos distribuidores tomando-se por base as últimas entradas. Subsidiariamente, caso não atendido o precitado pleito, pede que sejam inseridos os custos dos centros de distribuição no cálculo da base de tributação.

No mérito, assinalando que a jurisprudência do STJ trazida pelo fisco não guarda relação com o caso em tela, alega que o art. 13, §4º, LC 87/1996 é meramente exemplificativo, fazendo-se necessária uma abordagem sistemática do seu texto, com o uso subsidiário de normas contábeis, emanadas, por exemplo, do IBRACON, do Centro de Pronunciamento Contábeis, do Regulamento do Imposto de Renda e da Instrução Normativa 1.312/2012, da Receita Federal do Brasil, assim como do art. 17, §7º, Lei 7.014/1996 c/c art. 56, V, “b”, RICMS/1997.

Transcreve jurisprudência e destaca que seguiu fielmente a legislação do Estado de São Paulo, onde se localizam os remetentes.

Com fundamento em solução de consulta ao Estado de Minas Gerais, insurge-se contra o expurgo de rubricas como custos indiretos, depreciação, energia, manutenção e encargos

comuns, porquanto a fiscalização não teria logrado êxito em demonstrar que as mesmas não são matéria prima, material secundário, de acondicionamento ou mão de obra.

Com relação à multa, argumenta que não pode ser aplicada, nos termos do art. 2º do Decreto Lei 834/1969, transcrito às fls. 120/121.

Fornece endereço para notificações e encerra pedindo o acolhimento das razões defensivas.

Os autuantes, na informação de fls. 194 a 237, salientam que o artigo 155, § 2º, XII, “i” da Constituição Federal de 1988 trata de ICMS e atribui à lei complementar o papel de fixar a base de cálculo desta espécie tributária.

De igual modo, o artigo 146, III, “a” impõe o emprego de idêntico veículo normativo quando da definição de bases de cálculo para os impostos de um modo geral.

Neste sentido, a Lei Complementar nº 87/1996, no artigo 13, § 4º, inciso II, prescreve que a base de cálculo do ICMS, nas transferências interestaduais de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo contribuinte, deve corresponder ao custo da mercadoria produzida, assim entendido a soma dos custos de matéria prima, material secundário, mão de obra e acondicionamento.

Por sua vez, a legislação do Estado da Bahia, através da Lei instituidora do ICMS, nº 7.014/1996, no artigo 17, § 7º, inciso II, e do Regulamento do ICMS, no artigo 56, inciso V, alínea “b”, traz essa mesma definição, repetindo o que consta da Lei Complementar.

Asseveram que a mera intermediação de uma filial atacadista (extensão da indústria) impõe a aplicação do inciso II do art. 13, §4º, LC 87/1996.

No mérito, pontuam que o sujeito passivo deve obedecer ao que está prescrito na Constituição Federal e no artigo 13, §4º, II da Lei Complementar 87/1996, que prevê que a base de cálculo do ICMS, nas transferências interestaduais de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo contribuinte, deve corresponder ao custo da mercadoria produzida, assim entendido a soma do custo de matéria prima, material secundário, mão de obra e acondicionamento.

Em seguida, tecem comentários sobre o papel das leis complementares na normatização do gravame em enfoque, bem como sobre os institutos de direito privado e a definição dos seus efeitos tributários (arts. 109/110, CTN).

Prosseguindo, apontam impropriedades na Decisão Normativa CAT-5, do Estado de São Paulo, de 15/06/2005.

Transcrevem jurisprudência deste Conselho e do STJ, juntamente com Parecer da PGE / PROFIS, para depois mais uma vez analisarem a base de tributação prevista na indigitada Lei Complementar.

Refutam a tese de que a energia elétrica e a depreciação devem fazer parte da base de cálculo nas transferências, assim como o pedido de redução ou de dispensa da multa, “*considerada confiscatória*”.

Concluem mantendo a autuação.

VOTO

Trata-se de Auto de Infração lavrado por utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, decorrente de operações interestaduais de transferências de mercadorias produzidas e remetidas por estabelecimentos localizados no Estado de São Paulo, para a filial situada na Bahia, com base de cálculo superior ao custo de produção, correspondente ao somatório dos custos de matéria prima, acondicionamento, material secundário e mão de obra, conforme estabelecido no art. 13, § 4º, II, da Lei Complementar 87/1996.

Verifico que os autuantes expuseram com clareza a fundamentação de fato e de direito, na medida em que descreveram a infração, indicaram os documentos e demonstrativos, seus dados e cálculos, assim como o supedâneo jurídico.

Quanto às operações com os centros de distribuição de São Paulo, pertencentes à mesma sociedade, estes são uma mera extensão da indústria, em função de que os custos devem ser calculados da forma como efetivamente foram, e não de acordo com as últimas entradas, o que, aliás, é o entendimento dos tribunais pátrios, conforme jurisprudência abaixo reproduzida.

Na situação tomada como exemplo, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul deu ganho de causa ao Estado do Rio Grande do Sul. Inconformado, o contribuinte recorreu ao STJ, que manteve a decisão do TJRS, aduzindo que o centro de distribuição é mero prolongamento do parque industrial, e que “o ICMS nas operações interestaduais entre os estabelecimentos do mesmo titular – centro de distribuição (SP) e filial de vendas (RS) – deve ter por base de cálculo o custo da produção (art. 13, § 4º, II, da LC 87/1996), e não o valor de entrada”.

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ICMS. BASE DE CÁLCULO. ESTABELECIMENTOS. MESMO TITULAR. TRANSFERÊNCIA ENTRE FÁBRICA E CENTRO DE DISTRIBUIÇÃO. ARTIGO 13, § 4º, DA LC 87/96.

1. Discute-se a base de cálculo do ICMS em operações efetuadas pela recorrente entre a Fábrica (SP), o Centro de Distribuição (SP) e a Filial situada no Rio Grande do Sul. Precisamente, a controvérsia refere-se à base de cálculo adotada na saída de produtos do Centro de Distribuição com destino ao Estado gaúcho, o que demanda a interpretação do artigo 13, § 4º, da LC 87/96.

2. Em resumo, a recorrente fabrica mercadorias em São Paulo-SP e as transfere às filiais espalhadas pelo Brasil. Em virtude do grande volume, utiliza, algumas vezes, o Centro de Distribuição localizado em São Bernardo do Campo-SP, antes de proceder à remessa.

3. Constatou o aresto que, na saída das mercadorias do Centro de Distribuição paulista, a recorrente registrava como valor das mercadorias um preço superior ao custo de produção, próximo ou maior do que o valor final do produto (nas alienações ocorridas entre a Filial gaúcha e o comércio varejista ou atacadista daquele Estado).

4. A sociedade empresária recolheu aos cofres paulistas ICMS calculado com base no valor majorado, gerando crédito na entrada dos bens na Filial do RS, onde a alienação das mercadorias a terceiros acarretou débito de ICMS, que acabou compensado com os créditos anteriores pagos ao Estado de São Paulo. Em consequência, concluiu o acórdão recorrido: “... o Estado de origem acaba ficando com todo o imposto, e o Estado de destino apenas com o dever de admitir e compensar os créditos do contribuinte” (fl. 1.172v).

5. A questão jurídica em debate, portanto, refere-se à base de cálculo do ICMS na saída de mercadoria para estabelecimento localizado em outro Estado do mesmo titular – artigo 13, § 4º, da LC 87/96.

6. Na espécie, por diversas razões a base de cálculo do ICMS deve ser o custo da mercadoria produzida nos termos do artigo 13, § 4º, II, da LC 87/96 (e não a entrada mais recente).

7. Em primeiro, a interpretação da norma deve ser restritiva, pois o citado parágrafo estabelece bases de cálculos específicas. Em segundo, os incisos estão conectados às atividades do sujeito passivo, devendo ser utilizado o inciso II para estabelecimento industrial. Em terceiro, a norma visa evitar o conflito federativo pela arrecadação do tributo, o que impede a interpretação que possibilita o sujeito passivo direcionar o valor do tributo ao Estado que melhor lhe convier.

(...)

16. Recurso especial conhecido em parte e provido também em parte.

(REsp 1109298/RS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/04/2011, DJe 25/05/2011).

Defiro o pedido de julgamento em conjunto, com fundamento no art. 180 do Decreto 7.629/1999, que determina a aplicação subsidiária do CPC no processo administrativo fiscal, bem como nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, embora não haja previsão explícita para tanto no mencionado Regulamento Processual.

Tenho como presentes nos autos todos os elementos aptos a formar a convicção dos julgadores, em virtude de que, com supedâneo no art. 147, I, “a” do Decreto 7.629/1999, reputo desnecessária qualquer diligência.

As notificações ao contribuinte devem observar o disposto no art. 108 do precitado Decreto Estadual.

No mérito, para efeito de apuração da base de cálculo quando das transferências interestaduais de produtos fabricados e remetidos pelo estabelecimento industrial para filiais, deverá ser adotado o custo de produção, definido no art. 13, § 4º, II da LC nº. 87/1996, norma esta reproduzida na Lei nº. 7.014/1996, no seu art. 17, § 7º, II, como também no art. 56, V, “b” do RICMS/1997, ou seja, a soma dos custos de matéria prima, material secundário, mão de obra e acondicionamento.

A definição da base de cálculo do ICMS é matéria reservada à Lei Complementar, em face da dicção do art. 146, III, “a” da Constituição Federal, sendo que o comando contido no art. 13, § 4º da Lei Complementar 87/1996 é específico e não admite interpretação distinta daquela ofertada pelos autuantes, muito menos extensiva.

Logo, os gastos com manutenção, depreciação, amortização, frete (CIF), energia, combustível, manutenção, encargos comuns, custos indiretos, entre outros, devem ser expurgados para efeito de determinação da base de cálculo legal, implicando no subsequente estorno do crédito, conforme procederam os auditores.

Com relação à multa, é a legalmente prevista. Este órgão não possui atribuição para apreciar constitucionalidade de dispositivos da legislação (art. 167, I do Decreto 7.629/1999), tampouco para cancelar ou reduzir penalidades por descumprimento de obrigações principais (arts. 158/159 do Decreto 7.629/1999).

Do exposto, meu voto é pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206891.0044/13-9**, lavrado contra **NESTLÉ BRASIL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 2.628.408,47**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a”, Lei 7.014/1996, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de abril de 2014.

PAULO DANILO REIS LOPES – PRESIDENTE / RELATOR

VALTÉRCIO SERPA JUNIOR - JULGADOR

JOWAN DE OLIVEIRA ARAUJO- JULGADOR