

A. I. Nº - 206891.0004/15-3
AUTUADO - GENERAL MILLS BRASIL ALIMENTOS LTDA.
AUTUANTES - MARCOS ANTÔNIO DA SILVA CARNEIRO, PAULO CESAR DA SILVA BRITO e
EUIZIANE GOUVEIA DA SILVA
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - 01.12.2015

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº .0233-04/15

EMENTA: ICMS. 1. ARBITRAMENTO. BASE DE CÁLCULO. SAÍDAS DE PRODUTOS EM TRANSFERÊNCIA PARA ESTABELECIMENTO SITUADO EM OUTRA UNIDADE DA FEDERAÇÃO, PERTENCENTE AO MESMO TITULAR, COM PREÇO INFERIOR AO CUSTO DE PRODUÇÃO. FALTA DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS FISCAIS E CONTÁBEIS. Procedimento fiscal efetuado com base no art. 22-B da Lei nº 7.014/96, considerando a impossibilidade de desenvolver a fiscalização do estabelecimento para apurar a base de cálculo do ICMS admitida nos termos do § 4º do artigo 13 da LC nº 87/96, para efeito de apropriação de crédito fiscal nas transferências entre estabelecimentos pertencentes ao mesmo titular, oriundas de outra Unidade da Federação. Justifica-se o arbitramento, tendo em vista que não foi apresentado planilha de custos, impossibilitando saber se a base de cálculo nas transferências está em conformidade com a LC nº 87/96. Efetuadas correções no cálculo do imposto. Infração parcialmente subsistente. 2. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. FALTA DE ATENDIMENTO DE INTIMAÇÃO PARA APRESENTAÇÃO DE ARQUIVO MAGNÉTICO CONTENDO INFORMAÇÕES DAS OPERAÇÕES OU PRESTAÇÕES REALIZADAS. MULTA. A sanção decorrente do descumprimento dessa obrigação tributária acessória em tela já está contida na penalidade aplicada na infração anterior. Infração não subsistente. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Auto de Infração PROCEDENTE EM PARTE. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 24/03/15, exige ICMS e multa por descumprimento de obrigação acessória, no valor histórico total de R\$2.894.236,75, sob a acusação do cometimento das seguintes irregularidades.

Infração 1 - Falta de recolhimento de ICMS, apurado por meio de arbitramento, em virtude da não apresentação ao fisco de documentação fiscal e contábil. ICMS: R\$ 948.975,06. Multa de 100%.

Consta que se refere a operações interestaduais de transferências de produtos industrializados que foram tão-somente produzidos (fabricados) pelos respectivos remetentes, com base de cálculo em valor superior ao estatuído no art. 13, §4º, II, da Lei Complementar 87/96. O arbitramento foi utilizado como método ou critério para calcular o imposto devido, em função da falta de entrega pelo contribuinte dos arquivos magnéticos com o detalhamento do custo de fabricação ou do custo da mercadoria produzida, tendo em vista a declaração da empresa constante dos autos.

Infração 2 - Falta de fornecimento de arquivos magnéticos, exigidos através de intimação, com informações das operações ou prestações realizadas. Multa de R\$1.945.261,69, prevista no art. 42, XIII-A, “j”, da Lei 7.014/96.

O autuado apresenta defesa (fls. 40 a 60) e, inicialmente, explica que é uma pessoa jurídica que tem por objeto, dentre outras atividades, a importação, a fabricação e a distribuição de produtos alimentícios em geral, razão pela qual se caracteriza como contribuinte do ICMS. Na consecução das suas atividades, comercializa uma variada linha de produtos, os quais são industrializados ou importados por seus estabelecimentos localizados em diferentes Unidades da Federação. Concluída a fabricação ou a importação dos produtos, frequentemente os remete para os seus demais estabelecimentos mediante operações de transferência, para posterior comercialização. Destaca e recolhe o ICMS nessas transferências, utilizando as regras gerais de apuração do imposto previstas na legislação.

Após descrever as infrações que lhe foram imputadas, afirma que as exigências fiscais não podem prevalecer, tendo em vista os equívocos incorridos pela fiscalização na composição do cálculo dos débitos pretendidos. Diz que a análise dos valores considerados na composição do cálculo das diferenças lançadas revela diversas inconsistências, as quais impactaram a apuração dos valores exigidos.

Argui a nulidade do Auto de Infração em decorrência de erro na apuração das diferenças exigidas. Discorre sobre o procedimento adotado pela fiscalização e transcreve o disposto no art. 22-B, da Lei 7.014/96. Em seguida, afirma que ao analisar os valores consignados nas tabelas da infração 1, detectou diversas inconsistências, as quais alteram o valor lançado.

Menciona que a análise dos valores indicados na composição dos débitos pertinentes à infração 1 revela, de pronto, que as diferenças exigidas foram apuradas mediante a aplicação de uma base de cálculo distorcida e com o uso de alíquotas que não guardam qualquer relação com as transações autuadas. Diz que, ao efetuar o lançamento dos débitos exigidos na infração 1, a fiscalização calculou as diferenças de ICMS supostamente devidas, apurando o estorno com base na alíquota de 17%.

Argumenta que, conforme se nota do quadro constante da infração 1, o valor da diferença do crédito estornado foi calculado a partir de uma base de cálculo que, independentemente da alíquota equivocada, não corresponde com os valores praticados nas operações autuadas. Ademais, a soma do “Total de Infração” informada nas tabelas da primeira infração, no montante de R\$ 948.975,06, também contém erro, não representando o total dos valores lançados, que juntos remontam à importância de R\$ 949.605,05, conforme planilha que apresenta.

Diz que, objetivando revisar os valores do arbitramento, elaborou tabelas com as importâncias consideradas pela fiscalização. Aduz que a soma dos valores apurados nos anos de 2011, 2012 e 2013 resulta em R\$ 919.451,89, que é menor do que o montante contido na tabela da infração 1.

Destaca que, conforme tabelas anexadas ao Auto de Infração (fls. 94 a 96), os mesmos valores equivocados serviram de base para o lançamento do imposto, bem como para a composição do cálculo da multa e dos acréscimos moratórios.

Afirma que os autuantes também não consideraram o limite de apropriação de créditos ao qual o defendente está sujeito, que apenas lhe permite a utilização de 10% do imposto destacado nas notas fiscais de entrada. Explica que na forma do art. 6º do Dec. 7799/00, cujo teor transcreve, relativamente às entradas de mercadorias em estabelecimentos baianos cujas respectivas saídas são beneficiadas pela redução da base de cálculo, os créditos ficam limitados a 10% do imposto. Assevera que, ao ignorar essa limitação de apropriação de crédito, houve uma exigência excessiva e, portanto, indevida.

Diz que, diante desses erros, não se pode afirmar, com certeza, que os autuantes examinaram com cuidado a documentação que lhes foi apresentada durante o procedimento fiscal e, principalmente, que os cálculos efetuados refletem a realidade das operações auditadas. Afirma

que, diante do grave e insanável vício na constituição dos débitos exigidos, se impõe a declaração de nulidade do Auto de Infração impugnado, o que requer.

Quanto à infração 2, diz que a multa ali indicada não se sustenta, tendo em vista que a sua exigência cumulada com a sanção aplicada na infração anterior resulta em dupla penalização para uma mesma infração.

Diz que, além da multa lançada na primeira infração, lhe foi imposta na infração 2 a penalidade prevista no art. 42, XIII-A, “j”, da Lei nº 7.014/96, atinente a infrações relacionadas com a entrega de informações em arquivo eletrônico. Frisa que diferentemente do que ocorre em relação à multa capitulada na primeira infração, a pena indicada na segunda não é específica ao caso. Afirma que a fiscalização impõe penalidade por descumprimento de obrigação acessória, a qual foi absorvida pela multa atribuída à obrigação principal.

Tece considerações acerca de multa em direito tributário e, em seguida, afirma que as penalidades previstas nas duas infrações têm como objeto punir uma única irregularidade, relativa à apropriação de créditos sem a observância dos limites previstos na legislação. Sustenta que, portanto, a pena indicada na infração 2 é ilegítima, pois não representa um ilícito fiscal incorrido pelo defendente.

Volta a discorrer sobre a aplicação de multa e, mais adiante, afirma que as penalidades não podem ultrapassar os limites da razoabilidade e se tornarem um encargo ainda mais oneroso do que o próprio tributo. Diz que, no presente caso, a cumulação das penas atinge R\$ 2.894.236,75, o qual não guarda graduação com a gravidade do fato infringido.

Destaca que as multas aplicadas, que ainda que tenham natureza corretiva, não podem ser utilizadas com fins de arrecadação, pois é inconcebível que a sanção tributária seja convertida numa obrigação de “pagar tributo”, transformando-se em valor superior ao próprio principal, particularmente numa situação de inexistência de fraude ou má-fé, mas de simples divergência na interpretação das normas legais aplicáveis aos fatos.

Assevera que as multas possuem o caráter de confisco, o que é vedado pela Constituição Federal. Reproduz doutrina e jurisprudência para embasar seu argumento. Aduz que, além de confiscatórias, as penalidades afrontam o princípio da proporcionalidade. Diz que, portanto, caso se mantenha a autuação, as multas devem ser canceladas.

Ao finalizar, solicita que o Auto de Infração seja julgado improcedente. Alternativamente, requer que sejam retificados os valores que compõem o lançamento, excluindo os valores indevidos. Pede que, caso venha a ser mantida a exigência principal, seja cancelada a multa exigida na infração 2, em razão de sua inaplicabilidade ao caso, bem como do seu caráter confiscatório.

Os autuantes prestam a informação fiscal (fls. 99 a 124) e, inicialmente, explicam que o disposto no artigo 155, § 2º, XII, “i”, da Constituição Federal reserva à lei complementar fixar a base de cálculo desta espécie tributária. Por seu turno, a Lei Complementar nº 87/96, no art. 13, § 4º, II, prescreve que a base de cálculo do ICMS, nas transferências interestaduais entre estabelecimentos de um mesmo contribuinte, deve corresponder ao custo da mercadoria produzida, assim entendida a soma do custo da matéria-prima, material secundário, mão de obra e acondicionamento. Por seu turno, a Lei instituidora do ICMS de nº 7.014/96, no seu art. 17, § 7º, II, 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 do real alcance dessa regra prevista no art. 13, §4º, II da LC 87/96, para não recolher ICMS a mais no Estado de origem.

Prosseguindo, passam a reproduzir informações constantes no corpo do Auto de Infração, tais como, citações de dispositivos constitucionais e infraconstitucionais, transcrição de jurisprudência e reprodução de *e-mails* trocados com a Diretoria de Tributação da SEFAZ-BA.

Quanto à preliminar de nulidade, afirmam que a questão abordada é repetida nos argumentos de mérito e, portanto, farão uma abordagem única a seguir.

Dizem que os supostos erros apontados às fls. 49 e 50 decorreram de equívoco por parte do defendente quando da transcrição dos valores apurados no processo para a planilha produzida, como provam as DMAs, ora anexadas a este processo.

Mencionam que em relação ao exercício de 2011 não foi apontado nenhum erro.

Relativamente ao exercício de 2012, dizem que o defendente indica divergências nos meses de fevereiro e em março, mas os valores de base de cálculos estão corretos, consoante pode ser constatado nas respectivas DMAs anexas.

Quanto ao exercício de 2013, registram que o autuado fez a transposição de valores errados para a sua planilha, tais como:

- mês 6: a) valor indicado pelos autuantes R\$ 1.164.845,52; b) valor transposto pelo impugnante para a planilha produzida R\$ 1.164.645,52.
- mês 8: a) valor indicado pelos autuantes R\$ 2.505,10; b) valor transposto pelo impugnante para a planilha produzida R\$ 2.509,10.
- mês 9: a) valor indicado pelos autuantes R\$ 107.842,80; b) valor transposto pelo impugnante para a planilha produzida R\$ 107.542,80.
- mês 10: a) valor indicado pelos autuantes R\$ 4.542.519,48; b) valor transposto pelo impugnante para a planilha produzida R\$ 4.543.519,48; e
- mês 12: a) valor indicado pelos autuantes R\$ 110.110,90 b) valor transposto pelo impugnante para a planilha produzida R\$ 113.110,90.

Acatam o argumento defensivo quanto aos itens 33 a 45 da defesa e refazem a apuração do imposto, alterando a alíquota de 12% para 10%, em conformidade com os novos demonstrativos ora apresentados, onde os valores foram modificados, da seguinte forma:

- exercício de 2011: valor original = R\$254.621,74; novo valor = R\$237.702,77;
- exercício de 2012: valor original = R\$351.078,06; novo valor = R\$326.401,14;
- exercício de 2013: valor original = R\$313.752,09; novo valor = R\$292.587,67.

No que tange à previsão legal do arbitramento e à retroatividade deste procedimento, explicam que no corpo do Auto de Infração já constam os fundamentos para a autuação. Para corroborar o procedimento adotado, citam jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que consolidou o entendimento de que as normas procedimentais, com supedâneo no artigo 144, § 1º, do Código Tributário Nacional, possuem aplicação imediata, ainda que os fatos geradores tenham ocorrido em data anterior à vigência desses diplomas.

Afirmam que Instrução Normativa 52/13 também interpreta como deve ser compreendido o conceito de custo da mercadoria produzida. Frisam que como se trata de norma de caráter meramente interpretativo, a mesma retroage para atingir fatos geradores anteriores à publicação da mesma. Reproduzem trechos dessa Instrução Normativa, bem reproduzem o disposto nos artigos 96, 100 e 106 do CTN. Ressaltam que cabe ao CONSEF apreciar a dispensa da penalidade constante do dispositivo citado do CTN.

Quanto à infração 2, frisam que no próprio Auto de Infração já constam os fundamentos para esse item do lançamento.

Ao finalizarem, sugerem que o Auto de Infração seja julgado procedente em parte, acatando a redução dos valores dos novos demonstrativos anexados pelos autuantes para a infração 1.

O autuado se pronuncia às fls. 140 a 145 e, preliminarmente, suscita a nulidade do Auto de Infração por erro na apuração da infração 1. Faz uma síntese da primeira infração e, em seguida, repete que, ao analisar os valores consignados nas tabelas dispostas nessa infração, detectou diversas inconsistências, as quais alteram o montante do débito tributário.

Explica que a análise dos demonstrativos da infração 1 revela que as diferenças exigidas foram apuradas mediante a aplicação de uma base de cálculo distorcida e com o uso de alíquota do

ICMS inadequada, já que a fiscalização calculou as supostas diferenças utilizando a alíquota de 17%, inaplicável às transferências interestaduais.

Frisa que, conforme foi demonstrado na defesa, a soma do “Total de Infração” informada nas tabelas da infração 1, no montante de R\$948.975,06, é superior ao valor resultante do arbitramento, os quais representam a base das diferenças que legitimaria a exigência lançada.

Menciona que, quanto aos créditos de ICMS oriundos de mercadorias tributadas à alíquota de 12%, não foi considerado o limite de apropriação de créditos ao qual o autuado está sujeito, que apenas lhe permite apropriação de 10% dos valores destacados nas notas fiscais de entrada. Explica que, nos termos do art. 6º do Dec.7.799/00, relativamente às entradas de mercadorias cujas respectivas saídas sejam beneficiadas pela redução da base de cálculo, os créditos do imposto a elas correspondentes ficam limitados a 10% do valor da operação.

Após pontuar que os autuantes reconheceram o erro quanto ao limite de crédito, frisa que a informação fiscal não deixa dúvida que o Auto de Infração contém vícios na sua constituição, já que o valor da infração 1 (R\$948.975,06) é superior à soma dos montantes resultantes dos cálculos originários de arbitramento (R\$919.451,89). Ressalta que esses mesmos valores equivocados serviram de base para o lançamento do principal exigido, bem como para a composição do cálculo da multa de 100% e dos acréscimos moratórios aplicados.

Quanto à infração 2, afirma que o montante considerado para o cálculo da penalidade aplicada está igualmente equivocado.

Diz que a soma das transferências totaliza R\$1.843.515,61 (R\$50.553.407,61, em 2011; R\$59.058.315,87, em 2012; e R\$74.739.837,24, em 2013) e é menor do que o valor utilizado para o cômputo da penalidade. Afirma que, portanto, há um erro na composição do montante exigido no Auto de Infração que, caso fosse devido, resultaria numa diferença de R\$101.746,09.

Sustenta que, diante do reconhecimento pela fiscalização da existência de erros relacionados ao valor supostamente devido, impõe-se a decretação da nulidade da autuação.

Ao finalizar, reitera os termos da defesa e requer que o Auto de Infração seja julgado improcedente. Diz que, caso venha a ser mantida a autuação, a multa exigida na infração 2 deve ser cancelada, em razão de sua inaplicabilidade ao caso e ao seu caráter de confisco. Alternativamente, pede que sejam excluídos do lançamento os valores que não compõem o Auto de Infração. Protesta por todos os meios de prova admitidos em direito.

Os autuante se pronunciam, fls. 148 a 150, afirmando que não tem sentido o argumento defensivo atinente ao erro na alíquota, pois utilizaram como parâmetro para o estorno o crédito do ICMS escriturados na DMA e nos livros de Entrada e de Apuração do Imposto, crédito este que foi registrado ou tomado pelo autuado ao utilizar a alíquota da unidade de origem (7 ou 12%), na forma dos demonstrativos de fls. 13 a 15. Ressaltam que, para a certificação dessa assertiva, basta verificar que os itens de débitos consignados no demonstrativo de fls. 10 e 11 são os mesmos valores registrados no de fls. 13 a 15. Aduzem que a alíquota apontada no demonstrativo de fls. 10 e 11 nada tem a ver com a que foi utilizada para a efetuação do estorno, portanto. Trata-se de um ajuste ao programa interno da SEFAZ para fazer o cálculo do imposto, pois não prevê outra alíquota senão a de 17%.

Frisam que, o demonstrativo de fls. 125 a 127, anexado à informação fiscal, já contempla a redução da alíquota máxima para 10%, consoante previsão no Termo de Acordo Atacadista.

Afirma que a 1ª Câmara de Julgamento Fiscal deste CONSEF decidiu desconsiderar multa idêntica a que foi aplicada na infração 2 deste lançamento, por entender que a empresa já tinha sido onerada com a própria multa prevista para o arbitramento.

No que concerne à multa indicada na infração 1, transcrevem no Acórdão CJF Nº 0174-11/15, no qual a 1ª Câmara de Julgamento Fiscal também decidiu pela exclusão de idêntica multa, aplicando o previsto nos artigos 100, II e III, e 106, I, ambos do CTN.

Ao finalizar, sugerem que o Auto de Infração seja julgado procedente em parte, acatando a redução dos valores dos novos demonstrativos elaborados na informação fiscal, bem como, se for o caso, a eliminação das multas, tendo em vista as decisões do CONSEF acima apontadas.

VOTO

Em sede de preliminar, foi suscitada a nulidade do Auto de Infração sob o argumento de que existem erros na apuração dos valores lançados. Referindo-se à infração 1, o defendente afirmou que os estornos foram calculados com base na alíquota de 17%, que o valor total dessa infração (R\$948.975,06) não corresponde ao somatório das planilhas de arbitramento do imposto (R\$919.451,89), que não foi observado o limite de 10% para os créditos das operações beneficiadas pelo Dec. 7799/00.

Essas questões suscitadas na defesa em sede de preliminar se confundem com o próprio mérito da lide, conforme foi bem observado pelos autuantes na informação fiscal.

Os estornos de créditos fiscais efetuados pelos autuante não foram realizados mediante a aplicação da alíquota de 17%, pois, conforme os demonstrativos de fls. 13 a 15, os valores dos estornos foram apurados utilizando as alíquotas interestaduais previstas. Apenas por uma limitação técnica do sistema informatizado de emissão de Auto de Infração, no demonstrativo de fls. 7/8, consta a alíquota interna de 17%, porém, os valores lançados foram apurados mediante as correspondentes alíquotas interestaduais.

Efetivamente, há divergência entre o somatório dos valores constantes no demonstrativo de fls. 7/8 (R\$ 948.975,06) e o total dos demonstrativos de fls. 13 a 15 (R\$ 919.451,89). Essa divergência fica clara quando se confronta os débitos dos meses de janeiro a outubro de 2013 constantes na fl. 8 com os relacionados na fl. 15. Todavia esse equívoco no transporte dos débitos apurados não implica nulidade da infração em comento, pois é passível de retificação e poderá ser retificado quando da apreciação do mérito neste voto.

Quanto ao equívoco referente ao limite à apropriação de crédito fiscal nas operações cujas saídas subsequentes eram beneficiadas pelo tratamento previsto no Dec. 7799/00, os autuantes reconheceram a procedência do argumento defensivo e retificaram a apuração do imposto devido, observando o limite de 10%. Mais uma vez, esses equívocos não acarretam a nulidade do lançamento, pois também são passíveis de retificação, como o foram na informação fiscal, tendo o autuado sido notificado acerca dos novos demonstrativos retificados. Desse modo, não há como se acolher o argumento defensivo atinente à insegurança na determinação da infração e dos valores lançados.

Em face ao acima exposto, ultrapasso as arguições de nulidade suscitadas na defesa e, passo ao mérito da lide.

Trata a infração 1 de utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, decorrente de operações interestaduais de transferência de mercadorias remetidas por estabelecimentos localizados em outra unidade da Federação, para o autuado, situado 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 artigo 13, §4º, II, da Lei Complementar 87/96.

Na apuração da base de cálculo quando das transferências interestaduais de produtos fabricados e remetidos por estabelecimento industrial para filiais, deverá ser adotado o custo de produção, definido no artigo 13, §4º, II, da LC nº 87/96. Essa mesma norma está reproduzida na Lei nº 7.014/1996, no seu art. 17, § 7º, II, ou seja, a soma dos custos de matéria-prima, material secundário, mão de obra e acondicionamento.

Nos termos do artigo 146, III, “a”, da Constituição Federal, a definição da base de cálculo do ICMS é matéria reservada à lei complementar, sendo que o comando contido no artigo 13, § 4º da Lei Complementar 87/96 é específico e não admite interpretação distinta daquela utilizada pelos autuantes ou até mesmo extensiva.

Logo, os gastos não definidos no artigo 13, § 4º, II, da LC nº 87/96 devem ser expurgados para efeito de determinação da base de cálculo legal, acarretando o subsequente estorno do crédito, conforme procederam os autuantes.

No que concerne à metodologia adotada na apuração do imposto, tendo em vista que o autuado não forneceu os arquivos magnéticos com o detalhamento da composição do custo das mercadorias produzidas, conforme a declaração de fl. 22, os autuantes arbitraram a base de cálculo do imposto, respaldados no artigo 22-B, Lei 7.014/96, cujo teor transcrevo a seguir:

Art. 22-B A autoridade lançadora poderá arbitrar a base de cálculo do ICMS admitida nos termos do § 4º do art. 13 da Lei Complementar Federal nº 87, de 13 de setembro de 1996, para efeito de apropriação de crédito fiscal nas transferências entre estabelecimentos pertencentes ao mesmo titular, oriundas de outra unidade da Federação, quando a empresa não fornecer os arquivos magnéticos para a apuração do valor correspondente à entrada mais recente da mercadoria ou o detalhamento da composição do custo da mercadoria produzida.

[...]

II - nas transferências de mercadorias produzidas pela própria empresa, a base de cálculo será encontrada pela aplicação, sobre o valor da transferência, do percentual relativo ao somatório do valor da matéria-prima, material secundário, acondicionamento e mão-de-obra sobre o custo total do produto vendido, informados na Declaração do Imposto de Renda da Pessoa Jurídica - DIPJ, admitindo-se como crédito fiscal o valor encontrado pela aplicação da alíquota interestadual sobre a base de cálculo arbitrada.

Em sua defesa, o autuado não questiona o arbitramento realizado, limitando-se a argumentar que: foi utilizada erroneamente a alíquota de 17% no demonstrativo de fls. 7/8; há equívocos no transporte dos valores apurados nas planilhas de fls. 13/15; não foi considerado o limite de 10% na apropriação dos créditos das mercadorias beneficiadas pelo Dec. 7799/00.

Quanto à questão da suposta utilização da alíquota de 17% no demonstrativo de fls. 7/8, o argumento defensivo não procede, pois o imposto lançado foi apurado considerando as alíquotas interestaduais, conforme já foi demonstrado neste voto, na apreciação das preliminares.

Relativamente ao limite dos créditos fiscais das mercadorias cujas saídas ocorreram com redução de base de cálculo em função do benefício previsto no Dec. 7799/00, de forma acertada, os autuantes acolheram o argumento defensivo e refizeram os demonstrativos de apuração do imposto devido, conforme planilhas retificadas anexadas às fls. 125 a 127, reduzindo, assim, o valor devido na infração 1 para R\$ 856.691,58.

No que tange às divergências entre os valores originalmente apurados (fls. 13/15) e os constantes no demonstrativo de fls. 7/8, o argumento defensivo procede, pois o débito apurado às fls. 13/15 totaliza R\$919.451,89, ao passo que o constante às fls. 7/8 soma R\$948.975,06. Contudo, com as retificações efetuadas pelos autuantes às fls. 125 a 127, o valor devido na infração em comento fica reduzido para R\$ 856.691,58 e questão das divergências citadas na defesa fica ultrapassada. O novo demonstrativo de débito da infração 1, após as devidas correções, fica conforme o apresentado mais adiante.

Quanto à multa indicada na autuação, equivalente a 100% do imposto, mencionada pelos autuantes na sua última manifestação, observo que o caso em análise não se confunde com a situação apreciada no Acórdão CJF Nº 0174-11/15, senão vejamos.

O Auto de Infração nº 206891.0018/14-6, segundo o Acórdão CJF Nº 0174-11/15, também tratava de utilização indevida de crédito nas transferências interestaduais com base de cálculo em valor superior à definida na LC 87/96. Contudo, há que se observar que, naquele lançamento, o procedimento adotado pela fiscalização para apurar a base de cálculo a ser utilizada nas transferências interestaduais, especialmente quanto ao PIS/COFINS/ICMS, estava fundamentado na Instrução Normativa 52/13, a qual possui claro caráter interpretativo. Naquela situação específica, foi possível a aplicação do regramento contido no artigo 106, inciso I, do CTN, e, portanto, era inaplicável a penalidade.

Já no caso em análise, a apuração da base de cálculo a ser utilizada nas transferências interestaduais não está respaldada na Instrução Normativa 52/13, bem como não há qualquer abordagem quanto ao tratamento a ser dado ao PIS/COFINS/ICMS na determinação da base de

cálculo. O procedimento adotado pela fiscalização no caso em tela está fundamentado no artigo 22-B da Lei nº 7.014/96, o qual, no meu entender, não possui o caráter interpretativo e, além disso, passou a vigorar a partir de 15/12/12.

Dessa forma, a multa indicada para a infração 1 está correta e é a prevista no art. 42, IV, “i”, da Lei nº 7.014/96, para a irregularidade apurada. No que tange ao alegado caráter de confisco da penalidade e da inobservância dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, cabe salientar que nos termos do art. 125, I, da Lei nº 3.956/81 (Código Tributário do Estado da Bahia - COTEB), não se inclui entre as competências deste órgão julgador apreciar aspectos relacionados à constitucionalidade da legislação tributária estadual. O pedido de redução ou dispensa da referida multa não pode ser atendido, pois, como se trata de multa por descumprimento de obrigação principal, tal matéria ultrapassa a competência das Juntas de Julgamento Fiscal deste CONSEF.

Em face ao acima exposto, a infração 1 subsiste parcialmente, no valor de R\$856.691,58, ficando o demonstrativo de débito conforme o apresentado a seguir:

DATA OCORR.	DATA VENC.	B. CÁLCULO	ALÍQ.	MULTA	ICMS DEVIDO
31/01/11	09/02/11	99.784,53	17%	100%	16.963,37
28/02/11	09/03/11	111.135,94	17%	100%	18.893,11
31/03/11	09/04/11	119.293,53	17%	100%	20.279,90
30/04/11	09/05/11	126.453,00	17%	100%	21.497,01
31/05/11	09/06/11	161.921,47	17%	100%	27.526,65
30/06/11	09/07/11	104.289,18	17%	100%	17.729,16
31/07/11	09/08/11	75.187,59	17%	100%	12.781,89
31/08/11	09/09/11	105.794,41	17%	100%	17.985,05
30/09/11	09/10/11	137.147,24	17%	100%	23.315,03
31/10/11	09/11/11	107.376,24	17%	100%	18.253,96
30/11/11	09/12/11	139.685,47	17%	100%	23.746,53
31/12/11	09/01/12	110.183,06	17%	100%	18.731,12
31/01/12	09/02/12	169.598,65	17%	100%	28.831,77
29/02/12	09/03/12	123.689,18	17%	100%	21.027,16
31/03/12	09/04/12	165.373,59	17%	100%	28.113,51
30/04/12	09/05/12	195.931,29	17%	100%	33.308,32
31/05/12	09/06/12	179.904,47	17%	100%	30.583,76
30/06/12	09/07/12	139.102,71	17%	100%	23.647,46
31/07/12	09/08/12	120.586,35	17%	100%	20.499,68
31/08/12	09/09/12	132.380,88	17%	100%	22.504,75
30/09/12	09/10/12	158.847,59	17%	100%	27.004,09
31/10/12	09/11/12	198.046,82	17%	100%	33.667,96
30/11/12	09/12/12	178.936,24	17%	100%	30.419,16
31/12/12	09/01/13	157.608,88	17%	100%	26.793,51
31/01/13	09/02/13	117.987,12	17%	100%	20.057,81
28/02/13	09/03/13	135.901,71	17%	100%	23.103,29
31/03/13	09/04/13	128.958,82	17%	100%	21.923,00
30/04/13	09/05/13	159.245,00	17%	100%	27.071,65
31/05/13	09/06/13	150.420,88	17%	100%	25.571,55
30/06/13	09/07/13	118.555,88	17%	100%	20.154,50
31/07/13	09/08/13	140.536,41	17%	100%	23.891,18
31/08/13	09/09/13	175.286,59	17%	100%	29.798,72
30/09/13	09/10/13	140.557,53	17%	100%	23.894,78
31/10/13	09/11/13	149.082,41	17%	100%	25.344,01
30/11/13	09/12/13	149.114,88	17%	100%	25.349,53
31/12/13	09/01/14	155.456,76	17%	100%	26.427,65
SOMATÓRIO					856.691,58

Na infração 2, o autuado foi acusado de ter deixado de entregar arquivos magnéticos, exigidos mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas.

Os autuantes anexaram às fls. 17/18 Termo de Intimação, no qual foi solicitado que o defendente apresentasse à fiscalização planilhas com a composição do custo de produção dos produtos fabricados, cópia de notas fiscais eletrônicas de saídas, livros Registro de Entradas, Registro de

Inventário, Razão/EFD, fichas de Declaração de Imposto de Renda Pessoa Jurídica, livro RUDFTO, correlação entre as unidades e as quantidades de produtos registrados.

Conforme declaração à fl. 22, o autuado informou que não tinha condições de atender à solicitação para apresentação de planilha com o custo das mercadorias fabricadas. Informou o contribuinte que tinha ciência de que a falta de entrega da referida planilha acarretaria análise das operações por meio de arbitramento. Com essa declaração do autuado, fica incontroverso que a intimação de fls. 17/18 não foi atendida conforme tinha sido solicitada.

Fica claro, portanto, que foi exatamente o não atendimento dessa citada intimação que ensejou o arbitramento da base de cálculo de que cuida a infração 1, pela qual foi aplicada a multa de 100%. Nessa situação, a sanção decorrente do descumprimento da obrigação tributária acessória de que trata a infração 2 já está contida na pena aplicada na infração 1, conforme foi sustentado na defesa e foi reconhecido pelos autuantes no seu último pronunciamento. Dessa forma, para que não se incida na penalização em duplicidade do autuado, a multa indicada na infração 2 não deve ser mantida e, portanto, a infração 2 não subsistente.

Em face do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206891.0004/15-3**, lavrado contra **GENERAL MILLS BRASIL ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$856.691,58**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, IV, “i”, Lei 7.014/1996, e dos acréscimos legais.

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do artigo 169, inciso I, alínea “a”, item “1”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto 7.629/99, alterado pelo Decreto 13.537/11, com efeitos a partir de 20 de dezembro de 2011.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de novembro de 2015

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - RELATOR

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR - JULGADOR