

A. I. N° - 2330380004/15-3
AUTUADO - NESTLÉ BRASIL LTDA.
AUTUANTE - CARLOS ROBERTO DE CARVALHO
ORIGEM - IFEP NORTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET 06.09.2016

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0132-02/16

EMENTA: ICMS. RECOLHIMENTO A MENOS. ERRO NA DETERMINAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. Descrição dos fatos, enquadramento legal e demonstrativos de débito não foram produzidos de forma clara e precisa. Auto de infração NULO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O auto de infração em lide, lavrado em 13/04/2015, formaliza a exigência de ICMS no valor total de R\$15.057.000,72, por de recolhimento a menor do ICMS por erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas (03.02.05), ocorrido de 2012 a 2014 acrescido de multa de 60% prevista na alínea "a", do inciso II, do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

O autuante explicou que o recolhimento a menor foi em decorrência de transferências de mercadorias abaixo do custo de aquisição. Informou que o autuado vende para o público em geral com o preço menor que o custo de aquisição das mercadorias e, por isso, devia estornar a parte não compensada do ICMS da entrada da mercadoria.

O autuado, através de representante legal, apresentou defesa das fls. 22 a 42, requerendo a nulidade do auto de infração alegando que o autuante utilizou medidas de quantidade diferentes para os valores de entradas e saídas dos produtos. Cita como exemplo o produto "412497 – nescau actge bebida láctea", considerado por unidade na saída e por packs (volume com três unidades) na entrada. Requer diligência para constatação dos erros existentes nos cálculos adotados pelo autuante.

O autuado requer, ainda, caso não seja deferido o pedido de nulidade do auto de infração, que seja considerado improcedente após a verificação da metodologia de cálculo adotada pelo autuante.

O autuado explica, também, que adotou nas saídas em transferência o valor correspondente ao custo de produção, em obediência ao disposto no inciso II do § 4º do art. 13 da Lei Complementar nº 87/96, sendo o motivo pelo qual o valor de saída constou inferior ao de entrada.

Diz que utilizou como critério para obter o valor do custo as parcelas referentes a material (matéria-prima e materiais secundário), packing material (material de embalagem e acondicionamento), labour (mão de obra direta), energy (energia utilizada do processo fabril) e subcontracting (subcontratações envolvidas). Informa que este critério está de acordo com o conceito de custo da mercadoria dado pelo direito privado e a lei tributária não pode alterar a sua definição, conforme estabelecido no art. 110 do CTN.

Cita, ainda, o art. 1.187 do Código Civil Brasileiro, Lei nº 10.406/2002, que exige dos fabricantes a escrituração do estoque com base no custo de fabricação. Alerta que o conceito de custo da mercadoria está expresso no art. 290 do Regulamento do Imposto de renda e na Instrução Normativa nº 1.312/2012, expedida pela receita Federal. Assim, conclui que o texto do inciso II do § 4º do art. 13 da Lei Complementar nº 87/96 é exemplificativo e não taxativo.

Menciona, também, que o inciso II do § 7º do art. 17 da Lei nº 7.014/96 trata os custos de produção como custos imputáveis à produção, geração, extração ou fabricação. Lembra que a alínea "b" do

inciso V do art. 56 do RICMS/97 reproduzia o teor do dispositivo referido da Lei Complementar nº 87/96.

O autuado argumenta que a mercadoria que possui valor de mercado superior ao custo de fabricação não pode ser escriturada e transferida por valor inferior ao custo de fabricação, sob pena de violação ao art. 1.187 do Código Civil.

O autuado entende que existe conflito entre os Estados pelo direito de arrecadar o ICMS nas transferências interestaduais e reclama que este conflito não pode impedir o uso do crédito correspondente ao recolhimento feito.

O autuado acrescenta que a multa não pode ser aplicada em decorrência do disposto no art. 2º do Decreto nº 834/69 e por ser confiscatória e desproporcional, em flagrante desrespeito à Constituição Federal.

Por fim, o autuado requer que as intimações relativas a este processo sejam realizadas em nome do advogado João Alberto P. Lopes Júnior (OAB nº 11.972), na Av. da França, 164, ed. Futurus, 7º andar, comércio, Salvador, Bahia, CEP 40.010-000.

O autuante, em contrapartida, alega das fls. 82 a 86 que o autuado agiu em desacordo com o princípio da não-cumulatividade ao não estornar a parcela do crédito fiscal vinculado ao valor das entradas que suplantou o valor adotado nas saídas subsequentes. Cita voto dado por ministro do STF em concordância com este entendimento.

O autuante concorda com a alegação do autuado de que errou ao adotar medidas diferentes do produto “nescau actge bebida láctea” em relação às entradas e às saídas. Assim, refez o demonstrativo de débito e anexou em CD à fl. 87. Reputa a confusão gerada a preposto da empresa autuada quando das informações prestadas no início da fiscalização.

Discorda do argumento do autuado de que deveria usar o custo de produção como base de cálculo nas transferências, pois os produtos comercializados são adquiridos de terceiro e não produzidos por ele.

O autuante entende que a multa deve ser alta para inibir a sonegação e que elas estão de acordo com o previsto na Lei nº 7.014/96.

Requer a manutenção parcial deste auto de infração, reduzindo o valor reclamado para R\$ 1.355.998,45.

O autuado apresentou manifestação das fls. 91 a 104 insistindo na tese de que a base de cálculo aplicada sobre a parcela ainda restante do auto de infração foi correta pois correspondeu ao custo de produção e não ao valor da entrada mais recente. Repete as argumentações trazidas na apresentação da defesa, inclusive em relação à realização de diligência.

Entretanto, diante do refazimento do demonstrativo de débito, requer apenas a improcedência do auto de infração ou, caso não seja atendido, que a multa seja cancelada por ser confiscatória.

O autuante apresentou nova informação fiscal às fls. 108 e 109 destacando que o autuado não trouxe nada de novo e mantendo a exigência constante no demonstrativo trazido na primeira informação fiscal.

VOTO

O autuante relata na descrição dos fatos que o presente lançamento visa corrigir erros de escrituração de saídas de mercadorias abaixo do custo de aquisição. Afirmou que o autuado vendeu mercadorias com preço abaixo do custo, adquiridas, na maior parte, de indústria pertencente ao mesmo grupo empresarial.

Declarou, ainda, que não existe restrição na legislação para venda de mercadorias com preços abaixo dos custos de aquisição, mas, em cumprimento ao princípio constitucional da não-cumulatividade do ICMS, o autuado deveria estornar a parte não compensada do ICMS da entrada da mercadoria.

Por outro lado, escolheu como código da infração o 03.02.05 que corresponde a “recolheu a menor ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas”. Ainda acrescentou que o autuado recolheu a menor ICMS em decorrência de transferências de mercadorias abaixo do custo de aquisição.

No enquadramento da infração foram citados os arts. 56 e 124 do RICMS/97 e os arts. 17 a 21 e 23 da Lei nº 7.014/96, onde estão contidas todas as regras definidoras da base de cálculo nas diversas hipóteses previstas na legislação. Como multa, foi aplicada a prevista na alínea “a” do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96, em razão de erro na determinação da base de cálculo.

O autuado reclamou de erro nas medidas utilizadas pelo autuante na apuração do valor de aquisição de um produto que resultou em redução do valor reclamado de R\$ 15.057.000,72 para R\$ 1.355.998,45, conforme informação fiscal do autuante das fls. 82 a 86. Depois pauta sua defesa em tentativa de provar que a base de cálculo adotada correspondeu ao custo de produção, nos termos do inciso II do § 4º do art. 13 da Lei Complementar nº 87/96.

Do exposto, apesar da redução significativa do débito, concluo que o presente auto de infração não convece a descrição dos fatos de forma clara e precisa, como determina o inciso III do art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), Decreto nº 7.629/99. Se houve falta de estorno de crédito em razão de saída com preço inferior ao da aquisição, não há porque se falar em erro na determinação da base de cálculo nas saídas subsequentes das mercadorias.

No demonstrativo de débito à fl. 87, a coluna correspondente a apuração do valor devido recebeu a denominação de “VIIcmsMenor” (coluna “U” da planilha), resultado da multiplicação da alíquota aplicável sobre a diferença da base de cálculo apurada, denominada de “VIBcMenor”, conforme coluna “T” da planilha. Descrições que em nada indicam que se está apurando valor de crédito fiscal utilizado indevidamente.

Assim, decreto de ofício a nulidade do presente auto de infração, recomendando o seu refazimento de forma que fique evidente a natureza da infração na descrição dos fatos, no enquadramento legal, na multa aplicada e nos demonstrativos de débito.

Voto pela **NULIDADE** do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº 2330380004/15-3, lavrado contra **NESTLÉ BRASIL LTDA**.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de agosto de 2016.

JOSÉ CARLOS BACELAR - PRESIDENTE

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ – RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS OLIVEIRA – JULGADOR