

A.I. Nº - 269197.0012/17-1
AUTUADO - NESTLÉ BRASIL LTDA
AUTUANTES - MARCELO DE AZEVEDO MOREIRA e JOSÉ LUIS SOUSA SANTOS
ORIGEM - IFEP SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 18. 05. 2018

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0047-01/18

EMENTA: ICMS. RECOLHIMENTO A MENOS. ERRO NA DETERMINAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. Demonstrado que o autuado adotou como base de cálculo nas transferências interestaduais de mercadorias adquiridas de terceiros, para estabelecimento da mesma empresa, valor inferior ao da entrada mais recente, em desacordo ao previsto no § 8º do art. 17 da Lei nº 7.014/96. Rejeitadas as arguições de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 25/05/2017, formaliza a exigência de crédito tributário no valor de R\$1.639.599,02, em decorrência de recolhimento a menos de ICMS por erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas (03.02.05), ocorrido nos meses de janeiro de 2014 a agosto de 2015 e de outubro de 2015 a dezembro de 2016, acrescido de multa de 60%, prevista na alínea “a” do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Os autuantes acrescentaram que o autuado realizou saídas em transferência interestadual em valor abaixo ao da entrada. Disseram que a comparação se faz com o expurgo do valor do ICMS devido nas operações de entrada e saída, uma vez que não integra o custo da mercadoria.

O autuado apresentou impugnação contra o Auto de Infração às fls. 123 a 133. Disse que tem por objetivo, entre outras atividades, a fabricação e comercialização de produtos alimentícios e bebidas em geral.

Alegou que o autuante limitou-se a indicar os dispositivos legais que o levaram a realizar a autuação, sem, contudo, demonstrar as razões que levaram à apuração de tal fato. Por não conhecer as razões exatas que levaram à exação pretendida pelo Fisco, viu o seu direito de defesa cerceado.

Além disso, argumentou que o autuante não motivou de maneira fundamentada as razões para lavratura, tendo apenas mencionado dispositivos legais. Concluindo que a ausência de motivação é causa de nulidade do ato administrativo.

Em relação aos cálculos do valor supostamente devido, entendeu que os autuantes partiram de premissas equivocadas e deixaram de considerar a carga tributária que efetivamente foi destacada na operação. Reclamou que ao efetuar o cálculo do imposto que teria supostamente recolhido a menor, os autuantes consideraram a carga tributária de 12% para todas as operações, inclusive para aquelas cujo destaque efetivo foi de 18%.

Ressaltou que a apuração dos valores supostamente devidos, considerando a carga tributária efetivamente destacada nas operações autuadas, implica em uma diminuição de R\$152.246,79 do suposto valor do principal. Assim, requereu a baixa dos presentes autos em diligência, nos termos dos arts. 123, § 3º, e 145 do Decreto Estadual nº 7.629/99, para que se retifique o cálculo que instrui a autuação ora combatida.

Destacou que possuía saldo credor de ICMS à época dos fatos e uma suposta falta de pagamento não trouxe prejuízo ao Erário. Alegou que, pelo princípio constitucional da Não-cumulatividade, previsto na Constituição Federal no artigo 155, inciso II, § 2º, inciso I, o contribuinte tem o direito de compensar o ICMS devido com o montante cobrado nas etapas anteriores da cadeia operacional. Alertou que não teve interesse em deixar de recolher ICMS, pois era detentora de saldo credor de ICMS capaz de adimplir com tranquilidade todo o imposto cuja cobrança se pretende na presente autuação.

Alegou, ainda, que a multa aplicada deve ser integralmente afastada, em virtude de seu caráter eminentemente confiscatório, haja vista a evidente ausência de razoabilidade e proporcionalidade do valor da multa aplicada ao caso em análise, no montante equivalente a abusivos 60% do valor do imposto objeto da autuação. Requereu o afastamento da integralidade da sua aplicação ou ao menos que esta seja reduzida a patamares razoáveis (20% do valor do imposto).

O autuado destacou que se reserva no direito de requerer a realização de perícia e diligência, nos termos dos artigos 123, § 3º, e 145 do Decreto Estadual nº 7.629/99, bem como de juntar documentos adicionais.

Por fim, requer que todas os avisos e intimações relativas a este processo sejam realizadas exclusivamente em nome do advogado João Alberto P. Lopes Júnior (OAB/BA nº 11.972), com endereço profissional na Avenida da França, 164, Edifício Futurus, 7º Andar, Comércio, Salvador, Bahia, CEP 40.010-000.

Os autuantes apresentaram informação fiscal às fls. 176 a 182. Ressaltaram que, consoante disposto no art. 13, § 4º, Inciso I, da Lei Complementar nº 87/96, dispositivo encampado pelo art. 17, § 8º, Inciso I, da Lei Estadual nº 7.014/96, o valor da base de cálculo do ICMS nas referidas operações de transferência é o valor correspondente à entrada mais recente da mesma mercadoria.

Reiteraram que necessário se faz compreender que a comparação do valor das operações de saída com a operação de entrada mais recente se faz com o expurgo do valor do ICMS devido nas operações de entrada e saída, uma vez que não integra o custo da mercadoria, conforme regulado na Lei Federal nº 6.404/76, art. 183.

Observaram, ainda, que se faz necessário comparar unidades homogêneas de entrada e saída. Desse modo, quando a unidade de saída diverge da unidade de entrada faz-se mister convertê-las para em seguida compará-las.

Ressalvaram que a empresa, no dia 05/12/2016, emitiu inúmeras notas fiscais complementares com o ajuste da correção das bases de cálculo das saídas e com o respectivo destaque do ICMS, que foram associadas às notas fiscais de saídas originais e excluídas do presente levantamento.

Os autuantes não vislumbraram qualquer obscuridade na ocorrência fiscal lançada, posto que presentes os requisitos previstos no art. 39 do RPAF. Disseram que a metodologia de evidenciação da base de cálculo da exação tributária lançada acha-se revelada no preâmbulo do lançamento. Ressaltaram que a análise minuciosa do demonstrativo de débito, anexado às fls. 12 a 102, revela a prática em voga no Estabelecimento auditado de violação das normas legais atinentes à

formação da base de cálculo do ICMS para as ditas operações, conforme estabelecido no art. 13, § 4º, Inciso I, da Lei Complementar nº 87/96 e art. 17, § 8º, Inciso I, da Lei Estadual nº 7.014/96.

Atestaram que não ocorreram operações de saídas tributadas a 18%, ou seja, todas as operações ali evidenciadas são relativas a transferências interestaduais entre estabelecimentos pertencentes à pessoa jurídica autuada, sujeitas que são à alíquota de 12% (CFOP 6152). Neste sentido, opinaram pelo indeferimento do pedido de conversão dos autos em diligência para verificação deste fato, uma vez demonstrada sua desconexão com os fatos objeto do lançamento.

Explicaram que o fato evidenciado nos autos é uma das causas do crescente saldo credor apresentado pelo autuado e discordam que tal prática não esteja causando prejuízo ao erário.

Discordaram que a multa aplicada induz à configuração de confisco, uma vez que se trata de aplicação objetiva da lei estadual para a conduta observada, sem nenhuma margem de valoração subjetiva por parte do Fisco.

VOTO

Afasto toda discussão acerca da inconstitucionalidade da multa aplicada no presente Auto de Infração. De acordo com o inciso I do artigo 167 do RPAF, não é competência deste órgão julgador a declaração de inconstitucionalidade da legislação tributária estadual e a multa aplicada está prevista no art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Saliento que não existe qualquer impedimento para que o representante legal do autuado receba as intimações relativas a este processo. Entretanto, a falta de intimação do representante legal não se constitui em motivo para a nulidade da comunicação desde que o contribuinte seja intimado nos termos do art. 108 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Rejeito o pedido de nulidade do Auto de Infração feito pelo autuado sob a argumentação de que não conheceu as razões exatas que levaram à exação pretendida pelo Fisco. No campo “Descrição dos Fatos” do Auto de Infração, os autuantes explicaram que a presente exigência fiscal decorreu de erro na determinação da base de cálculo nas saídas de mercadorias recebidas de terceiros por utilizar valor inferior ao da entrada mais recente da mercadoria.

Detalharam que na comparação dos valores expurgaram o valor do ICMS, a fim de obter o custo da mercadoria. Destacaram que converteram as unidades de medida para evidenciar a diferença e apresentaram vários exemplos de cálculos com notas fiscais, cujas cópias foram anexadas às fls. 103 a 117.

No demonstrativo da infração, anexado às fls. 12 a 102, foram identificadas as mercadorias e as notas fiscais de entradas e saídas, bem como os valores das entradas e das saídas adotados pelo autuado e o valor da diferença apurada, considerando o correto valor da base de cálculo que deveria ter sido adotado nas transferências.

Assim, não há como alegar que faltou motivação na fundamentação das razões para a lavratura deste Auto de Infração. Os dispositivos do enquadramento legal estão precisos na descrição dos fatos, sendo de claro entendimento a acusação que ao autuado foi imputada.

O presente Auto de Infração traz exigência fiscal decorrente de erro na determinação da base de cálculo nas transferências interestaduais, para outros estabelecimentos da mesma empresa, de mercadorias recebidas de terceiros.

O § 8º do art. 17 da Lei nº 7.014/96, estabelece que a base de cálculo do ICMS na saída de mercadoria em transferência para estabelecimento situado em outro Estado, pertencente ao mesmo titular, é o valor correspondente à entrada mais recente da mercadoria. Para sua determinação, deverão ser expurgados o ICMS incidente, tal como demonstrado pelos autuantes.

Não procede a alegação do autuado de que não foi considerada a carga tributária efetivamente praticada, pois teriam ocorrido operações tributadas com alíquota de 12% e 18%. Todas as notas fiscais relacionadas no demonstrativo de débito referem-se a operações interestaduais, cuja alíquota sempre será de 12%.

Ademais, o autuado trouxe alegações desacompanhadas de provas, inclusive em relação a uma apuração por ele feita em razão da suposta não observação das alíquotas incidentes que reduziria a exigência fiscal em R\$152.246,79. Por este mesmo motivo, indefiro o pedido de diligência formulado pelo autuado, pois não foram indicados os documentos fiscais nem apresentada a memória de cálculo que revelaria a procedência das argumentações.

A existência de saldo credor na escrituração fiscal do autuado não seria motivo para não lavratura do presente Auto de Infração. A verificação de erro na determinação da base de cálculo em operações realizadas por contribuintes deve ser objeto de reclamação de ofício. O princípio da não-cumulatividade não estará ferido, pois, permanecendo a existência de crédito acumulado, poderá o autuado requerer a sua utilização na quitação do Auto de Infração, nos termos do art. 317 do RICMS/12.

Assim, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **269197.0012/17-1**, lavrado contra **NESTLÉ BRASIL LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.639.599,02**, acrescido de multa de 60%, prevista na alínea “a” do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais previstos na Lei nº 3.956/81.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de abril de 2018.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS- PRESIDENTE

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ – RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO– JULGADOR