

A. I. N° - 206891.0039/17-8  
AUTUADO - BRF S/A.  
AUTUANTE - EUZIANE GOUVEIA DA SILVA, MARCOS ANTÔNIO DA SILVA CARNEIRO e PAULO CESAR DA SILVA BRITO  
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO  
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 27/12/2018

**1<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACORDÃO JJF N° 0222-01/18**

**EMENTA:** ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. TRANSFERÊNCIAS INTERESTADUAIS ENTRE ESTABELECIMENTOS DE MESMA TITULARIDADE, COM BASES DE CÁLCULO SUPERIORES À LEGALMENTE PREVISTA. Para utilização de créditos nas transferências interestaduais entre estabelecimentos de mesma titularidade, nas hipóteses em que os remetentes são fabricantes, deverá ser adotado como valor de base de cálculo o custo de produção, conforme definido na legislação do imposto: custo da matéria prima, material secundário, mão de obra e acondicionamento. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração foi lavrado no dia 09/10/2017, para exigir ICMS no valor histórico de R\$ 7.532.131,36, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a” da Lei nº 7.014/1996, sob a acusação de utilização indevida de créditos nas transferências interestaduais entre estabelecimentos de mesma titularidade, com bases de cálculo fixadas nos Estados de origem, em desacordo com o art. 13, § 4º, II da Lei Complementar (LC) nº 87/1996 (materiais produzidos pelos remetentes; janeiro a dezembro de 2013).

O contribuinte impugna o lançamento às fls. 48 a 62.

Inicia suscitando preliminar de nulidade, sob o argumento de que o art. 13, § 4º, II da Lei Complementar (LC) nº 87/1996 aplica-se exclusivamente quando os remetentes são industriais. Diversas remessas efetuadas para a filial autuada foram realizadas por atacadistas, e não industriais, conforme relação de fl. 51.

Neste caso, a seu ver, deve ser observado o inciso I do § 4º referido artigo legal.

No mérito, alega ter sido correta a inclusão do custo com energia elétrica na base de cálculo, visto que participa e é integralmente consumida no processo produtivo.

Ressalta que tem como objeto social as atividades de industrialização e exploração de alimentos em geral, principalmente derivados de proteína animal, pelo que conclui que a energia elétrica é essencial, indispensável e aplicada em todas as etapas da produção, a começar pela criação e abate, passando pela efetiva industrialização.

Laudos técnicos e periciais juntados nos docs. 02/03 da peça defensiva.

Com fundamento em doutrina e jurisprudência, discorre sobre o princípio da não cumulatividade para sustentar que a legislação é clara ao estabelecer que todas as despesas que não sejam alheias à atividade do estabelecimento, ainda que não se integrem ao produto final, devem gerar o direito de crédito, tais como outros custos indiretos, depreciação, manutenção e energia elétrica.

A multa, na sua concepção, tem natureza de confisco, motivo pelo qual deve ser afastada.

Conclui requerendo o acolhimento das razões apresentadas.

Na informação fiscal, de fls. 193 a 218 (frente e verso), os auditores asseveram que o texto normativo inserto na Lei Complementar não admite qualquer tipo de intelecção ampliativa. A base de cálculo deve corresponder ao custo da mercadoria produzida, assim entendida a soma dos valores atinentes à matéria prima, material secundário, mão de obra e material de acondicionamento.

No que concerne ao argumento de que há operações com origens em remetentes atacadistas, indicam jurisprudência e Parecer da PGE/PROFIS, de fls. 219 a 223, segundo o qual, em situações semelhantes a esta, a base de cálculo deve ser aquela prevista no art. 13, § 4º, II da Lei Complementar (LC) nº 87/1996.

O STJ, no RESP nº 1.109.298-RS, filiou-se à tese de que o fato de a mercadoria não sair diretamente da indústria, passando antes pelo centro de distribuição (CD) que lhe pertence, não tem o condão de alterar o mencionado critério legal.

No mérito, aduzem que o impugnante formou a base de cálculo para as operações de transferências de produtos industrializados com a inclusão de todos os elementos do custo de produção.

Gastos com manutenção, depreciação, energia elétrica, amortização etc. devem ser expurgados para efeito de determinação da base de cálculo legal, implicando no subsequente estorno do respectivo crédito fiscal.

Passam a conceituar as rubricas que compuseram os créditos glosados, tendo como:

*“(...) evidente que esse procedimento adotado pelas empresas não tem amparo legal e, da mesma forma, não é o mais adequado tecnicamente, pois, pela Ciência Contábil, a parcela desse frete não é elemento de custo de produção. Assim sendo, pelo simples fato de não ser parte integrante do custo de produção, não poderia compor a base de cálculo nas operações de transferência interestadual prevista no art. 13, § 4º, II da LC 87/96”.*

Entendem que um exame pontual do que dispõe o art. 13, §4º, II da LC nº 87/1996 conduz à conclusão de que um ente político não pode utilizar o seu poder de império para alterar a base de cálculo do ICMS, sob pena de grave ofensa ao pacto federativo.

Encerram requerendo a procedência da autuação.

À fl. 231, o impugnante informa o novo endereço do seu patrono e pede que todas as correspondências sejam direcionadas ao mesmo.

## VOTO

Relativamente ao pedido de invalidação do lançamento de ofício, sob o argumento de que diversas remessas efetuadas para a filial autuada foram realizadas por atacadistas, alinho-me com o posicionamento da PGE/PROFIS, externado no Parecer de fls. 219 a 223, segundo o qual, em situações semelhantes a esta, a base de cálculo deve ser aquela prevista no art. 13, § 4º, II da Lei Complementar (LC) nº 87/1996.

O STJ, no RESP nº 1.109.298-RS, filiou-se à tese de que o fato de a mercadoria não sair diretamente da indústria, passando antes pelo centro de distribuição (CD) que lhe pertence, não tem o condão de alterar o mencionado critério legal:

*Noutras palavras, conforme a orientação emanada do STJ, para se saber qual inciso aplicar dentre aqueles do dispositivo supracitado, a atividade a ser considerada é aquela que caracteriza o titular dos estabelecimentos, assim entendido como a unidade produtiva que agrupa todas as filiais. Tratando-se o titular, pois, de um estabelecimento de feição e objetivo industrial – ainda que as suas atividades incluam, evidentemente, como corolário natural, a consecutária distribuição e comercialização dos produtos fabricados -, a base de cálculo será aquela prescrita pelo inciso II do referido artigo, qual seja o custo de produção.*

Rejeitada a preliminar de nulidade.

Nada impede que as correspondências processuais sejam encaminhadas ao patrono do impugnante. Entretanto, em se tratando de Processo Administrativo Fiscal no Estado da Bahia, nenhuma irregularidade ocorrerá, desde que observados os artigos 108 a 110 do RPAF-BA/1999.

No mérito, trata-se de Auto de Infração elaborado em virtude da utilização indevida do crédito decorrente de transferências interestaduais entre estabelecimentos de mesma titularidade, em valores maiores do que o correspondente ao somatório dos custos de matéria prima, material de acondicionamento, material secundário e mão de obra, conforme estabelecido no art. 13, § 4º, II da Lei Complementar nº 87/1996.

Para utilização de créditos em tais operações, nas hipóteses em que os remetentes são fabricantes, deverá ser adotado como valor da base de cálculo o custo de produção, conforme definido na legislação do imposto (art. 13, § 4º, II da LC nº 87/1996): custo da matéria prima, material secundário, mão de obra e material de acondicionamento.

No que se refere à energia elétrica, ainda que necessária ao funcionamento das unidades de criação, conservação, abate etc., não se inclui no conceito de matéria prima, material secundário, mão de obra ou material de 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, II da Lei Complementar nº 87/1996, é específico e não admite interpretação extensiva ou distinta daquela utilizada pelos auditores.

Os gastos não definidos no referido dispositivo, devem ser expurgados para fins de determinação da base de cálculo legal, implicando no subsequente estorno do crédito, conforme procedeu a Fiscalização.

Quanto ao teor supostamente confiscatório da multa, este órgão não tem competência para exercer controle de constitucionalidade, para negar eficácia a norma emanada de autoridade superior, tampouco para cancelar ou reduzir penalidade por descumprimento de obrigação principal, conforme o art. 167, I e III do RPAF-BA/1999.

Em face do exposto, 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 206891.0039/17-8, lavrado contra **BRF S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$7.532.131,36**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a” da Lei nº 7.014/1996, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de dezembro de 2018.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

PAULO DANILLO REIS LOPES – RELATOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ - JULGADOR