

**PROCESSO** - A. I. Nº 269197.0012/17-1  
**RECORRENTE** - NESTLÉ BRASIL LTDA.  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 1ª JJF nº 0047-01/18  
**ORIGEM** - IFEP – DAT/SUL  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET: 05/10/2018

**2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO CJP Nº 0251-12/18**

**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. Mantida a decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão que julgou pela Procedência do Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 25/05/2017, para exigir crédito tributário em função do cometimento da seguinte irregularidade:

*Infração 01 - 03.02.05 - Recolheu a menor ICMS em razão de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de janeiro a dezembro de 2014, janeiro a agosto e outubro a dezembro de 2015 e janeiro a dezembro de 2016, sendo exigido ICMS no valor de R\$1.639.599,02, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96.*

Consta que o Autuado realizou saídas em transferência interestadual em valor abaixo ao da entrada, conforme Art. 13, §4º, I, da Lei Complementar nº 87/96 e Art. 17, §4º, I, da Lei nº 7.014/96, e que emitiu inúmeras notas fiscais complementares em 05/12/2016 com o ajuste da correção das bases de cálculo das saídas com destaque do ICMS, as quais foram associadas às notas fiscais originais e excluídas do levantamento.

No campo “Descrição dos Fatos” foi informado que, para a comparação, foi efetuado o expurgo do valor do ICMS devido nas operações de entrada e saída, uma vez que este não integra o custo da mercadoria, conforme regulado no Art. 183 da Lei Federal nº 6.404/76.

A 1ª JJF decidiu pela procedência do Auto de Infração, por unanimidade, mediante o Acórdão nº 0047-01/18 (fls. 189 a 192), com base no voto do Relator de primeiro grau, a seguir transcrito:

*“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.”*

O Autuado apresentou Recurso Voluntário (fls. 202 a 210), nos termos do Art. 169, I, “b”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/2011, no qual suscitou a nulidade da autuação por cerceamento do seu direito de defesa, em função da decisão recorrida ter indeferido o seu pedido de perícia que formulou com o intuito de provar que não foi considerada a carga tributária efetiva da operação, já que não foram indicados os documentos fiscais nem apresentada a memória de cálculo que revelaria a procedência das argumentações.

Destacou a inconsistência dos cálculos efetuados, por terem partido do pressuposto que a carga tributária em todas as operações era 12%, inclusive para aquelas cujo destaque efetivo foi 18%, ensejando uma exigência de imposto acima do devido, que seria reduzido em R\$152.246,79.

Solicitou que fosse observada a existência de saldo credor de ICMS à época dos fatos, suficiente para quitar por completo o crédito exigido, e a ausência de prejuízo ao erário, invocando o princípio da não-cumulatividade previsto no Art. 155, II, e §2º, I, da Constituição Federal, o que demonstra que não havia interesse em deixar de recolher o ICMS.

Alegou o caráter confiscatório da penalidade que lhe foi imposta, ferindo os princípios constitucionais da razoabilidade, proporcionalidade e não confisco, colacionando trechos de votos e ementas de julgados de ministros do STF.

Requeru a nulidade ou a improcedência da autuação, ou ainda, subsidiariamente, a redução do valor principal da exigência em R\$152.246,79, bem como o afastamento da multa aplicada ou a sua redução para patamares razoáveis de 20%.

Protestou pela sustentação oral e pediu que todos os avisos e intimações sejam realizados em nome do seu patrono no endereço que indicou.

## VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão que julgou pela procedência do

presente Auto de Infração, lavrado em decorrência de erro na determinação da base de cálculo nas transferências interestaduais, para outros estabelecimentos da mesma empresa, de mercadorias recebidas de terceiros.

Consta no Auto de Infração que o valor do ICMS foi expurgado para obter o custo da mercadoria para comparação dos valores das entradas e das saídas, bem como as unidades de medida foram convertidas para evidenciar a diferença, com exemplos de cálculos e notas fiscais anexadas.

No demonstrativo da infração (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 e da diferença apurada, considerando o valor da base de cálculo que deveria ter sido adotado nas transferências.

O Autuado suscitou a nulidade da autuação por cerceamento do seu direito de defesa, em função da decisão recorrida ter indeferido o pedido de perícia que formulou com o intuito de provar que não foi considerada a carga tributária efetiva da operação.

A 1ª JF indeferiu o referido pleito por não terem sido indicados os documentos fiscais nem ter sido apresentada a memória de cálculo que revelaria a procedência das argumentações. Verifico que o demonstrativo da infração está bem detalhado e todas as operações foram realizadas com o CFOP 6.152, relativo a operações de transferências interestaduais. Além disso, foram anexadas as Notas Fiscais nºs 42.352, 49.117 e 55.454 (fls. 103 a 117), pelos Autuantes, todas com aplicação da alíquota de 12%, corroborando as informações constantes do demonstrativo.

Já o Autuado não apresentou nenhuma prova, ou pelo menos algum indício, da necessidade da realização da perícia pleiteada, tendo sido a mesma corretamente indeferida com base no Art. 147, II, “a” e “b” do RPAF/99. Logo, afasto a nulidade arguida.

No mérito, o Autuado alegou 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 são referentes a transferência interestaduais, cuja alíquota sempre será de 12%.

Ressalto que o Autuado não apresentou nenhuma prova, ainda que por amostragem, para embasar suas alegações, inclusive em relação à apuração, que afirmou ter efetuado, com a utilização das efetivas alíquotas aplicadas, reduzindo a exigência fiscal em R\$152.246,79.

A base de cálculo do ICMS na saída de mercadoria recebida de terceiros em transferência para estabelecimento situado em outro Estado, pertencente ao mesmo titular, é o valor correspondente à entrada mais recente da mercadoria, conforme estabelecido no Art. 17, §8º, I, da Lei nº 7.014/96, dispositivo decorrente do Art. 13, §4º, I, da Lei Complementar nº 87/96. Para sua determinação, deverá ser expurgado o ICMS incidente nas entradas e saídas, tal como demonstrado no Auto de Infração.

Já a alegada existência de saldo credor na escrituração fiscal do Autuado não é motivo para impedir a lavratura de Auto de Infração, tendo em vista que a verificação de erro na determinação da base de cálculo em operações realizadas por contribuintes deve ser objeto de reclamação de ofício. Saliento que não há ofensa ao princípio da não-cumulatividade, 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, I, “b”, do RICMS/12. Ademais, constato que o Autuado tem saldo devedor em alguns períodos da autuação, a exemplo de outubro e novembro de 2014, efetuando recolhimentos relativos ao regime normal de apuração do imposto.

Em relação às alegações de inconstitucionalidade da Legislação Tributária Estadual, é importante lembrar que este órgão não tem competência para afastar a aplicabilidade da referida legislação, assim como não lhe cabe competência para decretar a inconstitucionalidade de seus dispositivos, em conformidade com o Art. 167, I, do RPAF/99, já que a multa aplicada está prevista no Art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96.

Ressalto que não existe qualquer óbice 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 e seguintes do RPAF/99.

Diante do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, mantendo a decisão recorrida.

#### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **269197.0012/17-1**, lavrado contra **NESTLÉ BRASIL LTDA**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.639.599,02**, acrescido de multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 08 de agosto de 2018.

MAURICIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

MARCELO MATTEDI E SILVA – RELATOR

LEÔNICIO OGANDO DACAL – REPR. DA PGE/PROFIS