

PROCESSO - A. I. Nº 206891.0007/09-8
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - PARMALAT BRASIL S/A - INDÚSTRIA DE ALIMENTOS
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 3ª JJF nº 0290-03/09
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 03/12/2009

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0347-12/09

EMENTA: ICMS. NULIDADE. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. É nulo o lançamento de ofício que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração, o infrator, o valor exigido, datas de ocorrência e de vencimento do tributo e com preterição do direito de defesa. Mantida a Decisão de Primeira Instância. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício apresentado pela 3.ª Junta de Julgamento Fiscal contra a referida Decisão pela mesma proferida, através do Acórdão JJF nº 0290-03.09, que decidiu pela nulidade do presente lançamento de ofício, nos termos do art.169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/2000, com efeitos a partir de 10/10/2000.

O Auto de Infração exige ICMS, acrescido da multa de 60%, pela utilização indevida de crédito fiscal de ICMS nas operações interestaduais com base de cálculo fixada pela unidade federada de origem, superior à estabelecida em lei complementar, convênios e protocolo. Base de cálculo do ICMS nas operações de transferência de produtos industrializados para filiais localizadas neste Estado, maior que a prevista na LC 87/96 (art. 13, § 4º, II), nos meses de janeiro a dezembro de 2005.

Em sua peça impugnatória, além dos argumentos de mérito, não enfrentados pelo *a quo*, o autuado alegou que, com base nos documentos disponibilizados ao defendente não é possível apurar o imposto exigido. Citou o art. 142 do Código Tributário Nacional – CTN, e disse que o lançamento deve ser constituído com base nos requisitos que devem pautar os atos das autoridades fiscais, salientando que o art. 2º do RPAF/BA determina, de forma clara, que as autoridades fiscais devem, quando da instauração, preparo, instrução tramitação e Decisão dos procedimentos administrativos, atentar-se para os princípios da oficialidade, legalidade objetiva, verdade material, informalismo e ampla defesa, sem prejuízo dos demais princípios. Em seguida, o defendente transcreveu o art. 18 do RPAF e alegou que o presente Auto de Infração foi lavrado sem a devida observância do mencionado dispositivo regulamentar, na medida em que o lançamento carecia de liquidez, considerando que, com base nos documentos disponibilizados ao impugnante, não é possível apurar o cometimento da infração imputada e o montante exigido pela fiscalização. Disse que o CONSEF vem afastando lançamentos como o do presente, em razão de nulidade patente, conforme acórdãos que o defendente citou, transcrevendo as respectivas ementas. Pediu a nulidade do presente Auto de Infração, em razão da não verificação pela fiscalização da natureza dos custos correspondentes aos créditos glosados.

Na hipótese de permanecer a cobrança do imposto apurado por meio do presente Auto de Infração, o defendente argumentou que existe um vício insanável, uma vez que a fiscalização deixou de computar, para fins de apuração do custo de produção, importante matéria-prima (energia elétrica), bem como indicou alíquota errada no demonstrativo de débito (17%), que é

aplicável apenas para as operações internas. O defendente disse que tem plena certeza de que, se a fiscalização tivesse analisado e compreendido a base de cálculo utilizada pelos estabelecimentos localizados noutra unidade da Federação, em decorrência de operações de transferência entre estabelecimentos do mesmo titular, jamais teria lavrado o Auto de Infração. Assegurou que a energia elétrica é uma matéria-prima essencial no seu processo produtivo, uma vez que, sem a mesma, não é possível, por exemplo, a pasteurização do leite, bem como a fermentação dos sucos, principais produtos comercializados pelo autuado. Disse que restou evidenciado que a fiscalização excluiu de forma equivocada a energia elétrica, e para que não restem dúvidas quanto ao equívoco dos autuantes, citou ensinamento do Professor Hélio de Paula acerca do conceito de matéria-prima. O defendente alegou, também, que a fiscalização utilizou, de forma equivocada, a alíquota de 17%, aplicável apenas às operações internas, e os créditos registrados pelo defendente foram calculados com base nas alíquotas interestaduais de 7% e 12%. Salientou ainda, que a base de cálculo indicada no demonstrativo de débito do Auto de Infração não corresponde à base de cálculo indicada no demonstrativo intitulado “*Estorno de Crédito – Custo de Transferência*”, acarretando infringência ao art. 142 do CTN. Entendeu que os equívocos citados são suficientes para tornar imperativo o cancelamento do presente Auto de Infração, o que requereu em sede preliminar.

Em sede de informação fiscal, os autuantes disseram que reconheciam que foram cometidos erros de registro de datas quando do lançamento no sistema da SEFAZ/BA, e que tal irregularidade poderia ser sanada com a subsequente correção dos dados no sistema de emissão de Auto de Infração. Entretanto, por questões meramente operacionais, não foi possível fazer as retificações. Assim, foi lavrado outro Auto de Infração, de número 206891.0016/09-4, com a mesma irregularidade apurada e idênticos valores de glosa do crédito fiscal. Pediram expressamente a nulidade do presente lançamento.

Na sustentação oral apresentada pelo advogado do autuado, foi apresentado o entendimento de que, embora exista motivo para se decretar nulidade da autuação, deve-se decidir pela improcedência do Auto de Infração porque não ficou caracterizada a irregularidade apontada em relação ao exercício de 2005.

Através do Acórdão JJF nº 0290-03.09, decidiu a 3ª Junta de Julgamento Fiscal pela Nulidade do Auto de Infração, sob o entendimento de que:

“(…)

Conforme comunicação ao Sr. Inspetor Fazendário encaminhada pelos autuantes (fl. 204 do PAF), houve equívoco na elaboração do demonstrativo de débito, em relação às datas de ocorrência e de vencimento dos valores exigidos, o que só foi constatado posteriormente ao registro do Auto de Infração no SEAI e da ciência ao contribuinte. Devido à impossibilidade de alteração das mencionadas datas no sistema da SEFAZ, os autuantes pedem a nulidade do presente lançamento e informam que já providenciaram a lavratura de outro Auto de Infração, com a mesma irregularidade apurada e idênticos valores de glosa do crédito fiscal.

Considerando que o equívoco constatado na lavratura do Auto de Infração importa na insegurança do débito exigido e cerceamento do direito de defesa, concordo com a conclusão dos autuantes de que deve ser decretada a nulidade do presente lançamento.

Saliento que é dever do Fisco determinar, com segurança o valor do imposto devido, as datas de ocorrência e de vencimento do tributo exigido, devendo ser comprovada a exatidão dos cálculos efetuados, o valor exigido, respectivas datas de ocorrência e de vencimento. É nulo o lançamento de ofício que seja efetuado com preterição do direito de defesa, conforme art. 18, II, do RPAF/BA.

(…)”.

VOTO

Reparo algum merece a Decisão recorrida.

Restou demonstrado, de forma cabal, o equívoco na elaboração do demonstrativo de débito, em relação às datas de ocorrência e de vencimento dos valores exigidos, constatado apenas posteriormente ao registro do Auto de Infração no SEAI e da ciência ao contribuinte.

Dáí porque, em face da impossibilidade de alteração das mencionadas datas no sistema da SEFAZ, os próprios autuantes pediram a nulidade do presente lançamento e informaram que já providenciaram a lavratura de outro Auto de Infração, com a mesma irregularidade apurada e idênticos valores de glosa do crédito fiscal.

Evidente, *in casu*, a insegurança do débito exigido e o cerceamento do direito de defesa do autuado, razão pela qual, com espeque no quanto disposto no art. 18, II, do RPAF/BA, comungo com o entendimento exarado pela 3ª Junta de Julgamento quanto à nulidade do presente lançamento.

Assim, NEGOU PROVIMENTO ao Recurso de Ofício apresentado para manter inalterada a Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **NULO** o Auto de Infração nº 206891.0007/09-8, lavrado contra **PARMALAT BRASIL S/A. - INDÚSTRIA DE ALIMENTOS**.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de novembro de 2009.

CARLOS FABIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

NELSON ANTONIO DAIHA FILHO – RELATOR

ÂNGELI MARIA GUIMARÃES FEITOSA – REPR. DA PGE/PROFIS