

A. I. Nº - 207351.0033/06-3
AUTUADO - NESTLÉ BRASIL LTDA.
AUTUANTE - JUAREZ ALVES DE NOVAES
ORIGEM - IFEP SUL
INTERNET - 26. 08. 2009

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0278-01/09

EMENTA: ICMS. NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. Acatada a preliminar de nulidade. A descrição do fato e sua capitulação legal não são condizentes com o fato real nem com o direito aplicável. A imputação diz respeito à utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo, enquanto a matéria fática é se há ou não erro na determinação da base de cálculo nas transferências interestaduais. A autuação foi feita de modo equivocado. Por implicar mudança do fulcro da imputação, é impossível dar prosseguimento à lide, em atendimento aos princípios constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 06/12/2006, imputa ao autuado o cometimento de infração à legislação do ICMS, decorrente de falta de recolhimento do imposto referente à saída de produtos com utilização indevida do benefício da redução de base de cálculo, nos meses de janeiro a dezembro de 2004, janeiro, fevereiro, abril a junho, agosto a dezembro de 2005, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 959.647,02, acrescido da multa de 60%. Consta que o contribuinte reduziu a base de cálculo em operações de saídas de mercadorias para as quais não há previsão legal de redução.

O autuado apresentou defesa (fls. 27 a 29), dizendo que a autuação se refere a transferências interestaduais que efetuou sob o código CFOP 6.151, o qual retrata operações interestaduais de transferência de produção do estabelecimento para outro estabelecimento da mesma empresa, sendo utilizada como base de cálculo do ICMS o valor do custo das mercadorias, em conformidade com o artigo 56, V, “b”, do RICMS/BA. Ressalta que tal dispositivo regulamentar reflete disposição da Lei Complementar n. 87/96, cujo teor reproduz.

Sustenta que não cometeu a infração, pois nada mais fez do que cumprir a legislação, sendo evidente o equívoco cometido na autuação, haja vista que não se trata de redução de base de cálculo, mas a utilização como base de cálculo do valor do custo de suas mercadorias, por se tratar de transferência interestadual.

Conclui requerendo o cancelamento do Auto de Infração.

O autuante prestou informação fiscal (fls. 53/54), na qual contesta o argumento defensivo, afirmando que o objeto da autuação não foi transferência de produto abaixo do custo de produção, mas a saída de produtos com redução indevida de base de cálculo.

Acrescenta que a irregularidade está cristalizada nas notas fiscais de saídas, nos campos “Valor do Produto” e “Base de Cálculo do ICMS”, onde pode ser observado que o campo base de cálculo é inferior ao campo valor do produto, conforme demonstrado no Anexo 01.

Registra que intimou o autuado a apresentar planilhas de produção com informações sobre custos dos produtos objeto de operações de transferências para filiais, conforme intimação à fl. 55, não tendo este apresentado as referidas planilhas.

A 1^a Junta de Julgamento Fiscal, após análise em pauta suplementar, converteu o processo em diligência à ASTEC/CONSEF, a fim de que fosse revisado o lançamento com a verificação junto ao autuado se os valores indicados nas notas fiscais arroladas na autuação e utilizados como base de cálculo do imposto representam o custo da mercadoria produzida, conforme alegado na peça defensiva.

O diligente da ASTEC/CONSEF esclareceu através do Parecer ASTEC N. 024/2008(fls. 73 a 75), que intimou o autuado e que em face da ausência das informações solicitadas na intimação ficou impossibilitado de cumprir a diligência.

Intimado o contribuinte (fls. 83/84), para conhecimento sobre o Parecer ASTEC N.024/2008, este não se manifesta.

O autuante se pronunciou às fls. 85 a 92, dizendo que a informação fiscal relativa ao Auto de Infração em lide demandou uma nova abordagem em relação ao objeto da autuação, no caso, redução indevida da base de cálculo, face aos argumentos apresentados pelo autuado de que a base de cálculo embora menor que o valor do produto, representa o custo da produção para transferência na forma do artigo 56 do RICMS/BA artigo 13,§4º da Lei Complementar n.87/96.

Diz que mesmo admitindo-se como correta a assertiva do contribuinte, permanece a necessidade de explicação quanto ao motivo pelo qual houve o lançamento a maior do valor do produto, questionamento este que foi levado ao conhecimento do autuado antes da autuação. Acrescenta que, apesar de intimado o contribuinte não apresentou a formação de seu custo de produção para sustentar a sua argumentação.

Prosseguindo, consigna que a partir do exercício de 2006 o autuado passou a emitir as suas notas fiscais de forma convencional. Ou seja, o valor do produto e o valor da base de cálculo são iguais e em magnitude superiores às bases de cálculo utilizadas nos exercícios de 2004 e 2005.

Afirma ter elementos de fatos e documentos que merecem esclarecimentos e que na ausência de tais esclarecimentos foi tipificada redução indevida da base de cálculo e realizada a autuação.

Aduz que em face do argumento defensivo levantou informações sobre a formação do custo de produção para as operações de transferências, tendo para tanto efetuados novos levantamentos, conforme passa a apresentar.

Esclarece que antes de adentrar no aspecto fiscal, é essencial que se tenha uma idéia do processamento do cacau desde a amêndoas até a fabricação do chocolate em pó, apresentando para tanto um fluxograma das etapas do processamento.

Salienta que todas as etapas estão descritas no “Dossiê Sistema Brasileiro de Repostas Técnicas”, através de rede de instituições articuladas pelo Ministério da Ciência e Tecnologia. “<http://www.respostatecnica.org.br/>” Registra que o Dossiê encontra-se anexado ao trabalho.

Continuando, assinala os pontos 1, 2 e 3, afirmando que estes são essenciais ao seu trabalho. Identifica cada ponto, esclarecendo cada etapa do processo, no caso, a Etapa 01, Etapa 02, Etapa 03 e Etapa 04.

Sustenta que a etapa que interessa no trabalho que apresenta é a Etapa 04, por estar concentrado todo o escopo do Auto de Infração.

Esclarece que essa é a etapa de fabricação do chocolate em pó, interessando nesta etapa o consumo de Matéria-prima(MP), de Materiais Secundários(MS), de Mão-de-Obra(MO) e de Embalagem(Emb), fechado o quarteto que compõe o custo de industrialização nas transferências de produtos acabados.

Apresenta a forma de apropriação da matéria-prima e dos materiais secundários, explicando detalhadamente todo o processo. Também esclarece a forma de apropriação da embalagem, inclusive, reproduzindo tabela fornecida pela prestadora de serviço de industrialização.

Quanto à apropriação da mão-de-obra, salienta que esta guarda uma peculiaridade, tendo em vista que a industrialização dos produtos objeto da autuação é resultante de processo de industrialização à ordem da tomadora, sendo esta a fiscalizada, descabendo, portanto, se falar em “mão-de-obra”. Esclarece que a tomadora do serviço, no caso, a Nestlé Brasil Ltda., toma serviços da prestadora Delfi Cacau Brasil Ltda., pagando por este serviço. Assim, o custo da industrialização está expresso nas notas fiscais de retorno do produto acabado da Delfi para a Nestlé, sendo denominado este custo de “custos de serviços, que aparece na planilha principal sob a rubrica “CS”. Registra que no custo de serviços não estão agregados matéria-prima, embalagem e materiais secundários, pois são fornecidos pela tomadora.

Diz que a planilha que elabora apresenta a apuração dos custos de cada produto ao longo do ano de 2004 e 2005 e que planilhas com informações complementares estão encandeadas com a planilha principal. Salienta que o autuado no exercício de 2006 e seguintes passou a emitir notas fiscais com valor de produto e base de cálculo iguais e mais importante os valores estão compatíveis com os custos apurados pela Fiscalização. Apresenta exemplo com o produto “530-Choco ó 25 kg.”

Apresenta planilha comparativa entre os custos apurados e os valores oferecidos à tributação nas transferências realizadas, apontando as diferenças.

Conclui que apenas a base de cálculo oferecida à tributação é inferior ao custo de industrialização. Registra que algumas notas fiscais apresentam valor inferior ao custo de industrialização, existindo um valor residual a ser cobrado, conforme demonstrativo que apresenta.

Intimado o autuado para ciência da informação fiscal, este se manifesta (fls. 205 a 210), através de advogados legalmente constituídos, os quais indicam o endereço do escritório na Capital do Estado de São Paulo, na Rua Líbero Badaró, 425, 11º andar, Anhangabaú, CEP 01009-000, onde deverão receber todas as notificações e intimações referentes ao processo em lide.

Diz que diante da autuação equivocada, obteve êxito em demonstrar não ter havido utilização indevida de redução de base de cálculo, haja vista que se tratava de operações interestaduais de transferência de mercadorias entre estabelecimentos da empresa, cujo preço de transferência equivalia ao custo de produção, conforme a Lei Complementar n. 87, de 1996, artigo 13, § 4º, inciso II, e Regulamento do ICMS da Bahia, artigo 56, inciso V, alínea “b”.

Afirma que o autuante constatou os equívocos incontornáveis que cometeu, incorrendo na tentativa frustrada de rever de ofício o lançamento atingido por vício insanável de nulidade, após quase 30 meses da autuação, ao buscar, infundadamente, refazê-la *in totum*, querendo anular todo o trabalho por ele realizado em dezembro de 2006 e iniciar nova discussão agora, criando novas descrições e fundamentos para novas infrações.

Assevera que não pode se conformar com o expediente adotado pelo autuante, que busca socorro no parágrafo primeiro do artigo 18 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, para conferir legalidade a ato administrativo que, em verdade, é nulo de pleno direito. Reproduz o referido dispositivo regulamentar processual.

Reitera que resta claro o erro cometido pelo autuante na determinação da infração, o que diz não não pode ser relevado pelos Julgadores, tendo em vista que a descrição e fundamento legal contidos no Auto de Infração não são suficientes para que seja determinada a natureza da infração supostamente cometida.

Salienta que interpretar de forma diversa é referendar a lavratura de Auto de Infração inovador, o qual conteria descrição e fundamentos completamente distintos do anterior, cerceando amplamente o seu direito de defesa, haja vista que teria apenas o prazo de 10 (dez) dias para elaborar sua defesa, conforme o artigo 18, § 1º do RPAF, além do fato de não poder mais contar com os benefícios de redução de multa contidos na Lei do Estado da Bahia n. 7.014, de 1996, artigo 45 e, sobretudo, o artigo 45-A, que reduz em 100% (cem por cento) o valor da multa.

Requer a nulidade do Auto de Infração, bem como, caso ultrapassada a nulidade que seja reaberto o prazo de 30 (trinta) dias para apresentar nova impugnação, sob pena de ofensa aos princípios contidos no artigo 2º do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia, sobretudo os da legalidade objetiva e da ampla defesa.

Prosseguindo, diz que discorda das informações prestadas pelo autuante, considerando que este adota método de cálculo do custo de produção utilizando valores e critérios distintos dos contidos em sua contabilidade, razão pela qual requer autorização para a juntada posterior de documentos que, segundo diz, comprovarão a adequação do custo de produção utilizado como base de cálculo do ICMS nas operações interestaduais de transferência de estoque.

Identifica como imprecisões, contidas nas informações prestadas pelo autuante as seguintes:

- segregação das notas fiscais entre os produtos fabricados pela Impugnante foi realizada de modo equivocado, ignorando-se outros códigos de produtos;
- participação da vanilina, baunilha, carbonato de potássio e açúcar cristal na produção estimada de forma equivocada pelo autuante;
- custo do material de embalagem super-estimado;
- ignorância da produção de chocolates por outros industrializadores;
- utilização de notas fiscais emitidas em outro período fiscal para determinar custo do serviço de industrialização por terceiros e da matéria-prima utilizada na produção; entre outras.

Alega que não pôde expor de forma mais analítica e didática as imprecisões acima apontadas por falta de tempo hábil para preparação da manifestação, de modo que requer, desde já, prazo suplementar para apresentar defesa digna e apropriada, o que lhe foi ceifado pela autuante que prestou informações completamente inovadoras em relação à autuação originariamente lavrada.

Requer a nulidade do Auto de Infração, bem como, caso ultrapassada a nulidade que seja reaberto o prazo de 30 (trinta) dias para apresentar nova impugnação ou para pagamento da dívida com os benefícios da redução de multa prescritos no artigo 45 e 45-A da Lei n. 7.014/96, em obediência aos princípios da legalidade objetiva e da ampla defesa. Requer, ainda, a oportunidade de apresentar futuramente documentos e demonstrações dos equívocos contidos nas informações.

O autuante se pronunciou (fl. 230) sobre a manifestação do impugnante, afirmando que este tenta confundir a autuação, ao afirmar que foram criadas “novas descrições e fundamentos para novas infrações”. Contesta a alegação defensiva dizendo que o Auto de Infração tem como objeto a “redução indevida da base de cálculo”, conforme descrito na inicial e fartamente embasado em demonstrativos onde constam todos os elementos que caracterizam uma operação de transferência, como números da notas fiscais, data, CFOPs, valor da nota fiscal, valor da base de cálculo, alíquota, descrição do produto, bem como a diferença entre o valor da nota fiscal e a base de cálculo, sendo esta última inferior ao valor da nota fiscal, para operações cujas mercadorias não gozam do benefício da redução da base de cálculo.

Continuando, diz que o autuado alega que se trata de transferências e que a base de cálculo oferecida representava o custo de produção da mercadoria na forma da Lei Complementar n. 87/96, artigo 13, contudo, silencia em relação a diferença e de forma estranha recusa-se a demonstrar matematicamente a sua alegação.

Salienta que fez levantamento completo dos custos de produção, com base em documentos fiscais do autuado, comprovando de forma técnica, lógica e consistente, o equívoco do autuado, restando claro que o custo de produção é de magnitude similar ao valor da nota fiscal em alguns casos superiores.

Finaliza dizendo que rechaça a tentativa do autuado de confundir a autuação.

VOTO

Verso o Auto de Infração em lide sobre o cometimento de infração à legislação do ICMS imputada ao autuado, decorrente de falta de recolhimento do imposto referente à saída de produtos com utilização indevida do benefício de redução da base de cálculo.

A princípio, no que concerne ao pedido do impugnante para que as notificações e intimações referentes ao processo em lide sejam entregues no endereço do escritório, localizado na Capital do Estado de São Paulo, na Rua Líbero Badaró, 425, 11º andar, Anhangabaú, CEP 01009-000, nada obsta que o órgão competente da Secretaria da Fazenda possa atender ao pleito, no entanto, o não atendimento a essa solicitação não caracteriza nulidade do Auto de Infração, uma vez que as situações previstas para intimação ou ciência da tramitação dos processos ao contribuinte estão disciplinadas no art. 108 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99.

Do exame das peças processuais, verifico que o autuado argüi a nulidade da autuação sob o argumento de que o autuante cometeu erro na determinação da infração, tendo em vista que a descrição e fundamento legal contidos no Auto de Infração não são suficientes para que seja determinada a natureza da infração que supostamente teria cometido.

Alega o impugnante que o autuante “*constatou os equívocos incontornáveis que cometeu, incorrendo na tentativa frustrada de rever de ofício o lançamento atingido por vício insanável de nulidade, ao buscar, infundadamente, refazê-la in totum, querendo anular todo o trabalho por ele realizado em dezembro de 2006 e iniciar nova discussão agora, criando novas descrições e fundamentos para novas infrações.*”

Observo que o levantamento levado a efeito pelo autuante considerou as notas fiscais de saídas emitidas pelo autuado, onde nos campos “Valor do Produto” e “Base de Cálculo do ICMS,” se verifica que o campo base de cálculo é inferior ao campo valor do produto, conforme demonstrado no Anexo 01.

Vejo, contudo, que o autuado alega não ter cometido a infração, sustentando que nada mais fez do que cumprir a legislação, dizendo ser evidente o equívoco cometido na autuação, haja vista que não se trata de redução de base de cálculo, mas utilização como base de cálculo do valor do custo de suas mercadorias, por se tratar de transferência interestadual.

Apesar de o autuante contestar os argumentos defensivos, inclusive, realizando um trabalho de pesquisa sobre o processo de industrialização do cacau, desde a amêndoa até a fabricação do chocolate em pó, inclusive, apresentando um fluxograma das etapas do processamento, não há como acatar o levantamento que realizou, para confirmar o presente Auto de Infração, haja vista que originalmente a autuação aponta a falta de recolhimento do imposto, referente à saída de produtos com utilização indevida do benefício de redução da base de cálculo, inexistindo registro de que seja referente à diferença apurada no custo de produção.

Observo que os próprios artigos consignados no Auto de Infração para enquadramento da irregularidade imputada ao autuado, no caso, artigo 11 c/c os artigos 75 a 87 do RICMS/BA, tratam de benefício de redução da base de cálculo, portanto, em conformidade com a descrição da infração.

Na realidade, restou comprovado que o contribuinte, apesar de intimado para apresentar demonstrativo ou planilhas de produção contendo informações sobre o custo de produção dos produtos objeto de transferências relativas às notas fiscais arroladas na autuação, tanto pelo autuante como pelo diligente da ASTEC/CONSEF, não atendeu as intimações. Contudo, a negativa do contribuinte não pode implicar em mudança do fulcro da autuação, no curso do processo, sob pena de ofensa ao devido processo legal e o direito de ampla defesa do contribuinte.

Certamente, o não atendimento das intimações por parte do autuado, não impossibilita que o Fisco apure o imposto devido, utilizando-se de outros roteiros de fiscalização, a exemplo do arbitramento da base de cálculo, caso os elementos existentes não permitam apurar o imposto por outro critério.

No presente caso, não vejo como prosperar a autuação, haja vista que a descrição do fato e sua capitulação legal não são condizentes com o fato real nem com o direito aplicável. A imputação diz respeito à utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo, sendo indicados como infringidos no Auto de Infração o artigo 11 c/c os artigos 75 a 87 do RICMS/BA, enquanto a matéria fática é se há ou não erro na determinação da base de cálculo nas transferências interestaduais.

Diante do exposto, acato a preliminar de nulidade argüida pelo autuado, para considerar nula a autuação. Recomendo a autoridade competente a renovação dos procedimentos, a salvo de falhas, conforme o artigo 21 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99.

Voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº 207351.0033/06-3, lavrado contra **NESTLÉ BRASIL LTDA**. Recomendado a autoridade competente a renovação dos procedimentos, a salvo de falhas, consoante o artigo 21 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99.

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”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10.10.00.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de agosto de 2009.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA - JULGADOR