

A. I. N° - 206891.0007/09-8
AUTUADO - PARMALAT BRASIL S/A IND. DE ALIMENTOS
AUTUANTE - MARCOS ANTÔNIO S. CARNEIRO, PAULO CESAR S. BRITO, JOAQUIM
MAURICIO M. LANDULFO JORGE e EUZIANE GOUVEIA DA SILVA
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 22/09/2009

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0290-03/09

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. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 03/04/2009, refere-se à exigência de R\$98.995,78 de 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.

O autuado, por meio de advogado com procuração às fls. 155/156, apresentou impugnação (fls. 127 a 153), alegando que, com base nos documentos disponibilizados ao defendente não é possível apurar o imposto exigido. Cita o art. 142 do Código Tributário Nacional – CTN, e diz 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 transcreve o art. 18 do RPAF, e alega que o presente Auto de Infração foi lavrado sem a devida observância do mencionado dispositivo regulamentar, na medida em que o lançamento carece 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. Diz 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. Assim, o defendente pede 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 argumenta 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 diz que tem plena certeza de que, se a fiscalização tivesse analisado e compreendido a base de cálculo utilizada pelos estabelecimentos localizados outra unidade da Federação, em decorrência de operações de transferência entre estabelecimentos do mesmo titular, jamais teria lavrado o Auto de Infração. Assegura 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. Diz que restou evidenciado que a

fiscalização excluiu de forma equivocada a energia elétrica, e para que não restem dúvidas quanto ao equívoco dos autuantes, cita ensinamento do Professor Hélio de Paula acerca do conceito de matéria-prima. O defendente alega, 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%. Salienda 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. Entende que os equívocos citados são suficientes para tornar imperativo o cancelamento do presente Auto de Infração, que requer em sede preliminar.

No mérito, o defendente alega que a exigência fiscal não merece prosperar, seja pela incorreta interpretação do conceito de custo da produção utilizado pela fiscalização, seja pela violação ao princípio da não-cumulatividade a que está vinculado o ICMS. O defendente reafirma que se encontra impossibilitado de se defender em sua plenitude, tendo em vista que, as planilhas fornecidas pela fiscalização não possibilitam apurar o imposto devido. Assevera que a autuação teve como fundamento o art. 56, inciso V, alínea “b” do RICMS/BA, mas não pode o autuado concordar com o procedimento adotado pela fiscalização, haja vista que a base de cálculo do ICMS utilizada nas operações de transferências foi devidamente apurada pela empresa, tendo considerado o custo de produção, nos termos da Lei Complementar nº 87/96. Diz que não pode concordar com a interpretação literal dada ao art. 13, § 4º, inciso II da mencionada Lei, como pretende a fiscalização, uma vez que os elementos identificados no citado dispositivo legal são apenas exemplificativos, sendo inapropriado buscar na literalidade desse dispositivo legal uma definição única. Entende que não há como deixar de lado os verdadeiros custos de produção, a exemplo de energia elétrica, bem como aqueles referentes à depreciação, custo fixo, armazenagem e expedição, devendo ser levado em consideração as peculiaridades de cada processo produtivo. Faz comentários sobre custo do produto, conceito contábil de custo da mercadoria produzida, reproduzindo ensinamentos do Prof. Eliseu Martins e artigos do Regulamento do Imposto de Renda, além de entendimento do Fisco paulista na Decisão Normativa CAT 5/05. Reitera a alegação quanto à impossibilidade de glosa dos créditos pela violação ao princípio da não-cumulatividade, reproduzindo o art. 155, § 2º, I da Constituição Federal e ensinamentos de Pontes de Miranda. Por fim, reafirma o pedido de nulidade da presente autuação fiscal, e se este não for o entendimento deste órgão julgador, no mérito, requer o cancelamento do Auto de Infração “ante sua patente ilegalidade e ilegitimidade”.

Consta à fl. 204, comunicação ao Sr. Inspetor, pelos autuantes, nos seguintes termos: “O Auto de Infração lavrado no dia 03/04/2009, referente ao período de 01/01/2004 a 31/12/2004, de acordo com os relatórios especificados nas folhas de 13 a 26 confirmam ser do ano de 2004, e quando da lavratura do Auto foi efetuado com a data de 01/01/2005 a 31/12/2005. Este erro só foi constatado, posteriormente, ao registro do Auto de Infração no SEAI e da ciência ao contribuinte. No processo físico pode se verificar que todos os lançamentos e demonstrativos se referem ao período de 01/01/2004 a 31/12/2004”. Assim, os autuantes solicitaram alteração das datas de ocorrência do lançamento.

Na informação fiscal prestada às fls. 205/207 dos autos os autuantes dizem que reconhecem 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. Pedem 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.

VOTO

O presente Auto de Infração refere-se à exigência de ICMS, pela utilização indevida de crédito fiscal do imposto nas operações interestaduais de transferência de produtos industrializados para filiais localizadas neste Estado, com base de cálculo maior que a prevista na LC 87/96 (art. 13, § 4º, II), nos meses de janeiro a dezembro de 2005.

O levantamento fiscal foi efetuado conforme planilha de fls. 13 a 23 do PAF, denominada “Estorno de Crédito – Custo Transferência – 2004”, tendo sido elaborado à fl. 25 dos autos, planilha referente ao “Estorno de Crédito – Resumo Mensal – 2004”, correspondente aos valores apurados nos meses de janeiro a dezembro de 2004, e no demonstrativo de débito do Auto de Infração à fl. 06, constam as datas de ocorrência e de vencimento referentes aos meses de janeiro a dezembro de 2005.

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.

Quanto ao pedido apresentado pelo autuado para que seja decidido pela improcedência da autuação, por não ficar comprovada a irregularidade apontada, não o acato haja vista que a autuação se limitou ao exercício de 2004, e não consta nos autos qualquer elemento para se fazer uma avaliação de mérito relativo ao exercício de 2005.

Face ao exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **206891.0007/09-8**, lavrado contra **PARMALAT BRASIL S/A IND. DE ALIMENTOS**.

Esta Junta recorre, de ofício, desta 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, 14 de setembro de 2009

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA - JULGADORA