

**PROCESSO** - A. I. Nº 206891.0055/10-6  
**RECORRENTE** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECORRIDO** - UNILEVER BRASIL GELADOS DO NORDESTE S/A. (SORVANE SORVETES)  
**RECURSO** - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 3ª JJF nº 0197-03/11  
**ORIGEM** - IFEP COMÉRCIO  
**INTERNET** - 21/09/2012

## 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0264-11/12

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE DO PROCEDIMENTO. CERCEAMENTO DE DEFESA. FALTA DE DEMONSTRAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. VÍCIO NA FORMA DE APURAÇÃO DO IMPOSTO LANÇADO DE OFÍCIO. É nulo o procedimento fiscal que não contenha, de forma clara e compreensível, a demonstração da base de cálculo e o método aplicado para a apuração do tributo. Não há elementos nos autos que determinem, com segurança, o valor do débito a ser lançado de ofício. Diligência realizada pelo autuante não sanou o vício de procedimento. Fisco reconhece a ocorrência de vício na forma de apuração da base de cálculo do débito imputado. Não acolhida a arguição de decadência, pois o lançamento está em consonância com o prazo previsto pela Lei nº 3.956/81 (COTEB). Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Por força do acórdão em referência que julgou Nulo o Auto de Infração, lavrado em 30/12/2010 para exigir ICMS não recolhido no valor total de R\$66.756,88, acrescido da multa de 60%, foi interposto Recurso de Ofício, constando como infração a seguinte :

Utilização indevida de crédito fiscal do imposto, nas operações interestaduais com base de cálculo fixada pela Unidade Federada de origem superior à estabelecida em Lei Complementar, Convênios, ou Protocolo, no período de janeiro/2005 a dezembro/2006.

No campo “Descrição dos Fatos” consta que a autuação refere-se à verificação da base de cálculo nas operações de transferências interestaduais destinadas a filial localizada neste Estado, oriundas de Centros de Distribuição que não produziram as mercadorias e que se localizam em outras Unidades da Federação.

Residem nos autos demonstrativos e documentos fiscais juntados pelo autuante às fls. 08 a 136 e pelo autuado às fls. 140 a 178, com sua impugnação.

Em primeira instância deste CONSEF a lide foi dirimida conforme os fundamentos esposados no voto condutor, quais sejam:

*“Ainda preliminarmente, verifico que o Auto de Infração em lide foi lavrado em 30/12/2010 para exigir ICMS não recolhido no valor total de R\$66.756,88, acrescido da multa de 60%, em razão de utilização indevida de crédito fiscal do imposto, nas operações interestaduais com base de cálculo fixada pela Unidade Federada de origem superior à estabelecida em Lei Complementar, Convênios, ou Protocolo, no período de janeiro/2005 a dezembro/2006. Consta, no campo “Descrição dos Fatos” do Auto de Infração, que a ação fiscal diz respeito à verificação da base de cálculo nas operações de transferências interestaduais destinadas a filial localizada neste Estado, oriundas de Centros de Distribuição que não produziram as mercadorias e que se localizam em outras Unidades da Federação.*

*Compulsando os autos verifico que assiste razão ao sujeito passivo e aos autuantes quando asseveraram que o presente lançamento de ofício está eivado de vício insanável em razão da falta de certeza e liquidez quanto à existência, e ao montante, do débito a ser exigido ao contribuinte.*

*Na realidade, ainda em fase de instrução esta 3ª Junta determinara a realização de diligência em vista da existência de dados inconsistentes no levantamento fiscal realizado, conforme consta às fls. 206 a 209 dos autos, e no Relatório que antecede este voto, dentre as quais a oposição de dados conflitantes acerca de custos de transferências e custos de produção, para a apuração do valor do débito de ICMS que fora lançado de ofício.*

*Especificamente, esta 3ª Junta de Julgamento fiscal apontou que (1) nos demonstrativos fiscais intitulados “Estorno de Crédito – Custo Transferência – Atacadistas” (fls. 12 a 51), com indicação dos exercícios de 2005 e de 2006, objeto da acusação fiscal, estão listadas notas fiscais com indicação do Código Fiscal de Operações e de Prestações - CFOP 2152, que se refere a transferência para comercialização; (2) os dados de cópias fiscais listadas nestes demonstrativos (fls. 12 a 51), a exemplo da Nota Fiscal nº 045994 (demonstrativo fiscal à fl. 12, cópia do documento fiscal à fl. 60), indicam que se trata de operações de transferências, entre atacadistas, de mercadorias adquiridas de terceiros; (3) no corpo do Auto de Infração (fl. 05) está informado que se trata de transferências de produtos industrializados, todos eles fabricados pelos próprios remetentes, para filiais localizados neste Estado, e nos demonstrativos fiscais denominados “Demonstrativo do Preço Unitário com expurgos cfe. LC 87/96 – Atacadistas” (fls. 120 a 123), referentes aos exercícios de 2005 e de 2006, constam dados relativos a industrialização, a exemplo de matéria-prima, e que nestes demonstrativos de fls. 120 a 123 não estão citados todos os produtos objeto dos demonstrativos de fls. 12 a 51, a exemplo da ausência das mercadorias “Chicabon Palito Chocolate 42 X 60ml” e “Frutare Palito Limão 42 X 60ml”, e nem estão indicados a razão social, inscrição estadual, ou outro dado do autuado, pelo que não estava claro, nos autos, se tais demonstrativos referem-se, especificamente, ao levantamento fiscal efetuado; (4) no campo “Descrição dos fatos” do Auto de Infração consta que foram excluídas, na determinação do preço de entrada mais recente, “as despesas administrativas dos Centros de Distribuição (CDs), frete (CIF) etc.”, sem indicar quais seriam as outras despesas, ou custos, que foram excluídas, e no demonstrativos de fls. 120 a 123 existem colunas intituladas “outros custos” e “outras despesas”, também sem identificar quais sejam estes “outros custos”, e estas “outras despesas”; (5) nos demonstrativos de fls. 12 a 51 constam os valores unitários de mercadorias, a exemplo da mercadoria “Chicabon Palito Chocolate 42 X 60ml”, na coluna “Dados cfe. Lei Complementar 87/96” com valor unitário de R\$6,20, e na Nota Fiscal nº 045994 (fl. 60) à qual se refere tal cálculo, consta o valor unitário desta mercadoria de R\$6,33 sem que esteja anexado, aos autos deste processo, demonstrativo analítico com o cálculo referente à apuração deste custo unitário de R\$6,33 indicado no demonstrativo sintético de fl. 12 para esta mercadoria, estando observado que esta situação também ocorre em relação às demais mercadorias objeto da imputação; considerando que também não constava, nos autos, comprovante de recebimento, pelo sujeito passivo, de tal demonstrativo analítico, embora conste o comprovante de recebimento, pelo sujeito passivo, dos demonstrativos de fls. 12 a 51. Que igualmente não constava, nos autos, o comprovante de recebimento, pelo sujeito passivo, do demonstrativo fiscal de fls. 120 a 123, e dos arquivos em mídia discriminados à fl. 125; (6) conforme relatado no campo Descrição dos Fatos à fl. 04 do Auto de Infração, e no texto da informação fiscal prestada, o Fisco considera indevida a inclusão do custo de frete CIF na determinação da base de cálculo de transferência, e é presumível que os demonstrativos fiscais sintéticos, de fls. 12 a 51, espelhem tal entendimento, mas a ausência de demonstrativos analíticos inviabiliza a análise dos dados de valor de frete em cada operação objeto da imputação. Em notas fiscais anexadas às fls. 60 a 113, a exemplo da Nota Fiscal nº 053662 (fl. 63), está indicado que o frete é por conta do remetente.*

*E, a partir destas observações, este Colegiado, em primeira instância, solicitou que os autuantes esclarecessem: (1) Considerando o teor dos itens 1 a 3 daquela Diligência, tratando-se de transferências interestaduais de mercadorias adquiridas de terceiros, a que se referiam os demonstrativos de fls. 120 a 123, nos quais estão citados custos relativos à industrialização? (2) Estes demonstrativos fls. 120 a 123 diziam respeito às mercadorias objeto da presente ação fiscal? Em caso positivo, qual o motivo pelo qual não estavam ali incluídas todas as mercadorias objeto do levantamento realizado, e discriminadas nos demonstrativos fiscais de fls. 12 a 51? (3) Tratando-se de mercadorias em operações de transferência, como o Fisco apurou o valor do frete em cada operação, uma vez que tal dado não consta nas cópias dos documentos fiscais de fls. 60 a 113, e não há nos autos o demonstrativo analítico referente ao valor de frete em cada operação objeto da imputação? (4) Considerando o teor dos itens 3 a 6 daquela Diligência, quais são as “outras despesas” e os “outros custos” que foram expurgados, pelo Fisco, do cômputo da base de cálculo de transferência, e em que montantes cada uma destas “outras despesas” e cada um destes “outros custos” foram utilizados nas operações realizadas que são objeto da presente autuação?*

*Na mesma Diligência também foi solicitado aos autuantes que, esclarecidas aquelas primeiras indagações, fossem: (1) elaborados dois demonstrativos analíticos separados para o cálculo do custo unitário de cada mercadoria objeto da imputação. Um dos demonstrativos com o expurgo do valor do frete, e o outro sem o expurgo deste valor do frete; (2) nestes dois demonstrativos analíticos deveria estar explicitado de que parcelas se compunham os itens “outros custos” e “outras despesas”; (3) nos dois demonstrativos analíticos deveriam continuar expurgados, da base de cálculo de transferência, os valores referentes às despesas administrativas do remetente; (4) com base nos dois demonstrativos analíticos citados acima, elaborassem os respectivos novos demonstrativos “Estorno de Crédito – Custo Transferência – Atacadistas” para os exercícios de 2005 e de*

2006; novos demonstrativos “Estorno de Crédito - Resumo Mensal” e novos demonstrativos de débito para a imputação objeto do Auto de Infração.

Observo, por oportuno, que embora também tenha sido determinado naquela Diligência, a reabertura do prazo de impugnação ao lançamento de ofício, tal providência não foi cumprida pela Inspetoria Fazendária, conforme documento de fl. 213, mas realizar nova Diligência para cumprimento desta determinação mostrou-se inócuo diante do teor das duas informações fiscais subseqüentes, e em especial das ponderações e do conseqüente pedido formulado pelos Representantes do Fisco na Informação Fiscal de fl. 237, na qual os Autuantes declaram, de forma explícita, que após a autuação tendo o autuado apresentado os arquivos do Sistema Integrado de Informações sobre Operações Interestaduais com Mercadorias e Serviços - SINTEGRA dos estabelecimentos de origem que fizeram a transferências para este Estado, e considerando ainda que o Fisco, ao realizar os cálculos relativos à apuração dos valores atinentes às operações praticadas pelo contribuinte, usou o valor da entrada mais recente como sendo equivalente ao custo total da mercadoria produzida e não com base nos mencionados arquivos do SINTEGRA, de fato restou inviável corrigir-se, na presente ação fiscal, a totalidade dos cálculos que foram objeto da ação fiscal ora em lide.

Sem a certeza quanto aos dados utilizados e à forma de cálculo para a apuração dos valores corretos a serem lançados de ofício, é nulo o lançamento de ofício realizado, por vício quanto à forma de apuração da base de cálculo do imposto lançado, nos termos do artigo 18, inciso IV, alínea “a”, do RPAF/99, e a teor da Súmula nº 01 deste Conselho de Fazenda Estadual:

“ICMS. NULIDADE DO PROCEDIMENTO. CERCEAMENTO DE DEFESA. FALTA DE DEMONSTRAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO.

É nulo o procedimento fiscal que não contenha, de forma clara e compreensível, a demonstração da base de cálculo e o método aplicado para a apuração do tributo.

Por tudo quanto exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração e represento à autoridade fazendária competente no sentido da instauração de novo procedimento fiscal a salvo de incorreções, nos termos do artigo 156 do RPAF/99, para verificação da regularidade do cumprimento das obrigações tributárias principal e acessórias em relação aos fatos objeto do Auto de Infração.

Por imposição do artigo 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, a JJF recorreu de ofício para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF.

## VOTO

Por intermédio de Recurso de Ofício devolve-se a esta CJF o reexame da Decisão de primeiro grau que, como supra relatado, declarou a nulidade do Auto de Infração em comento, em face do cerceamento de defesa.

Com efeito, como esposado no referido voto, foi promovida pela 3ª JJF diligência para sanear o PAF, ante a constatação da presença de dados inconsistentes no levantamento fiscal ( fls. 206 a 209), mais especificamente, dados conflitantes envolvendo os custos de transferências e custos de produção, tendo sido listadas notas fiscais com indicação do Código Fiscal de Operações e de Prestações - CFOP 2152, concernente à transferência para comercialização, entretanto, constam na descrição fática respectiva, operações de transferências interestaduais destinadas a filial localizada neste Estado, oriundas de Centros de Distribuição que não produziram as mercadorias e que se localizam em outras Unidades da Federação.

A par disso, foram ainda constatados pelos julgadores de primeiro grau vícios diversos como mencionado no acórdão recorrido e que passo a reproduzir para melhor e completa fundamentação. Veja-se:

“(2) os dados de cópias fiscais listadas nestes demonstrativos (fls. 12 a 51), a exemplo da Nota Fiscal nº 045994 (demonstrativo fiscal à fl. 12, cópia do documento fiscal à fl. 60), indicam que se trata de operações de transferências, entre atacadistas, de mercadorias adquiridas de terceiros; (3) no corpo do Auto de Infração (fl. 05) está informado que se trata de transferências de produtos industrializados, todos eles fabricados pelos próprios remetentes, para filiais localizados neste Estado, e nos demonstrativos fiscais denominados “Demonstrativo do Preço Unitário com expurgos cfe. LC 87/96 – Atacadistas” (fls. 120 a 123), referentes aos exercícios de 2005 e de 2006, constam dados relativos a industrialização, a exemplo de matéria-prima, e que nestes demonstrativos de fls. 120 a 123 não estão citados todos os produtos objeto dos demonstrativos de fls. 12 a 51, a exemplo da ausência das mercadorias “Chicabon Palito Chocolate 42 X 60ml” e “Frutare Palito Limão 42 X 60ml”, e nem estão indicados a razão social, inscrição estadual, ou outro dado do autuado, pelo que não estava claro, nos autos, se tais demonstrativos referem-se, especificamente, ao levantamento fiscal efetuado; (4)

*no campo “Descrição dos fatos” do Auto de Infração consta que foram excluídas, na determinação do preço de entrada mais recente, “as despesas administrativas dos Centros de Distribuição (CDs), frete (CIF) etc.”, sem indicar quais seriam as outras despesas, ou custos, que foram excluídas, e no demonstrativos de fls. 120 a 123 existem colunas intituladas “outros custos” e “outras despesas”, também sem identificar quais sejam estes “outros custos”, e estas “outras despesas”; (5) nos demonstrativos de fls. 12 a 51 constam os valores unitários de mercadorias, a exemplo da mercadoria “Chicabon Palito Chocolate 42 X 60ml”, na coluna “Dados cfe. Lei Complementar 87/96” com valor unitário de R\$6,20, e na Nota Fiscal nº 045994 (fl. 60) à qual se refere tal cálculo, consta o valor unitário desta mercadoria de R\$6,33 sem que esteja anexado, aos autos deste processo, demonstrativo analítico com o cálculo referente à apuração deste custo unitário de R\$6,33 indicado no demonstrativo sintético de fl. 12 para esta mercadoria, estando observado que esta situação também ocorre em relação às demais mercadorias objeto da imputação; considerando que também não constava, nos autos, comprovante de recebimento, pelo sujeito passivo, de tal demonstrativo analítico, embora conste o comprovante de recebimento, pelo sujeito passivo, dos demonstrativos de fls. 12 a 51. Que igualmente não constava, nos autos, o comprovante de recebimento, pelo sujeito passivo, do demonstrativo fiscal de fls. 120 a 123, e dos arquivos em mídia discriminados à fl. 125; (6) conforme relatado no campo Descrição dos Fatos à fl. 04 do Auto de Infração, e no texto da informação fiscal prestada, o Fisco considera indevida a inclusão do custo de frete CIF na determinação da base de cálculo de transferência, e é presumível que os demonstrativos fiscais sintéticos, de fls. 12 a 51, espelhem tal entendimento, mas a ausência de demonstrativos analíticos inviabiliza a análise dos dados de valor de frete em cada operação objeto da imputação. Em notas fiscais anexadas às fls. 60 a 113, a exemplo da Nota Fiscal nº 053662 (fl. 63), está indicado que o frete é por conta do remetente.”*

Além desses vícios, a JJF também constatou que muito embora tenha sido determinado que o sujeito passivo fosse intimado do resultado da diligência, com reabertura do prazo de impugnação da autuação, a INFAZ de origem não se desincumbiu dessa providência, não tendo essa indispensável intimação sido realizada a contento.

Infere-se, ainda que, como destacado pelo Relator, uma nova diligência promovida com esse desiderato – intimação do contribuinte - revelou-se despicienda, isto porque nas duas informações fiscais (fl. 237) foi aclarado que o recorrido havia apresentado os arquivos do SINTEGRA com o condão de evidenciar que os estabelecimentos de origem fizeram as transferências para o Estado da Bahia, de cujo exame o fisco concluiu que usou o valor da entrada mais recente como sendo equivalente ao custo total da mercadoria produzida, tendo, assim, desconsiderado os dados do SINTEGRA, o que influenciou, por conseguinte, no cômputo irregular do ICMS constante do lançamento de ofício.

Por tudo isto, acompanho o entendimento da JJF à vista de todas essas irregularidades que estão por macular o PAF, com flagrante prejuízo à segurança jurídica, e, deste modo, enseja a aplicação da regra do artigo 18, inciso IV, alínea “a”, do RPAF/99 c/c Súmula nº 01 do CONSEF já transcrita no acórdão resistido, que fica, por estes fundamentos, mantido na integralidade.

Do expendido, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª 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 **206891.0055/10-6**, lavrado contra **UNILEVER BRASIL GELADOS DO NORDESTE S/A. (SORVANE SORVETES)**.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de agosto de 2012.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

ALESSANDRA BRANDÃO BARBOSA – RELATORA

ALINE SOLANO SOUZA CASALI BAHIA – REPR. DA PGE/PROFIS