

**PROCESSO** - A. I. Nº 232940.0008/03-1  
**RECORRENTE** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECORRIDO** - ITAGUASSU AGRO INDUSTRIAL S/A  
**RECURSO** - REPRESENTAÇÃO DA PGE/PROFIS  
**ORIGEM** - INFAZ SIMÕES FILHO  
**INTERNET** - 11/08/2005

## **1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**

### **ACÓRDÃO CJE Nº 0251-11/05**

**EMENTA. ICMS. NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO.** Representação proposta com base no art. 119, II, c/c o art. 136, § 2º, da Lei nº 3.956/81 (COTEB) e alterações posteriores, para que seja decretada a nulidade do Auto de Infração, sob fundamento de utilização de arbitramento da base de cálculo do imposto, sem amparo legal, para fim de determinação do custo das mercadorias transferidas. Comprovado a apuração do custo unitário através do Custo das Mercadorias Vendidas (CMV) pelas quantidades produzidas. Representação **NÃO ACOLHIDA**. Vencido o voto do relator. Decisão não unânime.

## **RELATÓRIO**

Trata-se de representação proposta pela PGE/PROFIS, com fundamento no artigo 119, II, c/c com o art. 136, § 2º, todos da Lei nº 3.956/81 (COTEB) e alterações posteriores, para que o Egrégio CONSEF reconheça a nulidade que macula a autuação.

Sustenta a ilustre procuradora que o preposto fiscal, diante da não apresentação, pela empresa autuada das planilhas de custos, procedeu ao arbitramento dos custos de produção, a partir dos valores declarados nos livros contábeis.

Aduz, ainda, que em momento algum o autuante indicou o método de arbitramento utilizado, o que ensejou, portanto, vício de motivação do ato administrativo de lançamento.

Deveria a autoridade fiscal ter declarado expressamente que se encontrava impedido de apurar reais valores dos custos de produção e que, em razão disso, estaria iniciando processo de arbitramento, indicando as técnicas utilizadas além, de, sobretudo, explicitar a legislação aplicável ao caso concreto.

Assim, entende que a forma de apuração da base de cálculo pelo arbitramento, como não integrou o Auto de Infração, não foi disponibilizada ao contribuinte, o que acabou por cercear seu direito de defesa, violando o insculpido no art. 5º da Constituição Federal, uma vez que não teria como se contrapor aos valores arbitrados e aduzir se foram os mesmos apurados de acordo com a legislação que rege a matéria.

Nesse contexto, a representante da PGE/PROFIS, com fulcro no art. 119, II, c/c com o art. 136, § 2º, todos da Lei nº 3.956/81 (COTEB) representa a esse Egrégio CONSEF para que seja declarada a nulidade Auto de Infração em epígrafe.

## **VOTO VENCIDO**

Após análise dos autos, observo que assiste razão a representante da PGE/PROFIS, quanto à declaração de nulidade do presente Auto de Infração.

Isto porque, não foram indicados no Auto de Infração os métodos e critérios utilizados para o arbitramento da base de cálculo, tampouco explicitados os dispositivos legais em que se embasou. O arbitramento do custo das mercadorias transferidas, procedido pelos autuantes, não tem amparo em lei ou regulamento.

Outrossim, como bem ressaltou o procurador chefe da PGE/PROFIS, não se justifica a alegação de que o referido arbitramento teria sido a única forma passível, ante as reiteradas omissões do contribuinte em apresentar as planilhas de custos.

Assim, houve inequívoco cerceamento ao direito de defesa do contribuinte, uma vez que este não teria como se contrapor aos valores arbitrados, já que impedido de aferir se estes foram efetivamente apurados de acordo com a legislação de regência da matéria.

Nesse contexto, ACOLHO a representação da PGE/PROFIS para que seja declarada a nulidade do Auto de Infração em epígrafe, devendo a INFAZ de origem, na forma e prazo de lei, renovar o procedimento fiscal, a salvo de incorreções e nulidades.

#### **VOTO VENCEDOR**

Discordo, com a devida *venia*, do entendimento do ilustre relator quanto a sua posição de acolher a representação da PGE/PROFIS, a qual se fundamenta na premissa de que o imposto exigido decorreu do arbitramento da base de cálculo, não sendo indicados no Auto de Infração os métodos e critérios utilizados, impossibilitando ao contribuinte se contrapor aos valores arbitrados, cerceando seu direito de defesa.

O fato imputado ao sujeito passivo é de utilizar crédito fiscal de ICMS em valor superior ao estabelecido em lei, quando das operações interestaduais de transferências de sua matriz, com preço superior ao custo de produção, o qual foi apurado com base nos livros Diário e Razão, Balanço Patrimonial e Demonstrações Financeiras.

Preconiza o art. 13, § 4º, II, da LC nº 87/96 que na saída de mercadoria para estabelecimento localizado em outro estado, pertencente ao mesmo titular, a base de cálculo do imposto é o custo da mercadoria produzida, assim entendida a soma do custo da matéria-prima, material secundário, mão-de-obra e acondicionamento. Tal mandamento é reproduzido no art. 30, II, da Lei nº 7.014/96 e no art. 56, V, “b”, do RICMS/97.

É fato inconteste nos autos que o contribuinte, sistematicamente, deixou de apresentar as suas planilhas de custo, levando os autuantes a considerarem o Custo da Mercadoria Vendida (CMV) constante no Balanço Patrimonial da empresa dividindo pela quantidade produzida, insere nos livros Diário e Razão, apurando o custo unitário do saco de cimento e comparando-o com o preço de transferência, detectando a diferença a maior na base de cálculo das mercadorias transferidas e o conseqüente crédito fiscal indevido.

Devo ressaltar que no CMV estão contabilizados o custo da matéria-prima, material secundário, mão-de-obra e acondicionamento.

Portanto, não vislumbro a existência do arbitramento da base de cálculo do imposto, conforme foi fundamentada a representação da PGE/PROFIS, razão porque DEIXO DE ACOLHÊ-LA.

#### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, **NÃO ACOLHER** a Representação proposta.

VOTO VENCEDOR: Conselheiros Fernando Antônio Brito de Araújo, Ciro Roberto Seifert, Oswaldo Ignácio Amador e Antônio Ferreira de Freitas.

VOTO VENCIDO: Conselheiros Marcos Rogério Lyrio Pimenta e Eduardo Nelson de Almeida Santos.

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de julho de 2005.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

MARCOS ROGÉRIO LYRIO PIMENTA - RELATOR/VOTO VENCIDO

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - VOTO VENCEDOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA - REPR. DA PGE/PROFIS