

**A. I. Nº** - 278987.0105/05-9  
**AUTUADO** - COOPERATIVA AGROPECUÁRIA DO OESTE DA BAHIA  
**AUTUANTE** - ALMIR DE SANTANA ASSIS  
**ORIGEM** - INFRAZ BARREIRAS  
**INTERNET** - 05/06/2007

#### **5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

#### **ACÓRDÃO JJF Nº 0127-05/07**

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE. INSEGURANÇA NA DETERMINAÇÃO DO VALOR DA BASE DE CÁLCULO. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. Auto de Infração lavrado sem observância de formalidades consideradas essenciais. Inexistência de elementos para se determinar, com segurança, a infração argüida. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

#### **RELATÓRIO**

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 31/03/05 para exigir ICMS no valor de R\$288.820,50, acrescido da multa de 70%, em decorrência de “Falta de recolhimento do ICMS constatado pela apuração de diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária - a das operações de entrada - com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, no mesmo exercício”. R\$288.820,50.

O autuado apresentou defesa (fls. 88 a 106, v.2) afirmando que o Auto de Infração é improcedente, pois foram relacionadas indevidamente entradas como saídas e vice-versa, gerando entradas e saídas fictícias.

Após descrever a infração, apresenta quadros demonstrativos da movimentação de milho e soja. Faz um breve relato sobre a natureza das operações, relacionando-a com o Código Fiscal de Operações e Prestações – CFOP. Ressalta falhas na apuração dos fatos, como a inobservância adequada aos registros fiscais, desconsideração de saídas pelos códigos 5.12, 6.12, e 5.99, como também inobservância da ordem cronológica na apresentação do relatório.

Relaciona em quatorze (14) folhas (fls. 91 a 104), os erros constatados no demonstrativo fiscal, indicando cada documento fiscal com sua divergência, apresenta seus demonstrativos e suas explicações nas fls. 104 a 105, anexa cópias de notas fiscais juntamente com planilhas de fls. 107 a 499 e conclui requerendo a improcedência do Auto de Infração por entender que a infração descrita não ocorreu.

O autuante apresentou Informação fiscal (fl. 501, v.2), reconhecendo que houve falhas em seu trabalho. Acrescenta que não incluiu as operações realizadas com os códigos de operações “112 – Compra Simbólica, 599 – Ret. P/Dep. Simbólico”. Registra que “várias notas fiscais não foram apresentadas, pois as mesmas não estavam anexas as pastas grampeadas em sequência de 200 unidades. Ex.: 2199, 2507, 2680, 2749, 2795, 3186”.

Conclui mantendo a ação fiscal, requerendo a procedência do Auto de Infração. Anexou demonstrativo de fl. 502, com ICMS remanescente no valor de R\$184.238,16.

A Inspeção Fazendária intimou o autuado para tomar conhecimento da informação fiscal (fl. 552).

O autuado, em contra razão, (fls. 554 a 568 v. 3), apresentou novos demonstrativos das operações de entrada e saída de milho e soja. Discorda do entendimento do autuante de não ter incluído no seu levantamento as operações registradas com o CFOP 1.12 e 5.99, esclarecendo que as operações

simbólicas são assim denominadas por não ocorrer, no momento da emissão dessas notas fiscais, o efetivo trânsito das mercadorias. Explica que o retorno P/dep. Simbólico, CFOP 5.99, refere-se a baixa da Nota Fiscal de remessa para depósito, CFOP 1.99. já, o retorno simbólico se dá no momento em que o associado autoriza a venda de sua produção.

Esclarece como realiza, em seu estabelecimento, as demais operações simbólicas, reafirma que as infrações descritas no Auto de Infração não ocorreram e requer a sua improcedência.

O autuante manifestou-se na fl. 897, ratificando sua atitude de não incluir nos seus levantamentos as operações classificadas no CFOP 1.12 e 5.99, por entender que tais operações não fazem parte do “mundo real”, quantitativo do levantamento de estoque.

Registrou que várias notas fiscais inicialmente não apresentadas foram, agora, incluídas no levantamento quantitativo. Menciona que as notas fiscais de números 3, 4 e 5, emitidas em 30/12/1999, constantes nas páginas 572 e seguintes, não foram apresentadas inicialmente, não tem carimbo da fiscalização e os dados do transportador nem aparecem no Controle Fiscal Automatizado de Mercadorias em Trânsito – CFAMT. Informa que as notas fiscais 6801, 6827, 6846, 6857, 6911 (fls. 828 a 832, v. 3) estão nas mesmas condições das citadas anteriormente, anexadas nas fls. 572 a 574. Conclui, novamente, mantendo a ação fiscal. Anexou o demonstrativo de fl. 898, com ICMS aumentado para o valor de R\$860.734,82.

A Inspeção Fazendária intimou o autuado para tomar conhecimento da informação fiscal (1009).

O autuado ao manifestar-se novamente (fls. 1.011 a 1.013, v. 4), junta novos demonstrativos, e afirma que foram encontradas diversas incorreções que causaram distorções nos relatórios do autuante, tais como:

1. exclusão das notas fiscais de Retorno para Depósito Simbólico – CFOP 5.99, e falta de exclusão das Notas Fiscais de Compra Simbólica – CFOP 1.12;
2. as notas fiscais 3, 4 e 5 (fls 572 a 574, v. 3) não provieram de outra Unidade da Federação – UF -, como afirmou o autuante, mas de Juazeiro, Bahia, e se referem a mercadorias adquiridas de seus associados que se encontravam armazenados em sua unidade;
3. as notas fiscais 200749, 204635, 208371, 208390, 215219, 219043 e 224570, que totalizam 14.005.645 kg de soja, emitidas pela CEVAL ALIMENTOS S/A não foram lançadas no demonstrativo fiscal;
4. a nota fiscal 2919 de 19.760 kg de milho foi lançada como soja;
5. a nota fiscal 2920 de 19.760 kg de soja foi lançada com a quantidade de 18.260 kg;
6. a nota fiscal 2921 de 18.260 kg de soja foi lançada com a quantidade de 16.310 kg.

Salienta que os erros encontrados invalidam os saldos apresentados. Esclarece que as notas fiscais 6801, 6972, 6846, 6857 e 6911 (fls. 828 a 832, v. 3) referem-se a remessa de milho por conta e ordem da COPROESTE que estavam depositados nos ARMAZENS GERAIS TRANSCARGA LTDA que foram vendidos para COOP. AGROP. DE CARMO DO RIO CLARO LTDA, conforme demonstra no Relatório de armazenagem TRANSCARGA.

Apresenta demonstrativos de fls. 1014 a 1072, inclusive quadro demonstrativo das operações realizadas pela COPROESTE no ano de 2.000, reafirma que não cometeu infração e requer a improcedência total do Auto de Infração.

O autuante voltou a se manifestar, (fl. 1075) mantendo as informações prestadas anteriormente, sem nada acrescentar nem excluir. Pede a procedência do auto de infração.

Este PAF foi submetido, em pauta suplementar, à análise dos demais componentes da 5ª JF, tendo estes indeferido a diligência proposta pelo relator.

## VOTO

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir ICMS com base em presunção legal de que o sujeito passivo não contabilizou as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas no mesmo exercício.

O Regulamento do Processo Administrativo Fiscal aprovado pelo Decreto nº 7.629/99 – RPAF/BA – preceitua no artigo 18, IV, “a” que o lançamento de ofício é nulo se não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração. Sobre os demais atos que fundamentam ou instruem a ação fiscal, o RPAF/BA, no artigo 28, § 4º, estabelece que o Auto de Infração seja acompanhado das provas necessárias à demonstração do fato argüido, além das cópias dos termos lavrados na ação fiscal, e dos demonstrativos elaborados pelo fiscal autuante. A exigência do artigo 28, § 4º, II, é repetida no artigo 41, II, ficando reforçada a exigência de o PAF conter as provas em que se fundamenta a cobrança do tributo.

O artigo 2º, § 3º do RICMS/97, traz hipóteses de presunção de ocorrência de operações tributáveis sem pagamento do imposto, sempre que a escrituração indicar saldo credor de caixa, entradas de mercadorias ou bens não registradas e pagamentos não registrados.

Ao confrontar o valor do ICMS lançado no Auto de Infração R\$288.820,50 com o demonstrativo de sua origem (fl. 23), percebo o equívoco na constituição da Base de Cálculo. Foi apurada a omissão de entrada de 27.183.106 kg de soja. Multiplicada essa quantidade pelo preço unitário de R\$0,25, resulta na Base de Cálculo de R\$6.795.776,50. Ao se aplicar a alíquota de 17% sobre essa Base de Cálculo, encontra-se o ICMS devido no valor de R\$1.155.282,01. Entretanto, o Auto de Infração foi lavrado para exigir somente R\$288.820,50.

Outra inconsistência na apuração do imposto ocorreu quando foi prestada a informação fiscal de fl. 501, na qual o valor do ICMS foi reduzido para R\$188.238,16, equivocando-se novamente ao constituir a Base de Cálculo, conforme demonstrativo de fl. 502.

O autuante prestou nova informação à fl. 897, após manifestação do autuado, onde informa que refez os procedimentos e reafirma que o Auto de Infração seja mantido. Deixa de informar se houve modificação na Base de Cálculo ou no valor do imposto devido. Entretanto, verifico, na fl. 898, novo demonstrativo elaborado pelo autuante, onde o ICMS devido aparece no valor de R\$860.734,82. Estes desencontros configuram incerteza e insegurança na apuração da base de cálculo e, por conseguinte, da infração.

Ressalto que o ICMS está sendo exigido baseado na presunção “de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, no mesmo exercício”.

Observe, ainda, outras incoerências nos levantamentos revistos pelo autuante, por exemplo, na fl. 908, onde a nota fiscal nº 2919 é lançada como se fosse de 20.509 kg de milho no valor de R\$2.050,90, e na fl. 948, este mesmo número de nota fiscal 2919 é lançado como se fosse de 19.760 kg de soja no valor de R\$1.976,00.

Ao folhear os autos verifico que a planilha inicial elaborada pelo autuante às fls. 24 a 79, relativamente às entradas de milho e soja objeto do levantamento fiscal, indicam quantidades e valores, mas não indicam os números dos documentos fiscais correspondentes;

Juntamente com a informação fiscal foi juntada uma planilha (fl. 503 a 551) com os números das notas fiscais e quantidades das mercadorias fiscalizadas. Ao confrontar esta relação com a que fora apresentada inicialmente (fls. 24 a 79), constato o seguinte:

- a) na planilha inicial (fl. 69) foi apurada a entrada de 45.612.235 kg, enquanto que na de fl. 551 foi apurada a entrada de 19.361.243 kg de soja;
- b) na planilha de fl.79 foi apurada saída de 75.172.117 kg, enquanto na de fl. 535 indica saída de 38.633.476 kg de soja;
- c) a planilha de fl. 37 indica entrada de 29.465.824 kg, enquanto que a planilha de fl. 514 indica 16.472.616 kg de milho;
- d) o demonstrativo original (fl. 46 e 47) relaciona 89 números de ordem relativamente a entrada de soja no mês de janeiro de 2002, enquanto que o demonstrativo corrigido à fl. 536 indica apenas dois documentos fiscais referentes à entrada de soja no mês de janeiro.

Concluo, portanto, que há inseguranças repetidas na apuração da infração e na formação da base de cálculo, resultando em prejuízo ao devido processo legal.

O Conselho de Fazenda Estadual (CONSEF) já sumulou e publicou, por meio da Resolução nº 01 de 2002, que “É nulo o procedimento fiscal que não contenha, de forma clara e compreensiva, a demonstração da base de cálculo e o método aplicado para a apuração do tributo”, implicando em nulidade do procedimento, por cerceamento de defesa.

Ainda de acordo com o RPAF/BA, no seu artigo 18, IV, “a”, é nulo o lançamento de ofício que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração.

Pelo exposto, entendo que os procedimentos utilizados na elaboração deste Auto de Infração violam a legislação tributária, especialmente as regras citadas do RPAF/BA e também as regras do lançamento gravadas no artigo 142 do Código Tributário Nacional - CTN.

Em vista do artigo 173, II, do CTN, a Fazenda Pública pode renovar o procedimento para constituir o crédito, a salvo de erros:

*“O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:*

*II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.*

Dito isto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração, recomendando à autoridade administrativa que determine a instauração de novo procedimento fiscal a salvo de falhas.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº**278987.0105/05-9**, lavrado contra **COOPERATIVA AGROPECUÁRIA DO OESTE DA BAHIA**, devendo ser renovado o procedimento fiscal.

Esta Junta de julgamento 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 7.851/2000, com efeitos a partir de 10/10/2000.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de maio de 2007.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

RAIMUNDO OLIVEIRA DOS SANTOS – RELATOR

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA - JULGADOR