

**PROCESSO** - A. I. N° 278999.0002/08-7  
**RECORRENTE** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RCORRIDO** - SIENA ALIMENTOS LTDA.  
**RECURSO** - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 2<sup>a</sup> JJF n° 0208-02/09  
**ORIGEM** - INFAC INDÚSTRIA  
**INTERNET** - 08/10/2009

## 2<sup>a</sup> CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF N° 0290-12/09

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE. FALTA DE CERTEZA E LIQUIDEZ DO LANÇAMENTO. A metodologia aplicada para apurar o descumprimento da obrigação principal não contém elementos suficientes para se determinar, com segurança, a existência de tal infração, tendo em vista o que dispõe o art. 18, IV, “a” do RPAF/99. Auto de Infração Nulo. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVÍDO**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto pela 2<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal (2<sup>a</sup> JJF), nos termos do art. 169, I, “a”, “1”, do RPAF/99, tendo em vista a Decisão exarada no Acórdão JJF N° 0208-02/09, que julgou Nulo o Auto de Infração em epígrafe, o qual foi lavrado para cobrar ICMS, no valor de R\$1.002.687,92, em razão de o sujeito passivo ter deixado de recolher ICMS por praticar operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas.

O autuado apresenta defesa e, preliminarmente, suscitou a nulidade do lançamento, alegando que a descrição dos fatos não permitia o pleno conhecimento da acusação e, portanto, cerceava o seu direito de defesa. Alegou que, oito meses após a autuação, os livros fiscais arrecadados lhe foram devolvidos. Disse que os demonstrativos elaborados pelo autuante não indicavam todos os dados necessários ao exercício do direito de defesa. No mérito, indicou operações cujo imposto foi recolhido por antecipação tributária, questionou as margens de valor agregado utilizadas pelo autuante e, ao final, solicitou a realização de diligência.

Na informação fiscal, fls. 1266 a 1268, o autuante rebateu as alegações de nulidade, pois considerava que a acusação estava clara, que os dispositivos legais citados estão corretos e que os demonstrativos elaborados continham todos os elementos necessários ao exercício do direito de defesa. Mencionou que o prazo de defesa só começou a correr após a devolução ao autuado dos livros e documentos arrecadados. No mérito, afirmou que os valores pagos pelo autuado já foram considerados na apuração do imposto devido, que as margens de valor agregado estavam corretas e, ao final, manteve a ação fiscal em sua totalidade.

Na Decisão recorrida, as preliminares de nulidade foram afastadas e, em seguida, o ilustre relator votou pela nulidade do Auto de Infração, sob o seguinte argumento:

[...]

*Sendo assim, o autuante, diante da não apresentação dos arquivos magnéticos pelo autuado, objetivando a apuração da base de cálculo para a tributação das saídas dos produtos industrializados, resultantes das aquisições interestaduais, calculou, valorativamente, a proporcionalidade das entradas de mercadorias adquiridas em outras unidades da federação em relação ao total das entradas, apurando um percentual que representou a participação das aquisições interestaduais em relação ao total das aquisições. De posse desses percentuais, aplicou os respectivos índices sobre as saídas de mercadorias no período fiscalizado, conforme Planilhas I e Planilha das totalizações das DMAs, anexas.*

*Concluído os cálculos, acima alinhados, encontrou o autuante a base tributável, sobre a qual aplicou a alíquota e deduziu todos os créditos fiscais que entendeu “pertinentes dentro da legislação vigente do RICMS/BA, aprovado pelo Dec. 6.284/97”.*

*Observo que, diante das dificuldades enfrentadas, pelo fato de não dispor dos arquivos magnéticos do impugnante, o autuante, apesar de imbuído do propósito de defender os maiores interesse da coletividade com a recuperação dos créditos tributários que entendeu devidos aos cofres públicos, não há como se ter certeza, através da proporcionalidade aplicada, estarem sendo tributadas às saídas dos produtos industrializados, que representam as respectivas entradas originárias de outras unidades da federação, cujo imposto não foi pago antecipadamente na entrada, tendo em vista se tratar de matéria prima destinada à industrialização.*

[...]

*Assim, no presente caso, os índices apurados, relativos às entradas de fora do Estado, aplicados sobre as saídas industrializadas, não refletem, com segurança, a base tributável pretendida, que seriam as saídas industrializadas, originárias unicamente das aquisições de fora do Estado.*

*Mesmo se considerássemos a saída de um único produto industrializado, o mesmo aproveitamento da matéria prima adquirida de dentro e de fora do Estado no produto final, bem como a inexistência de estoque no exercício anterior e que todas as mercadorias adquiridas, dentro do mesmo exercício, tenham saído nesse mesmo período, necessário seria, para aplicar o índice de proporcionalidade, em questão, que o preço unitário das aquisições interestaduais fosse exatamente igual aos das aquisições internas. Desse modo, qualquer divergência em tais valores, ou seja, da mesma matéria prima adquirida fora e dentro do Estado - como a proporcionalidade apurada em relação às mercadorias de fora do Estado é apenas valorativa -, resultaria em uma distorção na apuração das saídas originárias das aquisições de fora do Estado, na medida em que se poderia, por exemplo, estar adquirido mais matéria prima com preço "X" fora do Estado do que de dentro do Estado, com o mesmo preço "X". Nos dois casos, valorativamente, representariam o mesmo preço "X", ou seja, teriam o mesmo peso nas entradas, contudo, a repercussão quantitativa nas saídas industrializadas seria diferente, pois, com o mesmo preço "X", se produziria mais produtos finais com as aquisições de fora do Estado do que de dentro do Estado.*

[...]

*Considero, diante do acima alinhada, que o Auto de Infração é nulo, com base no que dispõe o art. 18, IV, "a", do RPAF/BA, visto que a metodologia aplicada para apurar o descumprimento da obrigação principal, não contém elementos suficientes para se determinar, com segurança, a existência de tal infração imputada ao autuado.*

[...]

Considerando que o valor da desoneração do sujeito passivo ultrapassava o limite previsto no artigo 169, I, "a", "1", do RPAF/99, a primeira instância recorreu de ofício de sua Decisão.

## VOTO

É objeto do presente Recurso de Ofício a Decisão de Primeira Instância que julgou Nulo o Auto de Infração em epígrafe, no qual o recorrido foi acusado de ter realizado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas.

Na apuração do imposto lançado, o autuante, inicialmente, determinou qual o percentual das operações de entradas interestaduais de produtos comestíveis resultantes do abate de gado e de suíno em relação às entradas totais desses produtos em cada exercício fiscalizado, conforme o demonstrativo de fls. 67/68. De posse desse percentual, foi elaborado o demonstrativo de fls. 44/48, no qual foi apurada a base de cálculo e, em seguida, o imposto cobrado.

Sem sombra de dúvida, a falta de entrega dos arquivos magnéticos na forma prevista criou dificuldades na aplicação de roteiros normais de fiscalização. Contudo, a metodologia empregada na determinação da base de cálculo do imposto não seguiu os roteiros habituais de auditoria fiscal ou contábil, estava baseada em presunções, não dava segurança na determinação da infração e do valor devido e chegava a caracterizar uma forma não prevista de arbitramento de base de cálculo.

Comungando com o posicionamento da primeira instância, considero que o critério utilizado pelo autuante para apurar a base de cálculo do imposto não possui respaldo legal e nem elementos para se determinar, com segurança, a ocorrência da infração e do montante devido, o que acarreta a nulidade do Auto de Infração, ao teor do disposto no art. 18, IV, "a", do RPAF/99.

Conforme já foi recomendado na Decisão recorrida, a repartição fazendária do domicílio fiscal do recorrido deverá providenciar a renovação da ação fiscal, mediante a aplicação de roteiro de auditoria válido.

Pelo acima exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, para manter inalterada a Decisão recorrida, a qual não carece de qualquer reparo.

### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 2<sup>a</sup> 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 278999.0002/08-7, lavrado contra SIENA ALIMENTOS LTDA. Recomendando-se que seja renovado o procedimento fiscal a salvo da falha apresentada.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de setembro de 2009.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - RELATOR

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE - REPR. DA PGE/PROFIS