

**PROCESSO** - A. I. Nº 157064.0001/05-8  
**RECORRENTES** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS SOUZA MATOS LTDA. (MULT TRIGO)  
**RECORRIDOS** - DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS SOUZA MATOS LTDA. (MULT TRIGO) e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSOS** - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0071-02/09  
**ORIGEM** - INFAZ ATACADO  
**INTERNET** - 08/06/2010

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJP Nº 0149-12/10

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE. DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. NOVA DECISÃO. É nula, por cerceamento de direito de defesa, a decisão que deixar de apreciar os argumentos apresentados na peça defensiva. O processo deve retornar à Primeira Instância para nova decisão. Recurso de Ofício **PREJUDICADO**. Recurso Voluntário **PROVIDO**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício apresentado pela 2ª Junta de Julgamento Fiscal, à luz do quanto disposto no art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF-BA/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, bem como de Recurso Voluntário apresentado pelo autuado em face do Acórdão JJF n. 0071-02.09, que julgou parcialmente procedente o presente Auto de Infração.

O presente lançamento de ofício traz a exigência do ICMS, além de multa por descumprimento de obrigação acessória, no valor total exigido de R\$ 405.917,56, conforme infrações a seguir imputadas:

- 1 Recolheu a menos o ICMS, na condição de Empresa de Pequeno Porte enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS – Simbahia. ICMS no valor de R\$ 26.849,20, multa de 50%;
- 2 Omissão de saídas de mercadorias e/ou serviços decorrentes do não lançamento do documento fiscal nos livros fiscais próprios. ICMS no valor de R\$ 379.068,36, multa de 70%. Consta que as receitas e compras mensais, computadas para efeito de pagamento do ICMS, são inferiores aos valores declarados na DME.

Em sua peça defensiva, o autuado alegou, inicialmente, a decadência do exercício de 2000, pois, apesar de o Auto de Infração ter sido lavrado em dezembro de 2005, o autuado somente tomou ciência do mesmo em fevereiro de 2006, isto é, depois de transcorrido um decurso de tempo de mais de cinco anos, operando-se, portanto, a decadência.

Assegurou que não procede a autuação referente à infração 2 do exercício de 2001, já que houve erro por parte da autuante em considerar a operação de remessa para venda fora do estabelecimento como tributada pelo ICMS, conforme pode se observar da análise das notas fiscais em anexo (docs. 03/04/05). Apontou equívocos no levantamento fiscal.

Arguiu que a aplicação da alíquota de 17% encontra-se absolutamente equivocada pelo simples e notório fato de que o autuado nunca foi desenhada do SimBahia, estando até hoje enquadrada como Empresa de Pequeno Porte nos registros da Sefaz. O próprio autuante, na descrição da infração 1, segundo o impugnante, reconhece de forma expressa a condição do autuado como "Empresa de Pequeno Porte enquadrada no Regime ICMS (SimBahia)"

Considerou que os levantamentos e demonstrativos que serviram de fundamento para a lavratura do Auto de Infração encontram-se eivados de vícios decorrentes do cômputo de receitas não tributadas pelo ICMS, relativas a operações de remessas de mercadorias para venda fora do estabelecimento, o que culminou com o exacerbado valor de saídas, muito superior ao valor das vendas efetivamente ocorridas. Por outro lado, impende reconhecer o direito do contribuinte com revisão da autuação, sendo preciso computar nos demonstrativos de apuração do ICMS, o quantitativo de empregados, o que possibilita um rebate no imposto devido (2002).

Assegurou que outro erro crasso, que precisa ser sanado, deve-se ao fato de que o autuado, devidamente enquadrada como Empresa de Pequeno Porte pelo SimBahia, teve o cálculo do ICMS sobre o estoque final, no exercício de 2002, realizado desconsiderando a alíquota progressiva, em função da receita bruta acumulada, na forma do estabelecimento do art. 408-A, bem e ainda, no período de janeiro a abril, segundo o art. 387-A, do RICMS.

Invocou o princípio da busca da verdade material, requereu o autuado que agente fiscal estranho ao feito, procedesse a conferência dos fatos e demonstrativos comprobatórios integrantes das suas razões de defesa, com revisão do lançamento de ofício aqui questionado, de forma que o mesmo, com imparcialidade, atestasse a exatidão da apuração do imposto declarado pela impugnante, respeitando a legislação aplicável à sua condição de Empresa de Pequeno Porte. Pediu, também, que o auditor diligente, responda aos seguintes quesitos:

- 1) A Instrução Normativa de Preenchimento da DME, elaborada pela SEFAZ-BA, no campo outras saídas/receitas refere-se às operações não tributadas pelo ICMS, incluindo remessas para venda fora do estabelecimento?
- 2) Com relação à DME, no campo outras saídas/receitas, pode-se afirmar que o auditor tributou operação que se encontra fora do campo de incidência do ICMS ?
- 3) Sendo o autuado empresa devidamente enquadrada como Empresa de Pequeno Porte pelo SimBahia, o cálculo do ICMS, de janeiro a abril, e sobre o estoque final, no exercício de 2002, deve ser realizado considerando a alíquota progressiva, em função da receita bruta acumulada, na forma do estabelecido no art. 408-A, parágrafo único, II, "b"?
- 4) Na apuração da base de cálculo da autuação, sendo o autuado Empresa de Pequeno Porte, enquadrado no SimBahia, em 2002, deve ser considerado os valores referentes ao número de empregados registrados, tendo o contribuinte o direito ao abatimento do ICMS a recolher, na forma do art. 8º da Lei do SimBahia?
- 5) Sendo que os fatos geradores dos tributos ora exigidos ocorreram no ano de 2000 em 09/07/2000, 09/10/2000, 09/11/2000 e 09/12/2000 e, tendo a autoridade o prazo de cinco anos para lançar os referidos tributos e cientificar o contribuinte do lançamento, não estariam todos os tributos exigidos atingidos pela decadência, desde que o Auto de Infração só foi lavrado em 27/12/2005 e somente foi dada ciência ao contribuinte de sua lavratura em 10/02/2006?

Complementou, alinhando os pedidos seguir relacionados:

- a) Que fosse decretada a improcedência do Auto de Infração em face da ilegalidade do critério adotado pelo autuante para o levantamento dos valores integrantes da base impositiva, computando indevidamente operações não tributadas, com repercussão na "diferença de ICMS a recolher" do ano de 2001;
- b) Que fosse declarada a improcedência da autuação em face da ilegalidade na apuração da "diferença de ICMS a recolher", decorrente dos erros no levantamento da base de cálculo, da desconsideração dos abatimentos legais e descabimento do desenquadramento do regime simplificado no ano de 2002.
- c) Que fosse declarada a decadência do imposto em relação ao ex Auto de Infração ter sido lavrado em 2005, mas a ciência do mesmo em fevereiro de 2006, transcorridos, portanto, mais de cinco anos.

Protestou, ainda, por todos os meios de prova em direito admitidos, indicando de logo, juntada posterior de documentos e demonstrativos, Pareceres, decisões dos Tribunais Administrativos e Judiciais, inclusive em contra prova, diligências, exames, vistorias e revisão do lançamento.

Informação fiscal prestada pelo autuante às fls. 1209 a 1212, dos autos, opinando pela procedência do Auto de Infração na sua integralidade.

Nova manifestação do autuado (fls. 1.217 a 1219), alegando que a autuação incidiu em equívocos na avaliação da documentação fiscal e a correspondente auditoria de lançamentos nas informações fisco-contábeis, bem ainda, ocorreram erros na interpretação das informações constantes dos documentos fiscais, que resultaram em levantamento injustificado de débito de imposto, reiterando pedido de diligência por preposto fiscal estranho ao feito para dirimir a controvérsia.

Segunda informação fiscal apresentada pelo autuante (fls. 1222 a 1224), reiterando a procedência total do Auto de Infração.

Através do Acórdão JF n. 0071-02.09, decidiu a 2ª Junta de Julgamento Fiscal pela procedência parcial do Auto de Infração, sob o entendimento de que:

*“Após as análises dos elementos constantes dos autos, verifico que foi imputado ao autuado duas infrações: 1 – recolheu a menos o ICMS, na condição de Empresa de Pequeno Porte enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS; 2 – omissão de saídas de mercadorias e/ou serviços decorrentes do não lançamento do documento fiscal nos livros fiscais próprios.*

*Fica, de forma preliminar, rejeitada a nulidade argüida em razão de o autuante ter apresentado a informação fiscal fora do prazo a ele concedido, pois não há, no presente caso, previsão legal para tal nulidade, haja vista, inclusive, a sua total falta de efetividade, pois, se não acolhida a informação fiscal, em razão da pretensa preclusão temporal, poderia caber diligência ao autuante para os esclarecimentos relativos à defesa apresentada. Além disso, não há, na legislação processual administrativa do Estado, o acolhimento de tal previsão de nulidade, cabendo, contudo, verificação no âmbito administrativo das razões de tal procedimento.*

*Verifico que, com exceção dos lançamentos relativos ao exercício de 2002, da infração 02, no que concerne ao aspecto formal, o PAF está revestido de todas as formalidades legais necessárias. Não há, dessa forma, violação aos princípios do Direito Administrativo, em especial ao Processo Administrativo Fiscal em questão.*

*Observo que, na infração 02, o autuante identificou que as receitas e compras mensais, computadas para efeito de pagamento do ICMS, foram inferiores aos valores declarados. A infração foi apurada com base nas DMEs de Dezembro de 2001 e Dezembro de 2002, da qual o preposto fiscal extraiu as compras e receitas, que alega terem sido omitidas nos livros fiscais próprios.*

*Verifico que a imputação ao autuado, em relação à infração 02, exercício de 2001, foi omissão de saídas de mercadorias e/ou serviços decorrentes do não lançamento do documento fiscal nos livros fiscais próprios, cujas receitas e compras mensais, computadas para efeito de pagamento do ICMS, são inferiores aos valores declarados.*

*No exercício de 2001, o autuante extraiu da respectiva DME, constante à fl. 66 dos autos, o valor de outras Receitas/Saídas, que não foram oferecidas à tributação, considerou-as corretamente não tributadas, já que não haviam elementos que as justificassem como não tributáveis, aplicou 17% sobre essas, concedeu o crédito de 8% e apurou o imposto devido de R\$ 255.227,55. O autuado argumenta que essas receitas foram alvo de remessas para venda fora do estabelecimento, contudo, não demonstra quais dessas foram efetivamente vendidas e quais retornaram, não havendo, portanto, como acolher os argumentos do autuado de que as aludidas receitas não foram alvo de operações efetivas de saídas tributáveis.*

*No que diz respeito à reclamação quanto ao tratamento adotado pelo autuante no cálculo do imposto, observo que não assiste razão à defesa, pois, apesar de o autuado estar enquadrado no SimBahia, ante a constatação da omissão de saídas de mercadorias relativas à infração apontada, o imposto deve ser calculado pelos mesmos critérios estabelecidos para os contribuintes inscritos no regime normal de apuração, conforme previsão do artigo 408-S, do RICM/97. Cabe a aplicação da alíquota de 17%, conforme alteração introduzida pelo Decreto 7.886/00, com efeitos a partir de 30/12/00, bem como a concessão do crédito fiscal calculado à alíquota 8% sobre a receita omitida, nos termos do § 1º, do art. 408-S do RICMS/BA, alterado pelo Decreto nº 8.413/02.*

*No presente caso, foi constatado falta de registro de documentos fiscais nos livros fiscais de entradas, em relação às notas fiscais de entradas, como também de saídas.*

*Diante do exposto, considerando que não houve, por parte do autuado, a juntada das “outras receitas” constantes da DME de 2001, efetivamente, foram relati*

estabelecimento, não realizadas, bem como não caber o tratamento do regime simplificado do SimBahia, considero procedente o lançamento do crédito tributário, relativo ao exercício de 2001, constante da infração 02, no valor originariamente exigido, ou seja, R\$255.227,55.

Ainda quanto à infração 02, em relação ao exercício de 2002 (conforme planilha à fl. 33), foi levantado o estoque inicial do autuado, adicionado às compras, encontrando a disponibilidade; a essa, foi aplicada a MVA e, do resultado, foram deduzidas as receitas do período. Assim, chegou-se às “Receitas Não Declaradas” no valor de R\$ 728.475,33, sobre as quais foi aplicada a alíquota de 17% chegando-se ao ICMS a ser exigido de R\$123.840,81.

No presente caso, o autuante, com base na DME, conforme acima se verifica, constante da planilha, à fl. 33, identificou a exigência, como já descrito, através de um espécie de arbitramento da base de cálculo para se apurar a falta de recolhimento do ICMS, carecendo da apresentação, inclusive, dos requisitos formais e jurídicos necessários para tanto. Tais requisitos, por certo, não se alinham aos elementos que caracterizam originalmente a imputação, ou seja, a existência de omissão de saídas de mercadorias e/ou serviços decorrentes do não lançamento do documento fiscal nos livros fiscais próprios, uma vez que essa se ampara no pressuposto da existência de **notas fiscais e dos respectivos livros fiscais**, em relação aos quais não consta o lançamento das aludidas notas. Assim, os pressupostos da infração imputada apresentam-se em descompasso com as hipóteses que autorizam o arbitramento.

O instituto do arbitramento da base de cálculo, previsto na legislação tributária estadual, congrega pressupostos, características e previsões legais distintas da metodologia utilizada pelo autuante, bem como da imputação constante dos autos.

Além de haver o conflito entre a imputação e a metodologia para apuração da infração, a própria metodologia utilizada, constante da planilha à fl. 33, que considerou, inclusive, a aplicação de MVA, guarda semelhança a um arbitramento. Certo é que foi utilizado método não previsto e inadequado à mensuração da base de cálculo do imposto ora exigido, tendo em vista, inclusive, a infração imputada.

Assim, além de estarem entrelaçadas duas infrações de natureza jurídico-tributárias diversa em uma única, não foi aplicada a metodologia adequada para a mensuração da base de cálculo do imposto de 2002, não havendo como sanar tal vício, ainda que o objetivo fosse exigir o estoque remanescente de mercadorias resultante do encerramento das atividades do autuado, em razão da impossibilidade da aplicação do art. 63, parágrafo único do RICMS/BA.

Isso posto, considero nulo lançamento do exercício de 2002, relativa à infração 02, com base no art. 18, II, “a” do RPAF/BA, pois a imputação contém exigências conflitantes, carecendo de elementos suficientes para se determinar, com segurança, o montante o imposto devido, bem como a infração que resultou da metodologia utilizada para apuração do mesmo.

O autuado, amparado no art. 150, §4º c/c art. 173 do CTN, argui a decadência relativa aos fatos geradores do exercício de 2000.

Verifico que a presente ação fiscal, é, na verdade, uma continuidade da revisão fiscal implementada pela Corregedoria deste órgão fazendário, que se iniciou em 22/07/2004, conforme intimação acostada aos autos, à fl. 27, na qual consta a notificação do autuado para apresentar livros e documentos fiscais, relativos aos exercícios de 1998 a 2002.

A aludida revisão, efetuada pela Corregedoria, recomenda o aprofundamento da ação, às fls. 176 a 179. Assim, procedeu a Infaz de Origem do autuado e o Auditor Fiscal designado, para dar continuidade aos procedimentos fiscais, emite nova intimação à fl. 07 dos autos.

Os procedimentos fiscais, na verdade, foram iniciados em 22/07/2004, conforme Termo de Intimação, à fl. 27, efetuada pelo Auditor Fiscal da Corregedoria, não havendo, portanto, a extinção do direito da fazenda pública de exigir o crédito tributário, relativo aos fatos geradores do exercício de 2000, conforme segue, melhor detalhado.

O disposto no art. 107-A, I do COTEB, instituído pela Lei nº 3.956/81, que em sua essência transcreve o art. 173, I do CTN, estabelece como prazo de decadência 5 anos, contado do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. O parágrafo único do art. 173 do CTN, bem como o parágrafo único do art. 107-A do COTEB, estatuem que o direito de constituir-se o crédito tributário pelo lançamento ficará extinto definitivamente pelo decurso dos cinco anos, contados do dia em que o sujeito passivo foi notificado de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento. A intimação, com a devida ciência, para apresentação de livros e documentos fiscais, ocorreu em 22/07/2004, efetuada pelo Auditor da Corregedoria. Sendo assim, não há o que se falar em decadência, relativa aos fatos geradores ocorridos no exercício de 2000, alvo da aludida intimação, pois esta ocorreu dentro do pr

Considerando, especialmente o lançamento que exige o crédito tributário pedido de diligência, foi anulado, com fulcro no art. 147, inciso I, “a” e

Created with



*indefiro a solicitação de diligência e perícia, pois os elementos existentes no processo são suficientes para a formação do convencimento dos julgadores, a prova do fato não depender do conhecimento especial de técnicos, além de não serem necessárias outras provas a serem produzidas.*

*Quanto ao imposto devido, apurado na infração 01, foi observado o enquadramento do autuado no regime do SimBahia, aplicando-se os percentuais de cada faixa de enquadramento previstos na legislação, conforme demonstrativos apresentados pelo autuante, bem como não há, entre as arguições trazidas pelo autuado, qualquer óbice a sua exigência. Sendo assim, considero procedente a infração 01.*

*Isso posto, voto pela Procedência Parcial do presente Auto de Infração, cabendo a subsistência integral da infração 01, no total originalmente exigido de R\$26.849,20 e manutenção parcial da infração 02, relativo ao exercício de 2001, no total original de R\$255.227,55, observando que foi julgado nulo o lançamento do crédito tributário constante do exercício de 2002, relativo à infração 02.”*

Inconformado com a Decisão recorrida, interpõe o autuado Recurso Voluntário em relação ao exercício de 2001 que integra a infração 2, através do qual assevera que a Decisão recorrida foi omissa em apreciar o seu pedido de diligência, suscitando, preliminarmente, a nulidade da Decisão recorrida, reiterando, posteriormente, os argumentos expendidos em sua peça defensiva, dizendo apontar, de forma específica, uma série de irregularidades no lançamento tributário sob apreço, demonstradas através de documentos juntados naquela peça impugnatória, dentre os quais se destaca: a) a tributação de operações envolvendo remessa para fora do estabelecimento; b) erro na base de cálculo referente ao exercício de 2001; c) conferência das notas fiscais que atestam que as saídas constantes na linha 7 do campo relativo às saídas efetivamente são para venda fora do estabelecimento.

Remetidos os autos à PGE/PROFIS para que fosse emitido Parecer conclusivo, o referido órgão jurídico sugeriu, após frisar que “o requerimento de diligência fiscal formulado pelo sujeito passivo, por ocasião da impugnação, não foi objeto de manifestação pelo órgão de 1ª instância administrativa” e analisar os argumentos e documentos acostados aos fólios processuais, que o processo deveria ser convertido em diligência à ASTEC, deste CONSEF, “com vistas à emissão de Parecer técnico conclusivo acerca dos equívocos suscitados pelo recorrente”.

Na sessão de julgamento, em pauta suplementar, a 2ª CJF após examinar as peças que instruem o presente processo, deliberou no sentido de **INDEFERIR** a realização da diligência suscitada pela PGE/PROFIS. Isso porque foi constatado que o recorrente requereu, como preliminar arrostada no seu Recurso Voluntário, a **nulidade da Decisão recorrida**, por violação do devido processo legal, sob o argumento de que a 2ª Junta de Julgamento “sequer tomou conhecimento do pedido” pelo mesmo formulado “ou justificou, quanto a 2001 (infração 2), os motivos do indeferimento dos quesitos de nº 1 (segundo o Manual de Preenchimento da DME – doc. 6 da impugnação) e de nº 2 formulados na impugnação ao lançamento”. Entende a 2ª CJF que a aludida preliminar deve ser primeiramente apreciada pela Douta PGE/PROFIS, antes de se deliberar acerca de eventual diligência em segunda instância administrativa.

A ilustre representante da PGE/PROFIS, após tecer escorço histórico acerca do presente PAF, opina no sentido de dar Provimento ao Recurso Voluntário para reconhecer a existência de nulidade da Decisão recorrida.

A Dra. Sylvia Amoêdo, profere Despacho concordando com o Parecer emitido pela nulidade da Decisão recorrida, em face do cerceamento do direito de defesa.

## VOTO

Inicialmente, ingressarei na análise do pleito recursal de nulidade da Decisão recorrida, sob o fundamento de cerceamento do direito de defesa do recorrente, tendo em vista a alegada omissão quanto à apreciação do pedido de diligência formulado na peça impugnatória.

Acolho a aludida preliminar.

De fato, como constou do relatório acima elaborado, o recorrente, em sua peça defensiva, pediu de realização de diligência por fiscal estranho a

Created with

recorrida não enfrentou ou justificou o indeferimento do pleito ali consignado, quanto ao exercício de 2001, mantido na autuação, incorrendo, desta forma, em violação ao devido processo legal.

Com efeito, o Acórdão vergastado omitiu-se quanto ao requerimento de diligência suscitado pelo sujeito passivo, o que indubitavelmente vilipendiou os princípios constitucionais da ampla defesa e do devido processo legal.

Destarte, à luz do quanto disposto no art. 18, II, do RPAF-99 e em consonância com o Parecer exarado pela Douta PGE/PROFIS, voto no sentido de DAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário apresentado para decretar a nulidade da Decisão recorrida.

Fica, por consequência, PREJUDICADA a análise do Recurso de Ofício apresentado.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar **PREJUDICADA** a análise do Recurso de Ofício interposto e **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para decretar **NULA** a Decisão recorrida referente ao Auto de Infração nº 157064.0001/05-8, lavrado contra **DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS SOUZA MATOS LTDA. (MULT TRIGO)**, devendo os autos retornar à JJF para proferir nova decisão.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de maio de 2010.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

NELSON ANTONIO DAIHA FILHO - RELATOR

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE - REPR. DA PGE/PROFIS