

PROCESSO - A. I. Nº 206891.0014/09-4
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - DANONE LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 5ª JJF nº 0373-05/09
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 30/11/2010

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0388-12/10

EMENTA: ICMS. NULIDADE. FALTA DE CERTEZA E LIQUIDEZ DO LANÇAMENTO. ARBITRAMENTO. CRÉDITO FISCAL INDEVIDO NAS OPERAÇÕES INTERESTADUAIS DE TRANSFERÊNCIAS. Para fins de utilização de créditos fiscais, nas transferências interestaduais dos produtos remetidos pelo próprio fabricante, entre estabelecimentos da mesma empresa, deverá ser adotado como valor da base de cálculo o custo de produção, assim definido em lei: o custo da matéria-prima, material secundário, mão-de-obra e acondicionamento. O crédito glosado, referente à depreciação, manutenção e outros custos, por meio de arbitramento, fundamentado em porcentual de elementos de custos do estabelecimento matriz, não determina, com segurança, o cometimento da infração, não havendo legitimidade na aplicação do arbitramento para apuração da utilização indevida de crédito fiscal, nas transferências interestaduais, com base de cálculo superior à prevista, tal como consta na acusação fiscal, o que macula de nulidade o presente lançamento. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVADO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso de Ofício em razão da Decisão proferida, através do Acórdão nº 0373-05/09, ter desonerado o sujeito passivo do débito a ele imputado, consoante determina o art. 169, § 2º, do RPAF/99.

O Auto de Infração, lavrado em 30/06/2009, exige ICMS no valor de R\$380.475,55 em virtude do sujeito passivo tributário ter utilizado indevidamente crédito fiscal de ICMS nas operações interestaduais com base de cálculo fixada pela unidade federada de origem superior à estabelecida em lei complementar, convênios ou protocolo.

O autuado (fls. 174/201) diz que as operações que realizou estavam todas amparadas pela legislação aplicável à espécie e, em preliminar, argui a nulidade do Auto de Infração por falta de qualquer elemento de prova em relação aos fatos que ensejaram a autuação, além de desconsiderar as planilhas apresentadas, sem qualquer fundamentação.

Sustenta que o arbitramento revela-se totalmente ilegal, já que não incorreu em sonegação, bem como, apresentou todos os documentos e esclarecimentos exigidos durante o deslinde da fiscalização, os quais são hábeis a comprovar a formação do custo de produção das mercadorias que ingressaram no território do Estado da Bahia. Afirma ter apresentado planilhas e documentos atinentes à formação do custo de produção dos anos de 2004 ; esclareceu e comprovou que o referido custo é formado apenas e tão somente acondicionamento, material secundário e mão-de-obra. Além disso, alega que a

eletrônicos com planilha de custo, por código de produto e mensal, referente ao exercício de 2005; relatório de produtos contendo os códigos com seus respectivos fatores de agrupamento e planilhas de custos de produção e preços de transferências, afora cópias do livro de Registro de Entradas.

Assim, continua, comprovou que o seu custo de produção é composto somente por matéria-prima, acondicionamento, material secundário e mão-de-obra, e que o arbitramento revela-se ilegal, pois se encontra em dissonância com os preceitos legais.

Analisa o que é um arbitramento de base de cálculo e afirma que as transferências entre estabelecimentos da mesma empresa são operações correntes, pois visam atender à demanda comercial, suprindo as necessidades de estoque do estabelecimento destinatário, em especial aqueles que não são os produtores. Assim, os estabelecimentos destinatários agregam margem de valor nas mercadorias, fazendo com que o imposto na etapa final incida sobre o valor agregado. Ressalta que o valor praticado nas transferências não corresponde ao preço final praticado pelo estabelecimento destinatário, e que o estabelecimento remetente apura a base de cálculo do imposto, informando-a nas notas fiscais que acompanharão o transporte dos bens até o destino, possibilitando que tais notas fiscais sejam lançadas na escrituração fiscal do estabelecimento destinatário.

Requer o cancelamento do Auto de Infração, já que a base de cálculo adotada nas operações interestaduais encontra-se em consonância com os ditames legais. Insurge-se contra a penalidade imposta, nos termos do § 6º do artigo 915 e do artigo 918 do RICMS/BA, por restar patente a ausência de dolo, fraude ou simulação. Solicita diligência fiscal, caso as planilhas apresentadas não sejam capazes de provar a improcedência da autuação.

O autuante (fls. 290/337), na sua informação fiscal, tece comentários a respeito das determinações impostas pela Lei Complementar nº 87/96 por força das disposições constitucionais. Destaca que as empresas que transacionam em mais de um Estado não podem olvidar da compreensão do real sentido e alcance da regra prevista no art. 13, § 4º, II da LC 87/96, para não destacar a mais e recolher aos cofres do Estado de origem valor maior do que o devido, pois, no conjunto de operações entre os mesmos titulares e, em decorrência do princípio constitucional da não-cumulatividade, o contribuinte sempre pagará o mesmo valor de imposto.

Ressalta que em nenhum momento foram contestados os cálculos e os valores constantes dos demonstrativos anexos ao processo administrativo fiscal e que o Auto de Infração possui elementos suficientes para se determinar a infração e o infrator, e não se configura ilegitimidade passiva. Além do mais, eventuais incorreções ou omissões não acarretam a nulidade do Auto de Infração, desde que seja possível determinar o montante do débito tributário.

Assim, pelo fato da empresa não ter apresentado planilhas de custo de produção com a abertura de todos os elementos inerentes a este de custo, de acordo com a intimação efetuada, de forma a permitir ao fisco excluir os itens que não fazem parte da base de cálculo fixada no art. 13, § 4º, II, da LC 86/96 e diante do fato de ter feito a inclusão nas rubricas mão-de-obra e acondicionamento de itens não previstos na referida LC, não restou alternativa ao fisco senão fazer o arbitramento da base de cálculo do ICMS encontrada nas Declarações de Informações Econômico-Fiscais – DIPJ de 2006, ano calendário de 2005 (fls. 64/65) nas rubricas atinentes à matéria-prima, material secundário, acondicionamento e mão-de-obra e, proporcionalmente, excluir os demais elementos de custo consignado no “Custo de Produtos Vendidos” (ficha 4ª desta DIPJ), com fundamento no art. 938, § 6º, do RICMS/BA, que transcreveu.

Após tais colocações, abre debate sobre o papel da Lei Complementar no campo do ICMS, sobre as determinações do art. 109 e 110, do CTN e sobre a necessidade de se recorrer, para definição de custo de produção, das normas da ciência contábil. Em ~~seguinda argumenta sobre as~~ impropriedades contidas na legislação de Minas Gerais e São Paulo formulada ao Estado do Paraná sobre a matéria em questão e jurisprudência dos Tribunais Regionais e Tribunais Superiores do País,

Opina pela Procedência Total do Auto de Infração.

A 5^a JJF proleta a seguinte Decisão, *in verbis*:

“O presente Auto de Infração exige ICMS em decorrência de utilização indevida de crédito fiscal, nas operações interestaduais com base de cálculo fixada pela unidade federada de origem, superior a estabelecida em lei complementar, convênios ou protocolos. Diz respeito à verificação da base de cálculo nas operações interestaduais envolvendo produtos industrializados (em outras unidades da Federação) que foram transferidos para filiais localizadas neste Estado.

Inobstante meu posicionamento, já manifestado em outras autuações, sobre a mesma matéria, ter sido pela procedência dos lançamentos fiscais, em casos de transferências interestaduais com base de cálculo superior à prevista na LC 87/96, resultando em utilização indevida de crédito fiscal, o presente caso possui uma peculiaridade que não me permite acompanhar a sua procedência.

É que os próprios autuantes, constam no Auto de Infração que a empresa foi intimada a apresentar o custo da mercadoria produzida, de sorte que os prepostos fiscais pudessem aferir a correção ou não da base de cálculo. Contudo a empresa não fez a apresentação das planilhas de custo de produção com a abertura de todos os elementos de custo de produção, e em resposta à intimação fiscal em 21 de fevereiro de 2009, fls 21 a 24, a Danone pronunciou-se, no sentido de que as intimações fossem pessoais ao representante legal, e não por e-mails (trata-se de impossibilidade legal e também operacional, como arguiu). Em relação ao custo de produção de 2004 a 2006, a empresa esclareceu que, em seu entendimento, os custos que deveriam compor o custo de produção das mercadorias (base de cálculo para o ICMS nas transferências interestaduais), foram devidamente informados.

Mas em verdade, os autuantes constataram a impossibilidade de permissão ao fisco de excluir os itens que não fazem parte da Base de Cálculo fixada no art. 13, § 4º, II, da Lei Complementar 87/96 que define que a base de cálculo do ICMS nas operações de transferência interestadual é o custo da mercadoria produzida, assim entendido como o somatório dos elementos de custo de produção ali listados: MATERIA PRIMA; MATERIAL SECUNDÁRIO; ACONDICIONAMENTO E MÃO-DE OBRA.

Ressalte-se que o próprio autuado ao impugnar o Auto de Infração, declara de forma expressa que o Regulamento do ICMS do Estado de Minas gerais, é a norma aplicável para a definição da base de cálculo nas transferências, e que deve incluir na base de cálculo as rubricas DEPRECIAÇÃO, MANUTENÇÃO, PROVISÃO, DEPRECIAÇÃO E OUTROS CUSTOS DE PRODUÇÃO, legislação a qual o autuado obedece na operacionalização de sua atividade.

Diante destes fatos, os autuantes relatam que não tiveram outra alternativa senão fazer o ARBITRAMENTO DA BASE D E CALCULO DO ICMS (VIDE Termo de Fiscalização afixado no Livro RUDFTO, fls. 17/19), encontrando nas Declarações de Informações Econômico-Fiscais – DIPJ de 2006, ano calendário de 2005, (fls. 64/65), as rubricas atinentes a MATERIA PRIMA, MATERIAL SECUNDARIO, ACONDICIONAMENTO E MÃO DE OBRA e, proporcionalmente, excluir os demais elementos de custo consignados no CUSTOS DE PRODUTOS VENDIDOS (“Ficha 4ª” desta DIPJ), com fundamento no art. 938 § 6º do RICMS-BA.

Assim no intuito de realizar o ARBITRAMENTO, que entendo cabível nos casos de falta a apresentação ao fisco de documentos fiscais e contábeis, utilizaram os dados constantes da FICHA 4 A da DIP, entregue pelo autuado à RFB. Assim, sendo, com base nas DIPJ DE 2006, que engloba os custos de produção de todas as unidades industriais da DANONE, encontraram os valores correspondentes a MATÉRIA PRIMA; MATERIAL SECUNDÁRIO; ACONDICIONAMENTO (COMPRAIS DE INSUMOS) e a MÃO-DE-OBRA (CUSTO DO PESS.APPLIC.NA PRODUÇÃO + ENCARGOS SOCIAIS + ALIMENTAÇÃO DO TRABALHADOR+ SERV.PREST.POR PF S/VINC.EMPREG. + SERV. PREST.POR PESSOA JURIDICA) e excluíram os demais elementos de custo de produção (MANUTENÇÃO; ARRENDAMENTO; ENC. DEPRECIAÇÃO; PROVISÕES; e OUTROS CUSTOS) que servirão de base para o estorno proporcional de ICMS em relação dos estornos mensais dos respectivos créditos fiscais indevidamente apropriados mensalmente na apuração do ICMS,em conformidade com os demonstrativos e Termos anexos fls. 13 do PAF.

Isto posto, os autuantes encontraram o percentual de 16,18% para o exercício de 2004, que foi utilizado para a realização dos estornos mensais dos respectivos créditos fiscais indevidamente apropriados mensalmente na apuração do ICMS, em conformidade com os demonstrativos e Termos Anexos já citados.

Expurgaram, desta forma, as rubricas já mencionadas, por não serem parte integrante nem de MATERIA-PRIMA; nem de MÃO DE OBRA; nem de MATERIAL – SECUNDÁRIO; tampouco de ACONDICIONAMENTO e encontraram o percentual do estorno em função do custo total. Dessa forma expurgaram as seguintes rubricas: DEPRECIAÇÃO, MANUTENÇÃO, ARRENDAMENTO e OUTROS CUSTOS.

Portanto, foi aplicado textualmente o arbitramento da base de cálculo, que do RICMS, ou seja, quando o contribuinte incorrer na prática de sonegação apurar o montante real da base de cálculo, desde que se comprove qualche

incisos daquele dispositivo legal.

Contudo, a lei restringe os métodos de aplicação do arbitramento, que estão taxativamente especificados no art. 938, e no caso de estabelecimento industrial, no inciso IV, como segue:

“Art. 938. O arbitramento da base de cálculo do ICMS poderá ser feito por qualquer um dos métodos a seguir:

IV - em se tratando de estabelecimento industrial, tomar-se-á por base:

- a) o custo da mercadoria produzida, assim entendido a soma do custo das matérias-primas, materiais secundários, produtos intermediários, acondicionamento, mão-de-obra e outros gastos de fabricação, cujos valores serão atualizados monetariamente até o último mês do período, agregando-se ao montante 20%, a título de margem de valor adicionado (MVA);**
- b) o preço FOB de estabelecimento industrial a vista, adotando-se como referência a operação mais recente; ou;**
- c) qualquer um dos métodos previstos nos demais incisos deste parágrafo que possa adequar-se à situação real;”**

Ora, conforme explicitado, o arbitramento tem por objetivo estimar a base de cálculo do ICMS quando o contribuinte incorrer na prática de sonegação do imposto e quando não for possível apurar a base de cálculo real, mas os preceitos regulamentares limitam a aplicação desta medida, o que não foi seguido, nesta ação fiscal, pois os autuantes aplicaram método não previsto na legislação do ICMS do Estado da Bahia. É que apesar de terem mencionado o art. 938, § 6º e na sessão de julgamento o auditor fiscal ter levantado a previsão contida no art. 938, I, b, todos esses dispositivos são relativos ao faturamento da empresa, e devem ser aplicados nos casos de omissões de saídas de mercadorias tributadas, não servindo para serem ampliados quanto à utilização indevida de crédito fiscal. O método de arbitramento para apuração de custo não está previsto na Lei, e não poderia ser construído por uma interpretação extensiva. Deste modo, não existe método de arbitramento que permita se faça a depuração analítica do custo de produção.

Outro ponto observado é que apesar de o procedimento adotado pelos autuantes, ser de realizarem o arbitramento da base de cálculo, verifico que a acusação fiscal refere-se à utilização indevida de crédito fiscal, e neste caso, entendo que há discrepância entre a acusação e o arbitramento efetuado pela fiscalização, que encontrou o percentual de 16,18% em 2004, referente a custos de manutenção, depreciação, arrendamento mercantil, const. Provisões e outros custos, obtidos na DIPJ.

Tratando-se de utilização indevida de crédito fiscal, e tendo como dispositivo legal infringido os arts. 93, § 5º, II, 97, inciso VIII do RICMS/BA, penso que os demonstrativos deveriam estar lastreados nos documentos fiscais, que individualmente indicassem os valores relativos aos custos de produção que não correspondessem aos custos das matérias-primas, dos materiais secundários, da mão-de-obra e do acondicionamento, tal como previsto no art. 13 § 4º da LC 87/96, e não da maneira uniforme em que foi aplicado um percentual, o que se constituiu em arbitramento da base de cálculo.

Pelo exposto concluo que não houve legitimidade na aplicação do arbitramento para apuração da utilização indevida de crédito fiscal, nas transferências interestaduais, com base de cálculo superior à prevista, tal como consta na acusação fiscal, o que macula de nulidade o presente lançamento.

Outrossim, o Estado da Bahia poderia fiscalizar a empresa no Estado de São Paulo onde se encontra sua matriz, por meio do credenciamento naquele Estado.

Voto pela NULIDADE do Auto de Infração.”

Houve voto discordante nos seguintes termos:

Os artigos 938 e 939 do RICMS/BA referem-se ao arbitramento para o alcance da base de cálculo do tributo em questão, não existindo restrições quanto à sua origem (se de crédito indevido, substituição tributária, antecipação parcial ou aquele apurado mensalmente através do cotejo débito x crédito).

“Art. 938. O arbitramento da base de cálculo do ICMS poderá ser feito por qualquer um dos métodos a seguir:

(...)

Art. 939. Para efeito de arbitramento da base de cálculo do ICMS, o auditor fiscal, antes da lavratura do Auto de Infração, emitirá:

(...)

Nesses termos, uma vez que o crédito indevido eventualmente utilizado jurídica do tributo ICMS, dele não se distinguindo e repercutindo naquele que mês, não vislumbra óbices à aplicação do método para a determinação

Created with

 nitroPDF® professional

download the free trial online at nitropdf.com/professional

legislador, nos mencionados artigos, desejou referir-se tão-somente ao imposto apurado mensalmente nos seus diversos regimes.

Por óbvio, a situação sob análise apenas atende aos interesses das unidades federadas mais ricas, onde estão concentradas as indústrias em sua maior parte. Tal fato, com a necessária vénia, não chancelo e concluo não poder ser chancelado por uma interpretação estanque dos artigos 937 a 939 do RICMS/97, que entende não ser aplicável o método de arbitramento no cálculo de crédito indevido, ainda que atendidos os requisitos do caput do art. 937, conforme abaixo demonstrado.

O pedido de nulidade suscitado pelo sujeito passivo toma como fundamento o fato de não ter havido sonegação e impossibilidade de determinar a base de cálculo do tributo devido.

Todavia, na assentada de julgamento de 30/11/2009, o patrono do impugnante confessou não ter atendido diversas intimações fiscais para que apresentasse os custos detalhados, fato que resta explicitado nos autos e que, segundo sua própria acepção do que é sonegar, implicou em dificuldade aos trabalhos do Fisco; por conseguinte, em sonegação de informações.

Não excede delinear o que a Lei Federal 8.137/90, em seu art. 1º, determinou ser crime contra a ordem tributária e, por consequência lógica, sonegação fiscal.

“Art. 1º Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas: (Vide Lei nº 9.964, de 10.4.2000)

I - omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias;

II - fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal;

III - falsificar ou alterar nota fiscal, fatura, duplicata, nota de venda, ou qualquer outro documento relativo à operação tributável;

IV - elaborar, distribuir, fornecer, emitir ou utilizar documento que saiba ou deva saber falso ou inexato;

V - negar ou deixar de fornecer, quando obrigatório, nota fiscal ou documento equivalente, relativa à venda de mercadoria ou prestação de serviço, efetivamente realizada, ou fornecê-la em desacordo com a legislação.

No tocante ao segundo aspecto do caput do art. 937 (não ser possível apurar o montante da base de cálculo do imposto), percebo que o autuante, visando quantificar a base de tributação, intimou mais de uma vez o autuado para que apresentasse os custos detalhados. O contribuinte os possuía, pois informou à Receita Federal do Brasil em DIPJ. Como dito, tais intimações não foram atendidas e não restou possível a apuração da base de cálculo, justificando-se, assim, o arbitramento.

Um documento econômico-fiscal – a exemplo da DIPJ – é confissão de veracidade do que nele está consignado, e não há melhor instrumento do que a Declaração de Imposto de Renda para a determinação dos custos, tendo-se em vista a mencionada inércia do sujeito passivo em atender às intimações.

A LC 87/96 é explícita e taxativa quanto ao que deve ser utilizado como crédito nas transferências interestaduais, sendo que as distintas interpretações da mesma, perpetradas pelos Estados de São Paulo e Minas Gerais, por exemplo, contribuem para a indesejada guerra fiscal e insegurança jurídica no tráfego negocial.

Ante o exposto, rejeito o pedido de nulidade suscitado.

A 5ª JJF recorre da Decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal 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 7.851/00, com efeitos a partir de 10/10/00.

VOTO

O Auto de Infração refere-se à utilização de crédito fiscal em montante superior ao permitido pela Lei Complementar nº 87/96 em operações de transferências entre estabelecimentos do mesmo titular.

Conforme informado pelo próprio autuante e da análise das peças processuais, a empresa, embora intimada, não apresentou planilhas de custo de produção elementos inerentes a este de custo, de forma a permitir ao fisco estes fazem parte da base de cálculo fixada no art. 13, § 4º, II, da Lei C

diante da impossibilidade de excluir dos custos apresentados os itens não previstos na referida LC, o fisco estadual arbitrou a base de cálculo do ICMS encontrada nas Declarações de Informações Econômico-Fiscais – DIPJ de 2006, ano calendário de 2005 (fls. 64/65) nas rubricas atinentes à matéria-prima, material secundário, acondicionamento e mão-de-obra e, proporcionalmente, excluiu os demais elementos de custo consignado no “Custo de Produtos Vendidos” (ficha 4ª desta DIPJ), com fundamento no art. 938, § 6º, do RICMS/BA. Apuraram percentual de 16,18% para o exercício de 2005, o utilizando para a realização dos estornos mensais dos respectivos créditos fiscais indevidamente apropriados mensalmente na apuração do ICMS.

É certo que o comando contido no art. 13, § 4º, II, da Lei Complementar nº 87/96 é bastante específico e não admite nenhum outro tipo de custo além dos elencados, já que deve compatibilizar as diversas leis estaduais, em estrita obediência com a coerência do ordenamento jurídico nacional. Esta regra, por óbvio e em obediência ao regramento da hierarquia das leis, foi reproduzida pelo Estado da Bahia na Lei nº 7.014/96 (art. 17, § 8º, inciso II), já que não pode ser modificada por nenhuma lei estadual de acordo com os interesses de cada ente federativo. Se assim fosse permitido, importaria em grande insegurança jurídica, além de implicar em prejuízo ao pacto federativo. Assim, entendo que o legislador complementar ao definir o que seja “custo da mercadoria produzida” elencando, de forma taxativa, ser ele o somatório da matéria-prima, acondicionamento, material secundário e mão-de-obra visou não ferir o citado pacto e o princípio da autonomia distrital, sujeitando a todos, de forma impositiva, os limites da base de cálculo do ICMS nas operações ora em lide. Portanto, e em obediência à LC, devem os gastos com manutenção, depreciação, amortização, etc., ser expurgados para efeito de determinação da base de cálculo legal, o que implica no estorno do respectivo crédito fiscal. O aujuante, embora afirme que cumpriu as determinações da LC nº 87/96, também afirma que realizou as transferências das mercadorias com base no RICMS de Minas Gerais, que, entendo, vai de encontro a toda sistemática da LC nº 87/96, não podendo ser acolhida como legislação intérprete da mesma para os demais membros federativos.

Entretanto, na presente lide, me alinho à Decisão prolatada pela JJF. O levantamento fiscal ao utilizar do arbitramento da base de cálculo do imposto, apurado através da DIPJ do estabelecimento matriz (fls. 64/65) não se presta para determinação da utilização indevida de crédito fiscal, caso exista.

Em primeiro, a DIPJ utilizada é uma consolidação das operações de todos os estabelecimentos da empresa e não somente dos estabelecimentos remetentes, por transferência das mercadorias, o que já revela total insegurança no valor arbitrado a título de base de cálculo, já que estes custos devem espelhar efetivamente aqueles incorridos por cada estabelecimento fabril.

Em segundo, o método de arbitramento da base de cálculo do imposto é procedimento, na legislação estadual deste Estado, que se restringe a apurar o valor ao montante real da base de cálculo das operações de saídas e não da base de cálculo das operações de transferências interestaduais recebidas pelo estabelecimento, para efeito de glosa de crédito. E, neste sentido, o voto de JJF foi bastante esclarecedor quando, após transcrever as determinações do art. 938, IV, do RICMS/BA, assim se posicionou:

“Ora, conforme explicitado, o arbitramento tem por objetivo estimar a base de cálculo do ICMS quando o contribuinte incorrer na prática de sonegação do imposto e quando não for possível apurar a base de cálculo real, mas os preceitos regulamentares limitam a aplicação desta medida, o que não foi seguido, nesta ação fiscal, pois os aujuantes aplicaram método não previsto na legislação do ICMS do Estado da Bahia. É que apesar de terem mencionado o art. 938, § 6º e na sessão de julgamento o auditor fiscal ter levantado a previsão contida no art. 938, I, b, todos esses dispositivos são relativos ao faturamento da empresa, e devem ser aplicados nos casos de omissões de saídas de mercadorias tributadas, não servindo para serem ampliados quanto à utilização indevida de crédito fiscal. O método de arbitramento para apuração de custo não está previsto na Lei, e não poderia ser construído por uma interpretação extensiva. Deste modo, não existe método de arbitramento que permita se faça a depuração analítica do custo de produ

Assim sendo, o lançamento de ofício, mediante arbitramento, com base na DIPJ de 2006, expurgando os itens atinentes à manutenção, depreciação

CUSTO DOS PRODUTOS FABRICADOS no percentual de 16,18% incidente sobre a base de cálculo das entradas em transferências, para a realização dos estornos mensais dos respectivos créditos fiscais, apropriados mensalmente na apuração do ICMS, não contém elemento suficiente para se determinar com segurança o cometimento da infração, consoante prevê o art. 18, inciso IV, alínea “a”, do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, devendo ser renovada a ação fiscal a salvo de falhas, respeitando-se o período decadencial.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a 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 206891.0014/09-4, lavrado contra DANONE LTDA. Recomenda-se a renovação da ação fiscal, a salvo de falhas, devendo ser respeitado o período decadencial.

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

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS – RELATORA

ROSANA MACIEL BITTENCOURT PASSOS - REPR. DA PGE/PROFIS