

A. I. Nº - 269514.0011/06-0

AUTUADO - MILKLY INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.

AUTUANTE - EDVALDO DANIEL DE ARAUJO

ORIGEM - INFAS SANTO ANTÔNIO DE JESUS

INTERNET - 17.09.2009

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0298-01/09

EMENTA: ICMS. 1. NULIDADE. FALTA DE CERTEZA QUANTO À CARACTERIZAÇÃO DA INFRAÇÃO. FALTA DE LANÇAMENTO DE DOCUMENTO FISCAL NOS LIVROS PRÓRIOS. Inexistência de elementos suficientes para caracterizar a infração imputada. Inviabilidade de saneamento, haja vista que a ação fiscal foi desenvolvida de forma inadequada, acarretando incerteza cuja elucidação, nestes autos, implicaria uma nova ação fiscal. Há dúvida, especialmente, quanto aos valores que porventura seriam devidos. Embora, em princípio, esses vícios pudesse ser saneados, ficou demonstrada, após diligência, a impossibilidade prática de remediar o procedimento, dada a natureza dos vícios assinalados. 2. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADOS A MENOS. Infração reconhecida. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 28/06/2006, exige ICMS no valor de R\$ 16.175,11, em decorrência do cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS atribuídas ao autuado:

1. Falta de recolhimento do ICMS constatada pela omissão de saídas de mercadorias decorrente do não lançamento do documento fiscal nos livros fiscais próprios, em 24/03/2006, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 14.579,99, acrescido da multa de 70%;
2. Reteve e recolheu a menos o ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, nos meses de janeiro a março de 2006, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 1.595,12, acrescida da multa de 60%.

Consta à fl. 138, “Termo de Revelia” lavrado em 31/10/2006 pelo órgão competente da INFAS/Santo Antônio de Jesus, por não ter o autuado apresentado defesa nem efetuado o pagamento do débito, com o despacho de encaminhamento à GECOB/DÍVIDA ATIVA, para inscrição do débito na Dívida Ativa.

À fl. 144-v, consta despacho da PGE/PROFIS datado de 29/01/2007, da lavra da ilustre Procuradora Angeli Maria Guimarães Feitosa, para que fosse citado o contribuinte mediante carta, com AR, via postal, dirigida ao seu endereço comercial.

A INFAS/Santo Antônio de Jesus, dando cumprimento à determinação da PGE/PROFIS, intimou o contribuinte (fls. 145/146), sendo alterada a data de ciência do Auto de Infração para 03/03/2007, conforme despacho à fl. 147.

Ainda à fl. 147, consta despacho da PGE/PROFIS, com data de 19/04/2007, emitido pela ilustre Procuradora acima referida, retornando o processo à GECOB, para que seja lavrado novo Termo de Revelia, uma vez que renovada a citação, perdendo efeito àquela de fl. 138.

Consta à fl. 149, “Termo de Revelia” datado de 11/04/2007, por não ter o autuado apresentado defesa, quitado o débito, ou efetuado o depósito do montante integral do débito.

À fl. 150-v, a PGE/PROFIS retornou os autos à GECOB em 14/06/2007, conforme despacho da ilustre Procuradora Angeli Maria Guimarães Feitosa, a fim de que fosse intimado o contribuinte em seu endereço comercial atual (fl. 149), uma vez que a comunicação realizada mediante AR(fl. 146), fora dirigida a endereço no qual não mais funcionava a empresa.

A GECOB atendendo a solicitação da PGE/PROFIS emitiu despacho datado de 29/08/2007(fl. 150-v), encaminhando o processo à INFRAZ/Santo Antonio de Jesus, para que intimasse o contribuinte, conforme determinado pela PGE/PROFIS.

Cumprindo a diligência, a INFRAZ/Santo Antonio de Jesus intimou o contribuinte, tendo este dado ciência em 21/09/2007, conforme consta à fl. 151.

O autuado, através de advogado legalmente constituído, apresentou peça impugnatória ao lançamento de ofício às fls. 153 a 158, se insurgindo apenas contra a infração 01.

Alega que no levantamento levado a efeito pelo autuante este ignorou o fato de que além de comercializar açúcar também o utiliza na industrialização de outros produtos como achocolatados, bebida láctea, alimento a base de leite em pó integral, refresco, farinha láctea, leite em pó modificado etc. e que na etapa de trituração há uma perda de 10% do açúcar.

Rechaça a forma e o conteúdo do documento acostado à fl. 53, afirmando que não foi produzido pela empresa, além de não refletir a real produção ocorrida no primeiro trimestre de 2006 que, segundo diz, foi bastante superior a apontada no referido documento.

Afirma que não há como se falar em omissão de saídas com base na metodologia aplicada pelo autuante que se utilizou de uma auditoria de estoque exclusiva do açúcar ignorando a realidade industrial da empresa, inexistindo ocorrência do fato imponível que ensejou o presente lançamento.

Invoca o princípio da reserva legal tributária expresso no artigo 150, I, da Constituição Federal, assim como lições de Hensel e Roque Antonio Carrazza, para sustentar que no presente caso não há qualquer prova, ou mesmo indício da ocorrência da hipótese de incidência, existindo sim prova nos autos que comercializa o açúcar, porém o utiliza no processo produtivo, o que não pode ser ignorado pelo autuante.

Prosseguindo, assevera que não pode prevalecer uma tributação por presunção, sob pena de violação aos princípios da legalidade estrita, presunção de inocência e segurança jurídica.

Diz que não se trata de uma presunção legal, portanto, fazendo-se mister para procedência da autuação, a comprovação da prática da infração para elidir a presunção, júris tantum, de sua inocência, sendo o ônus do Estado. Evoca decisão do Superior Tribunal de Justiça, no Recurso especial n. 8539/MG, 2^a Turma. Rel. Min. Ilmar Galvão, reproduzindo-a parcialmente.

Conclui requerendo a improcedência da infração 01.

O autuante prestou informação fiscal (fls. 167 a 169), consignando, em preliminar, não ter entendido o motivo pelo qual o Auto de Infração que teve a sua revelia decretada após expirado o prazo de defesa de 30(trinta) dias em 29/07/2006, foi reaberto o prazo para apresentação de defesa, dois anos após a sua lavratura.

Tece comentário sobre o regime de substituição tributária, para depois atacar as alegações defensivas, esclarecendo que no momento da autuação considerou a empresa como industrial que apresenta uma estimativa de perda de 10% de açúcar na elaboração de seus produtos. Diz que foram contabilizadas as unidades consumidas no processo produtivo, conforme demonstrativo de fl. 55, na apuração da quantidade de saída de mercadorias sem o devido lançamento nos documentos fiscais próprios.

Salienta que todos os documentos acostados aos autos foram fornecidos pela representante da empresa senhora Mariluce L.B. Costa, após intimação às fls. 18 e 133.

Afirma que, apesar de o autuado dizer que a sua produção não retrata os valores apresentados nos autos, por estarem bem aquém de sua realidade produtiva, deixa de fornecer a sua produção real, assim como de informar quantas unidades de açúcar cristal foram consumidas na fabricação dos produtos achocolatados, leite e bebidas lácteas, através de planilhas dos custos de produção desses produtos e do livro Registro de Controle de Produção e Estoque solicitados à fl. 133.

Finaliza mantendo integralmente a autuação.

A 1^a Junta de Julgamento Fiscal - JJF, considerando as alegações defensivas de que o açúcar além de comercializado também é utilizado na industrialização de outros produtos – bebida láctea, refresco, farinha láctea, leite em pó modificado, etc.- havendo na etapa de Trituração uma perda de 10% do açúcar, inexistindo omissão de saídas com base na metodologia aplicada, bem como de que o documento acostado pelo autuante à fl. 53, denominado de “Planilha de Produção do 1º trimestre – 2006-04-12”, não foi produzido pela empresa, além de não refletir a real produção ocorrida no primeiro trimestre de 2006, que foi bastante superior à apontada no referido documento, converteu o processo em diligência à INFRAZ/Santo Antonio de Jesus(fls. 175/176), a fim de que fossem adotadas as seguintes providências:

- intimasse o autuado a apresentar os documentos, planilha de custos de produção dos produtos que têm como matéria-prima o açúcar; livro Registro de Controle de Produção e Estoque ou similar; demonstrativo de apropriação da matéria-prima açúcar em quilograma, para os produtos acima referidos, no intuito de confirmar as suas alegações.

Intimado o contribuinte(fl. 178), este se manifesta às fls. 180/181, afirmando que todas as informações pertinentes, que não esbarrem no direito de sigilo de formulações industriais, encontram-se carreadas aos autos, não tendo o autuante se desincumbido do ônus que lhe cabe de comprovar as acusações propaladas no Auto de Infração.

Conclui reiterando os termos da defesa inicial e a improcedência do Auto de Infração.

A 1^a JJF, considerando que o contribuinte não apresentara os documentos e informações necessárias para solução da lide, converteu o processo em diligência à ASTEC/CONSEF(fls. 185), a fim de que Auditor Fiscal designado, verificasse em empresa do mesmo segmento do autuado, os percentuais de participação e utilização do açúcar na fabricação dos produtos achocolatados, bebidas lácteas e leites, e caso os percentuais estivessem situados no mesmo patamar utilizado pelo autuante, deveria ser informado e o processo retornar para os devidos fins. Foi solicitado ainda que, caso os percentuais identificados pelo diligente fossem diversos do apurado pelo autuante, deveria elaborar novo demonstrativo, com as devidas correções, se fosse o caso.

A diligente da ASTEC/CONSEF, através do Parecer ASTEC N. 53/20099(fls. 187/188), esclareceu que intimou a empresa ILPISA-Indústria de Produtos Alimentícios Palmeira dos Índios S/A, para apresentação de declaração quanto aos percentuais de açúcar utilizado similarmente na fabricação de achocolatado, bebidas lácteas e leites, tendo constatado que no processo produtivo das mercadorias por ela fabricadas, são utilizados percentuais de açucares nas seguintes proporções: achocolatado 9,60%; bebidas lácteas 9,0%, leites 0,00%.

Acrescenta a diligente que não foram analisados os percentuais relativos a outros produtos, também produzidos pelo autuado e pela empresa informante, tais como, refresco, alimentos à base de leite, iogurtes, etc, por ter sido solicitado na diligência o percentual referente aos três produtos ali indicados.

Ressalva que o Demonstrativo de Ajuste solicitado na diligência exprime fielmente o cálculo e forma de procedimento adotado pelo autuado à fl. 55, tendo em vista que as informações contidas no documento acostado à fl. 53, não reconhecido pelo autuado e necessário na apuração da verdade real quanto ao montante produzido pela empresa durante o período auditado, 01/2006 a 03/2006, não

fora devidamente comprovado, conforme intimação assinada pela sócia senhora Cristina Maluassi, em cumprimento à diligência à fl. 175/176.

Salienta que considerando as mesmas quantidades de produção de achocolatado, bebida láctea e leites, descritas no demonstrativo de fl. 55, ajustando apenas o percentual de açúcar utilizado em cada produto, conforme declaração prestada por empresa industrial similar ao autuado à fl. 190, o montante do débito passa de R\$ 14.579,99 para R\$ 31.367,60, persistindo a omissão de saída em levantamento quantitativo de estoque, de açúcar cristal, conforme demonstrativos que apresenta.

Intimado o contribuinte para ciência da diligência realizada pela ASTEC/CONSEF (fl. 194), este acusa o recebimento e se manifesta às fls. 196 a 200, afirmando que a diligente concluiu pela majoração da exigência fiscal com base em dados obtidos junto a uma terceira empresa, que nada tem a ver com a sua empresa, partindo de premissas equivocadas de que a formulação de seus produtos seriam os mesmos informados pela referida empresa.

Sustenta que os elementos já colacionados aos autos é que devem ser observados, sob pena de se infringir os princípios do devido legal, da ampla defesa e do contraditório.

Alega que a utilização de açúcar em seus produtos está devidamente materializada em sua peça de defesa às fls. 153 a 158, conforme transcreve. Diz ser esta a verdade real que deveria nortear os autos e não a prática de presunções e ficções já rebatidas por ocasião da defesa apresentada, inexistindo fato imponível de obrigação tributária no presente caso.

Assevera que, conforme informado na peça de defesa, o açúcar era usado como insumo na industrialização de seus produtos com perda de 10% na fase de Trituração dos mesmos, sendo que o excedente era destinado à comercialização.

Diz que a declaração prestada pela empresa somente trouxe informações sobre os itens achocolatado, bebida láctea e leite uht, quando, além destes itens, produzia, à época, alimento a base de leite em pó integral, refresco, farinha láctea, leite em pó modificado, etc, o que comprova a fragilidade das provas em que o Fisco se apega para manter a autuação.

Conclui requerendo a realização de nova revisão fiscal, com solicitação expressa de que o Auditor Fiscal realize auditoria nas informações que prestou no período autuado, pois, caso assim não seja realizado, estará incorrendo em equívoco e contribuindo para uma injustiça.

VOTO

Versa o Auto de Infração em lide sobre o cometimento de duas infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado. A infração 01, diz respeito à falta de recolhimento do ICMS constatada pela omissão de saídas de mercadorias decorrente do não lançamento do documento fiscal nos livros fiscais próprios. A infração 02 se refere à retenção e recolhimento a menos do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado.

A princípio, observo que o autuado não impugna a infração 02, significando dizer que reconhece como verídicas as irregularidades apontadas, a teor do artigo 142 e 143 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99. Observo que este item da autuação está em conformidade com o roteiro de fiscalização específico e com a legislação do ICMS. Infração mantida.

No que concerne à infração 01, após a realização das diligências solicitadas por esta Junta de Julgamento Fiscal, restou comprovada a inexistência de elementos suficientes para caracterizar a infração imputada ao contribuinte.

Isso porque, o levantamento levado a efeito pelo autuante foi baseado em informações totalmente imprecisas, haja vista que utiliza percentuais de quantidade de participação do açúcar nos produtos fabricados pelo impugnante e arrolados na autuação nos seguintes termos: “Achocolatado 80%; Beb.Lactea 50%; Alim.a base 50%; Modificado 50%; Refresco 80%”.

Ocorre que, a diligência solicitada à ASTEC/CONSEF, a fim de que apurasse junto a empresa que desenvolve atividade semelhante ao do autuado o percentual de participação do açúcar na produção dos mesmos produtos objeto do levantamento realizado pelo autuante, trouxe como resultado a identificação dos percentuais para os mesmos produtos da seguinte forma: “Achocolatado 9,60%; Bebida Láctea 9,00% e Leite UHT 0,00%.” Portanto, em percentuais significativamente inferiores ao apontado na autuação.

Além disso, o autuante não arrolou no levantamento os demais produtos fabricados pelo autuado, a exemplo de refresco, alimentos à base de leite, iogurtes, o que representa uma imperfeição na demonstração da base de cálculo e, consequentemente, na impossibilidade de prosseguimento da lide.

A título ilustrativo, reproduzo parcialmente abaixo, a Súmula n. 01 aprovada pela Câmara Superior deste CONSEF, cujo texto trata exatamente da determinação da base de cálculo:

“Súmula n. 1

(...)

Para se determinar a base de cálculo a salvo de imperfeições, é indispensável que se demonstre nitidamente a mesma, o que há de ser feito de forma comprehensiva, apontando o critério ou método adotado pelo fisco, a fonte e demais dados necessários ao entendimento, por parte do sujeito passivo, com fundamento na legislação. Isso porque a base de cálculo do imposto é a dimensão material do tributo, sendo essa demonstração que oferece os critérios para mensurar o fato tributário imponível. A clareza da forma como foi apurado o débito é decorrência dos princípios da legalidade e da verdade material. Os atos dos autuantes devem-se pautar no contido no Código Tributário Nacional, mais precisamente em seu artigo 142, parágrafo único, bem como no RPAF/99, em seu art. 39, e a descrição da ocorrência dos fatos deve ser feita da forma mais clara e segura possível, incluindo-se aí a demonstração dos cálculos e a informação dos métodos utilizados para determinar a base de cálculo do imposto.”

Assim, considerando a inviabilidade de saneamento do presente processo, haja vista que a ação fiscal foi desenvolvida de forma inadequada, acarretando incerteza quanto aos valores que porventura seriam devidos, cuja elucidação, nestes autos, implicaria uma nova ação fiscal, a infração é nula. Recomendo a autoridade competente instaurar novo procedimento fiscal, a salvo de falhas, conforme manda o artigo 21 do RPAF/99.

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 269514.0011/06-0, lavrado contra **MILKLY INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.595,12**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, II, “e”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais. Recomendada a autoridade competente a instauração de novo procedimento fiscal, a salvo de falhas, referente à infração 01, com fulcro no artigo 21 do RPAF/99.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de setembro de 2009.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA - JULGADOR