

PROCESSO - A. I. Nº 207182.0014/08-7
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - MARQUES FAIR INDÚSTRIA E COMERCIO DE POLPAS DE FRUTAS LTDA.
(POLPA DE FRUTAS SEMPRE VIVA)
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 4ª JJF nº 0406-04/09
ORIGEM - INFAZ IPIAÚ
INTERNET - 30/11/2010

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0386-12/10

EMENTA: ICMS. 1. LIVROS FISCAIS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. OPERAÇÕES REGULARMENTE ESCRITURADAS. Documentos juntados com a defesa comprovam que parte do imposto já tinha sido recolhida. Refeitos os cálculos, resultou em redução do débito da infração. Imputação elidida em parte. 2. ARBITRAMENTO. PRÁTICA DE SONEGAÇÃO. SAÍDAS DE MERCADORIAS COM DECLARAÇÃO NOS DOCUMENTOS FISCAIS DE VALORES INFERIORES AOS PREÇOS CORRENTES. Restou comprovado que o arbitramento não obedeceu ao devido processo legal; não foi indicado o enquadramento que determina a metodologia aplicada; empregou metodologia de apuração de imposto não prevista para estabelecimento industrial o que conduz a incerteza na determinação com segurança da infração e do infrator. Infração nula. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício, interposto pela 4ª Junta de Julgamento Fiscal, nos termos do art. 169, I, “a”, item 1, do RPAF/99, com vistas ao reexame da Decisão proferida nos autos do presente PAF que julgou parcialmente procedente a acusação fiscal.

O lançamento de ofício foi lavrado em 06/03/2008, para exigir o ICMS no valor de R\$1.462.353,16, em decorrência de 05 infrações, das quais apenas as infrações 1 e 3, transcritas abaixo são motivo do presente Recurso de Ofício.

***“Infração 01:** Deixou de recolher o ICMS no prazo regulamentar referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios - R\$225.288,17.*

***Infração 3:** Deixou de recolher ICMS, apurado por meio de arbitramento da base de cálculo, em virtude de declaração, nos documentos fiscais, de valores notoriamente inferiores ao preço corrente das mercadorias – R\$1.122.351,42.”*

A 4ª JJF entendeu, por unanimidade, julgar o Auto de Infração parcialmente procedente, no qual as infrações 1 e 3, motivo do Recurso de Ofício em apreço, são declaradas parcialmente subsistente e nula, respectivamente, enquanto que as infrações 2, 4 e 5 são mantidas em sua inteireza.

Transcrevo o voto prolatado pelo ilustre julgador de primeiro grau, atendo-me aos trechos que tratam das infrações 1 e 3, como segue:

“(…)

No mérito, o Auto de Infração trata da exigência de ICMS relativo à falta de regulamentar, descumprimento de obrigação tributária principal, omissão arbitramento da base de cálculo, da diferença entre as alíquotas internas

responsável solidário.

Na defesa apresentada o autuado reconheceu parte da infração 1, totalizando R\$148.829,49 sob alegação de que na apuração do débito não foi compensado créditos relativos a aquisições de embalagens e insumos utilizados no beneficiamento de polpas, o que foi acatado pelo autuante na informação fiscal.

Entretanto, em atendimento a diligência determinada pela 1ª JF o autuante refez o demonstrativo original contemplando valor de R\$12.633,24 já recolhido, valores destacados em notas fiscais totalizando R\$96.246,97 (R\$61.269,01 em 2006 e R\$35.833,70 em 2007) conforme demonstrativos juntados com a defesa (fls. 207/210), glosou créditos relativos a notas fiscais de consumo totalizando R\$604,15 em 2006 e R\$251,59 em 2007 (fls. 587/588), inclusive excluiu o valor de R\$20.644,03 relativo à exigência da infração 2, que por equívoco foi incluído no Anexo I.

Pelo exposto, não existindo qualquer controvérsia em relação aos ajustes procedidos pelo autuante, acato os demonstrativos juntados às fls. 1142/1143 e considero devido o valor de R\$129.041,20 conforme demonstrativo abaixo.

(...)

No tocante à infração 3, foi exigido ICMS por meio de arbitramento da base de cálculo “em virtude de declaração, nos documentos fiscais, de valores notoriamente inferiores ao preço corrente das mercadorias”.

Para melhor análise dos fatos faço um breve resumo da sucessão de acontecimentos.

Na defesa apresentada o autuado alegou que:

- a) O autuante na apuração dos preços médios “excluiu as notas de menores valores, para assim, forçar um suposto arbitramento”, apresentando demonstrativo próprio com preços médios de R\$0,71 e R\$0,83, respectivamente, em 2006 e 2007 e que os preços médios apontados pelo autuante são ilusórios, fictícios, destituído de lógica;
- b) Não obedeceu ao disposto no art. 938 do RICMS/BA e não levou em consideração os elementos da escrita fiscal e contábil;
- a) Nas infrações 1 e 2, foram relacionadas notas fiscais de saídas, calculando o ICMS devido com preços médios apurados por quilos no Anexo III de R\$0,71 (2006) e R\$0,83 (2007) e elaborou os anexos IV e V para apurar novamente preços médios para o arbitramento;
- b) Questionou se a base de cálculo de R\$6.602.067,17 e o valor exigido de R\$1.122.351,42 mediante arbitramento não estão contidos no demonstrativo de imposto recolhido a menos.

Na informação fiscal o autuante contestou dizendo que:

- 1) O preço de mercado da polpa gira em torno de R\$3,50 a R\$6,00 e os preços médios praticados de R\$0,71 e R\$0,83 (2006/2007). Afirma estarem corretos os valores médios de R\$2,87 e R\$2,90 (2006/2007);
- 2) No anexo VI foram compensadas as saídas consideradas no anexo I, não havendo duplicidade de exigência do imposto.

Em atendimento à diligência determinada pelo CONSEF, pesquisa de preço realizada em três empresas instaladas na mesma região e nos mesmos exercícios fiscalizados foram apurados preços médios de R\$0,98 e R\$0,97 (2006/2007). Refeito os demonstrativos originais resultou em valores devidos de \$59.534,34 e R\$51.905,59 totalizando R\$111.439,93 (fl. 586).

O autuado manifestou-se dizendo que na pesquisa de preços realizada foi constatado que uma das empresas apresenta preço médio inferior ao que pratica, outra próxima aos seus e outra com preços superiores, tudo isso, alega que é em função do nível tecnológico-sanitário, controle de qualidade e destino a público diferenciado, sendo que a sua produção é destinada à público de baixa renda por ser um “produtor popular”.

Pela análise dos elementos contidos no processo verifico que com relação à segunda alegação de que o ICMS exigido no Anexo III com preços médios de R\$0,71 (2006) e R\$0,83 (2007), apurado nas infrações 1 e 2, não foram deduzidos nos valores exigidos na infração III (Anexos IV e V), não assiste razão ao impugnante, visto que conforme Anexo VI (fls. 115 e 603) o autuante multiplicou a quantidade de quilos do produto comercializado pelo preço médio e do valor total das saídas arbitradas deduziu o valor das saídas registradas, não havendo exigência cumulativa como argumentado pelo recorrente.

Com relação à primeira alegação defensiva constato que em relação ao exercício de 2006 no demonstrativo do Anexo III (fls. 22/45) no qual apurou o imposto não recolhido nas infrações 1 e 2, indicou preços médios de R\$0,75; R\$1,23 e R\$0,71 respectivamente das saídas totais, isentas e tributadas. Já o demonstrativo específico de Preço Médio da infração 3 (fls. 83/94) indica preços médios de R\$2,74; R último no arbitramento da base de cálculo.

Da mesma forma em relação ao exercício de 2007 no demonstrativo do Anexo

imposto não recolhido nas infrações 1 e 2, indicou preços médios de R\$0,86; R\$1,56 e R\$0,83 respectivamente das saídas totais, isentas e tributadas. Já o demonstrativo específico de Preço Médio da infração 3 (fls. 95/114) indica preços médios de R\$2,90; R\$3,02 e R\$2,90, tendo utilizado também o último na apuração da base de cálculo arbitrada.

Portanto, assiste razão ao impugnante ao afirmar que foram utilizadas parcialmente notas fiscais com valores mais elevados para apurar o preço médio. Isso ficou comprovado pela apuração de preços médios praticados por outras empresas de R\$0,98 (2006) e R\$0,97 (2007) no demonstrativo elaborado pelo autuante (fl. 586) que corresponde em média a um terço dos valores utilizados de R\$2,87 e R\$2,90 no arbitramento da base de cálculo.

Como o enquadramento da infração indica que o arbitramento da base de cálculo foi feito devido à prática de sonegação do imposto mediante declaração, nos documentos fiscais, de valores notoriamente inferiores ao preço corrente das mercadorias (art. 937, V do RICMS/BA), verifico que foi indicado de modo genérico o artigo 938. Em se tratando de estabelecimento industrial, o método a ser empregado deveria ser o do inciso IV deste dispositivo, levantando o custo das matérias-primas, materiais secundários, produtos intermediários, acondicionamento, mão-de-obra e outros gastos de fabricação, agregando-se ao montante 20%, a título de margem de valor adicionado (MVA).

A não indicação do inciso que prevê o método aplicado, bem como a ausência Termo de Fiscalização, circunstanciando detalhadamente a ocorrência, que deveria ser transcrito, na íntegra, no livro Registro de Utilização de Documentos Fiscais e Termos de Ocorrências (infração cometida; dispositivo regulamentar em que se apóie o arbitramento; elemento que serviu de base à apuração; valor das saídas apuradas; valor do ICMS; importância recolhida; o valor dos créditos e total a recolher), conduz a nulidade do procedimento fiscal tendo em vista que dificulta o exercício do direito de defesa.

Da mesma forma, tendo apurado preço médio com base em parte dos documentos fiscais emitidos pelo contribuinte e não de todos os documentos fiscais emitidos, também conduz a nulidade da infração em razão da incerteza na determinação da base de cálculo, o que foi suprida pela diligência determinada pelo CONSEF no sentido de apurar os preços médios com base nos preço de venda a varejo no local da ocorrência.

Além disso, o resultado da diligência apurou preços médios praticados por empresa em valores inferiores e próximos aos praticados no mesmo período pelo estabelecimento autuado [preço médio praticado pela empresa Zoraide Fonseca dos Reis de R\$0,57 (2006) e R\$0,54 (2007)] ou próximo dos praticados pelo estabelecimento autuado [R\$0,71 (2006 - fl. 45) e R\$0,83 (2007 - fl. 82) em contrapartida dos da empresa Benjoino Indústria e Comércio Ltda [preços praticados de R\$0,91 e R\$1,02 (2006/2007)] tendo apenas os praticados pela Indústria de Sucos Apuarema Ltda de (R\$1,47 e R\$1,36) se revelado superiores.

Por tudo que foi exposto, concluo que os preços médios apontados na apuração da base de cálculo, além de não ter sido feito em conformidade com o processo legal, conduz à incerteza quanto à determinação da base de cálculo, motivo pelo qual declaro nulo o lançamento pela falta de elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator nos termos do art. 18, IV, “a” do RPAF/BA. Infração nula.

(...)

Pelo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

Com amparo no 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, a Junta de Julgamento Fiscal recorre, de ofício, da Decisão prolatada para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal deste CONSEF.

Regularmente cientificados, autuante e autuado mantiveram-se silentes.

São acostados aos autos informações do SIGAT, fls. 1.166 a 1.169, que dão conta de pedido de parcelamento feito pelo contribuinte do valor julgado pela 4ª JJF, deferido, com quatro das sete parcelas pagas à data da emissão dos referidos documentos.

VOTO

O presente Recurso interposto de ofício pelos julgadores da 4ª JJF deste CONSEF tem por objeto reapreciar do Acórdão de nº 0406-04/09 que impõe sucumbência da fazenda pública estadual em ralação às infrações 1 e 3, na forma estabelecida pelo art. 169, I do RPAF/BA.

A Decisão recorrida, submetida à revisão desta 2ª Câmara de Ju qualquer reforma, senão vejamos.

O Auto de Infração lavrado em 06/03/2008, contra Marques Fair Indústria e Comércio de Polpas de Frutas Ltda. exige ICMS que monta em R\$1.462.353,16, em decorrência da falta de recolhimento do imposto no prazo regulamentar, descumprimento de obrigação tributária principal, omissão de saída apurada por meio de arbitramento da base de cálculo, da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais e na qualidade de responsável solidário.

Esposadas as razões de decidir, os membros da 4ª JJF, julgam parcialmente procedente a infração 1, nula a infração 3 e totalmente subsistentes as infrações 2, 4 e 5.

Atendo-me às infrações objeto do presente Recurso de Ofício, passo a tratar da infração 1, que especificamente, exige ICMS pelo não recolhimento no prazo regulamentar referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios.

O autuado, em sede de defesa, fls. 196/203, vem aos autos e reconhece parte da acusação que lhe pesa, no valor R\$148.829,49. Quanto ao valor remanescente, alega que na apuração do débito não foi feita a compensação dos créditos relativos a aquisições de embalagens e insumos utilizados no beneficiamento de polpas.

O autuante, na sua informação fiscal, fls. 553/555, acata os argumentos trazidos pelo contribuinte e declara que *“procede a reivindicação. Os créditos relacionados foram confirmados. O valor dessa infração reduz-se a R\$148.829, 49, conforme demonstrado na defesa.”*.

O PAF é convertido em diligência, fls. 582/583, para que fosse elaborado novo demonstrativo explicitando a origem do valor exigível, tendo-se em conta os créditos fiscais destacados nas notas fiscais de aquisição de materiais de embalagem e de insumos utilizados diretamente no processo produtivo do autuado. Em que pesem os argumentos do autuado e a concordância do autuante, o que se verifica do resultado da diligência é que do novo demonstrativo a exigência fiscal passa a ser de R\$129.041,20.

Ante o exposto, não merece qualquer reforma a Decisão prolatada pela 4ª JJF, no que concerne à infração 1, vez que restou comprovada a procedência da infração no valor indicado no demonstrativo elaborado pelo fiscal autuante, por ocasião do atendimento à diligência solicitada pela 1ª JJF. Considero, portanto, parte deste voto o demonstrativo presente à fl. 1.151 – voto do ilustre Relator de primeiro grau.

A infração 3 trata de exigência de ICMS por meio de arbitramento da base de cálculo, como quer o autuante, *“em virtude de declaração, nos documentos fiscais, de valores notoriamente inferiores ao preço corrente das mercadorias”*.

A 4ª JJF trata ainda do enquadramento da infração no art. 937, V do RICMS/97, que informa que a fiscalização estadual poderá fazer o arbitramento da base de cálculo do ICMS, quando o contribuinte incorrer na prática de sonegação do imposto e não for possível apurar o montante real da base de cálculo, desde que se comprove a declaração, nos documentos fiscais, de valores notoriamente inferiores ao preço corrente das mercadorias.

Ocorre que se trata de estabelecimento industrial e, a rigor do art. 938, IV, há que se dispensar tratamento especial, no que concerne aos métodos de aplicação arbitramento, onde deveriam ser levantados o custo das matérias-primas, materiais secundários, produtos intermediários, acondicionamento, mão-de-obra e outros gastos de fabricação, agregando-se ao montante 20%, a título de margem de valor adicionado (MVA).

A 4ª JJF aponta como vícios insanáveis o fato de o autuante não haver indicado o inciso que prevê o método aplicado no arbitramento, bem como não haver juntado *“Termo de Fiscalização, circunstanciando detalhadamente a ocorrência, que deveria ser transcrito, na íntegra, no livro Registro de Utilização de Documentos Fiscais e Termos de Ocorrências (infração cometida; dispositivo regulamentar em que se apóie o arbitramento; elei apuração; valor das saídas apuradas; valor do ICMS; importá créditos e total a recolher)”*.

Entendo que resta absolutamente demonstrado que a infração 3 padece de vícios insanáveis que fazem com que acompanhe o entendimento da 4ª JJF pela nulidade da infração. Primeiro por questões formais, pela falta do imprescindível Termo de Fiscalização, pela equivocada capitulação da infração, que em primeira análise, impedem o exercício do direito de defesa e do contraditório. Pouco não foi, o autuante impôs ao contribuinte a acusação de deixar de recolher o ICMS em virtude de declarar, nos documentos fiscais, valores “*notoriamente inferiores ao preço corrente das mercadorias*”, afirmativa que restou comprovadamente falsa, conforme se estabelece na diligência realizada com o fim específico de se determinar o preço médio das mercadorias.

Assim, diante dos vícios formais e materiais apontados que ensejam a impossibilidade do pleno exercício do direito de defesa e do contraditório, além da consequente incerteza na determinação da base de cálculo do imposto a ser exigido, acompanho o entendimento da 4ª JJF que declarou nula a infração 3.

Diante de tudo o quanto exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do presente Recurso de Ofício, para manter inalterada a Decisão recorrida. Homologuem-se os valores eventualmente recolhidos pelo contribuinte.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª 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 **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **207182.0014/08-7**, lavrado contra **MARQUES FAIR INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE POLPAS LTDA. (POLPAS DE FRUTAS SEMPRE VIVA)**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$243.754,77** acrescido das multas de 50% sobre R\$129.041,20 e 60% sobre R\$114.713,57, previstas no art. 42, incisos I, “a” e II, “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores comprovadamente pagos.

Sala das Sessões do CONSEF, 08 de novembro 2010.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

JOSÉ ANTONIO MARQUES RIBEIRO – RELATOR

ALINE SOLANO SOUZA CASALI BAHIA - REPR. DA PGE/PROFIS