

PROCESSO - A. I. Nº 278999.0105/08-0
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - FRIGORÍFICO PADRÃO INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 3ª JJF nº 0034-03/11
ORIGEM - INFAZ INDÚSTRIA
INTERNET - 22/09/2011

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C/JF Nº 0258-11/11

EMENTA: ICMS. 1. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS DECLARADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. NULIDADE. FALTA DE CERTEZA E LIQUIDEZ. Mesmo feita diligência para esclarecimento, persistem dúvidas quanto ao que realmente a fiscalização pretendeu apurar neste caso, além do emprego de critério que implica em arbitramento do valor lançado. Lançamento nulo. 2. LIVROS FISCAIS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS. MULTAS. a) FALTA DE PRÉVIA AUTORIZAÇÃO. Multa indevida – inexistência de previsão legal. b) ESCRITURAÇÃO EFETUADA EM DESACORDO COM AS NORMAS REGULAMENTARES. Fato provado nos autos. Mantida a multa. 5. DOCUMENTOS DE INFORMAÇÕES ECONÔMICO-FISCAIS. DMA. DECLARAÇÃO INCORRETA. MULTA. Fato provado nos autos. Mantida a multa. 6. CONTA “CAIXA”. SALDOS CREDORES. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A legislação autoriza a presunção de que o contribuinte efetuou pagamentos com Recursos não contabilizados decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas sempre que a escrita do estabelecimento apresentar saldos credores de Caixa, a não ser que o contribuinte prove a insubsistência da presunção. Fato demonstrado nos autos. Mantido o lançamento. Não acolhida alegação de decadência. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto pela 3ª Junta de Julgamento Fiscal, à luz do que preceitua o art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, em face da referida Decisão pela mesma proferida através do Acórdão JJF nº 0034-03/11 que, por unanimidade, julgou Parcialmente Procedente o presente Auto de Infração.

O presente lançamento de ofício imputa ao contribuinte o cometimento de oito infrações, sendo objeto do Recurso de Ofício as seguintes:

2. Falta de recolhimento de ICMS em virtude da realização de operações tributáveis como se fossem não tributáveis, sendo lançado imposto no valor de R\$ 507.944,50, com multa de 60%;
5. Escrituração de livros sem prévia autorização, sendo por isso aplicada multa de R\$ 560,00;

Em Primeira Instância, inicialmente, o Relator não acatou o pedido de declaração de decadência do direito de constituir o crédito tributário relativamente ao exercício de 2003, infração 2, em razão de haver sido extrapolado o prazo de cinco anos para que o sujeito ativo o constituísse, tal como previsto no artigo 150, §4º do CTN, por entender que a regra estabelecida no citado artigo, a qual se apegava a defesa, aplica-se quando a lei do ente tributante não fixa prazo à homologação. No caso em questão, a regra a ser aplicada é a contida no artigo 173 também do CTN cujo prazo

de decadência começa a ser contado a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Assim, os débitos que segundo a defesa já teriam sido alcançados pela decadência – os anteriores a 19.10.03 – já poderiam ter sido lançados no exercício de 2003. O primeiro dia do exercício seguinte é 1º de janeiro de 2004. Por conseguinte, o lançamento do período em discussão poderia ser feito até 31 de dezembro de 2008, enquanto que o procedimento fiscal foi formalizado em 30 de setembro de 2008, e o sujeito passivo foi intimado no dia 20 de outubro, não ocorrendo a decadência arguida.

Em razão de o autuado ter arguido, em relação à infração 2, violação ao princípio da ampla defesa, por não ter conhecimento exato da acusação que lhe foi imputada, em virtude de o fiscal autuante, apenas haver indicado o fundamento jurídico, sem apontar os elementos fáticos, e considerando que na informação fiscal foram prestados esclarecimentos adicionais acerca do critério adotado no levantamento efetuado que teriam de ser do conhecimento do autuado, a JJF converteu o PAF em diligência à repartição de origem, a fim de que o fiscal autuante informasse qual seria o “material de consumo” a que se refere a “observação” constante no final do demonstrativo (fl. 40), acerca do cálculo da proporcionalidade efetuado nos demonstrativos às fls. 39 e 40, em que é feita alusão ao emprego de determinado “material de consumo” utilizado na fabricação, como sal, embalagem, etc. Na mesma diligência, tendo em vista que não haviam sido entregues cópias dos demonstrativos às fls. 37/40, determinou-se que fossem entregues cópias daquelas peças ao contribuinte e se reabrisse o prazo de defesa.

Tendo em vista que o autuante, apesar de ter deixado claro que efetuou uma espécie de arbitramento, em razão da não apresentação da documentação fiscal necessária para a realização da auditoria de produção industrial, não prestou os esclarecimentos solicitados pela JJF, no que diz respeito à proporcionalidade efetuada para obtenção de índices relativamente ao emprego de um “material de consumo” utilizado na fabricação, como sal, embalagem, etc.

Na tentativa de descobrir, a finalidade da proporcionalidade o relator procedeu à verificação dos demonstrativos elaborados pelo fiscal autuante constatando que o índice anual do exercício de 2003 corresponde à divisão do total das entradas de “material para uso ou consumo” (possivelmente insumos industriais) procedentes de outros Estados, pelo total das “compras/vendas” (possivelmente compras de mercadorias para revenda). Nos demais exercícios não foi possível chegar a nenhuma conclusão, tendo em vista a existência de outros dados relativos a “devoluções” e “anulações”.

Ademais, ressaltou a JJF serem irrelevantes as aquisições de “material para uso ou consumo”, uma vez que, segundo o autuante, a empresa atua no ramo de frigorífico e adquire produtos comestíveis resultantes do abate de gado bovino e suíno oriundos de outros Estados para industrialização sem o recolhimento do ICMS nas saídas e sem a antecipação nas entradas. Assim, diante das evidências concluiu que não foi cobrado imposto relativamente às entradas ou às saídas dos mencionados produtos resultantes do abate de gado, pois os elementos constantes nos aludidos demonstrativos levam a crer que a preocupação do nobre autuante é com a cobrança de imposto relativo aos referidos “materiais de consumo” (sal, embalagens).

Acrescentou também que não são esclarecedores os comentários do autuante acerca do que ele chama de sistema de tributação adotado pela empresa, que seria com base no art. 355, III, e no art. 3º, § 6º, do RICMS, tendo em vista que neste caso o procedimento correto seria o autuante verificar se as mercadorias se enquadravam no regime da substituição tributária prevista no art. 353, II, item 9, do RICMS (produtos comestíveis resultantes do abate de aves e de gado bovino, bufalino e suíno, em estado natural, resfriados, congelados, defumados, secos, salgados ou temperados, exceto charque) e, em caso positivo, verificar se o imposto foi pago.

Ressaltou ainda que a substituição tributária, relativamente a esses produtos não é apenas para as operações interestaduais. Ao contrário, a regra se destina em primeiro lugar às operações internas, sendo extensiva às aquisições de fora do Estado. Não se justificando, portanto, a ênfase dada pelo autuante às aquisições interestaduais, que teriam saído sem tributação, haja vista que também com relação às aquisições internas, para que o contribuinte dê saída livre de imposto, é

preciso que o imposto tenha sido pago por antecipação, ficando, por conseguinte encerrada a fase de tributação.

Prosseguiu afirmando que, apesar do autuante ter informado à fl. 1188, que adotou a proporcionalidade em discussão “*em função da não apresentação da documentação fiscal pelo autuado*”, constatou que, na folha seguinte (fl. 1189), consta a afirmação do autuante de que “*As aquisições de produtos oriundos do abate de animais vindos de outras unidades da federação vinham acompanhadas de notas fiscais que informavam ser as mercadorias destinadas à industrialização*”. Além disso, o próprio autuante anexou as Notas Fiscais aos autos, haja vista a declaração constante no corpo do Auto de Infração: “*As cópias das notas fiscais respectivas encontram-se apensas no presente PAF*”.

Assim, a Junta de Julgamento Fiscal entendeu não ter sido esclarecida a razão pela qual o autuante, apesar de estar de posse das notas fiscais e ter constatado que o imposto não foi nem antecipado nem pago na saída, em vez de cobrar o imposto que deixou de ser antecipado, optou por um levantamento que implica um inexplicável e injustificável caso de arbitramento por um método não contemplado no art. 938 do RICMS/97.

Conclui então, a JJF pela nulidade desta infração, por absoluta falta de certeza e liquidez.

A Infração 5 foi julgada improcedente sob o argumento de que “*até o advento da Alteração nº 48 (Decreto nº 8.740/03), o art. 317 do RICMS previa que os livros fiscais só podiam ser utilizados depois de serem visados pela repartição fiscal ou pela Junta Comercial. Porém, a partir daquela alteração, não há mais previsão de prévio visto. Nos termos do inciso V do referido artigo, o servidor fiscal que realizar atividade de fiscalização do estabelecimento é que deve apor visto nos livros fiscais ainda não visados, na página em que foi lavrado o Termo de Abertura ou o Termo de Encerramento, e verificar se houve lavratura do termo próprio no livro de ocorrências. Isto é o que deveria ter sido feito pelo nobre autuante.*”

Em atendimento ao disposto no artigo 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, a 3ª Junta de Julgamento Fiscal recorreu de ofício a uma das Câmaras de Julgamento Fiscal.

VOTO

Reparo algum merece a Decisão recorrida.

O lançamento fiscal, referente à infração 2, diz respeito a exigência do ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. Consta ainda na descrição dos fatos que a empresa é do ramo de frigorífico e realizava operações de aquisições de produtos comestíveis resultantes do abate de gado bovino e suíno provenientes de outros Estados destinados à sua industrialização, sem recolhimento do imposto nas saídas, tendo a fiscalização apurado a proporcionalidade de compras realizadas em outros Estados, e os indicadores obtidos de tal proporcionalidade foram usados no trabalho fiscal, conforme demonstrativos anexos.

Verifico que, às fls. 39 a 40, o agente fiscal calculou um índice anual de entrada de mercadorias e /ou aquisições baseado nas informações do contribuinte contidas nas DMAS consolidadas. Estes índices foram aplicados sobre os totais das saídas, a fim de se apurar o valor a tributar. Sobre estes valores foi aplicada a alíquota de 17% e o resultado encontrado comparado com os pagamentos efetuados pelo contribuinte, conforme demonstrativos às fls. 37/38, apurando o débito a recolher.

Ocorre que não ficou esclarecida a metodologia utilizada pelo autuante para o cálculo da proporcionalidade efetuada no citado demonstrativo, apesar de a JJF ter remetido o PAF em diligência para esta finalidade, tendo em vista que no exercício de 2003 o índice anual daquele exercício corresponde à divisão do total das entradas de “material para uso ou consumo” procedentes de outros Estados pelo total das “compras/vendas”, porém, nos demais exercícios, utilizando esta mesma metodologia não se confirma o índice apurado pelo autuante no citado demonstrativo.

O fiscal autuante, naquela oportunidade, explicou que adotou a “*proporcionalidade de compras*

em relação às quais as operações de saídas não seriam objeto de benefícios da alíquota zero” em função da não apresentação da documentação fiscal pelo autuado, mesmo tendo sido intimada por diversas vezes. Concluiu então que, por esta razão, a fiscalização foi efetuada com base em alguns livros, informações da DMA e “circularização” junto aos sistemas CFAMT e SINTEGRA.

Ante os fatos, apesar da acusação fiscal exigir ICMS em razão do contribuinte ter praticado operação tributável como não tributável, conclui-se que foi efetuada uma espécie de arbitramento da base de cálculo em razão do contribuinte não ter apresentado todos os documentos solicitados pela fiscalização. É certo que, de acordo com o art. 937, inciso I, do RICMS/97, a fiscalização estadual poderá fazer o arbitramento da base de cálculo do ICMS, quando não forem apresentados, ao fisco, os livros e documentos necessários à comprovação de registro ou lançamento em livro fiscal ou contábil, entretanto, o citado regulamento através do art. 938 também determina a metodologia a ser utilizada para a apuração da base de cálculo, que diverge totalmente dos papéis de trabalho utilizados pela fiscalização, que serviram de base para a apuração do imposto reclamado.

Assim, nula se apresenta à referida infração, tendo em vista que foi efetuado o arbitramento da base de cálculo do imposto estadual utilizando-se uma metodologia não prevista no art. 938 do RICMS/BA.

No que se reporta à infração descrita no item 5, que exige a multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$560,00, pela escrituração sem prévia autorização dos livros Registro de Entradas e de Saídas, no exercício de 2007, não pode subsistir, tendo em vista que, desde 12/11/03, não há mais obrigatoriedade de autorização prévia para utilização de livros fiscais escriturados manualmente.

A partir daquela data, segundo o art. 317, inciso V, do Regulamento do ICMS/BA, os livros fiscais escriturados manualmente serão visados pelo servidor fiscal que realizar atividade de fiscalização no estabelecimento.

Diante do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª 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 **278999.0105/08-0**, lavrado contra **FRIGORÍFICO PADRÃO INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$247.757,01**, acrescido das multas de 60% sobre R\$11.013,82 e 70% sobre R\$236.743,19, previstas no art. 42, incisos II, alíneas “a” e “f” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além de multas por descumprimento de obrigações acessórias no total de **R\$280,00**, previstas no inciso XVIII, alíneas “b” e “c”, do art. 42 da supracitada lei, com os demais acréscimos moratórios de acordo com a Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de agosto de 2011.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – RELATORA

MARIA DULCE HASSELAMN RODRIGUES BALEEIRO COSTA – REPR. DA PGE/PROFIS