

PROCESSO - A. I. Nº 206905.0003/07-9
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e L. XAVIER INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ÓLEOS VEGETAIS LTDA. (SUPERLEITURA)
RECORRIDOS - F. XAVIER INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ÓLEOS VEGETAIS LTDA. (SUPERLEITURA) e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0146-02/11
ORIGEM - INFAZ BARREIRAS
INTERNET - 08.01.2013

3ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0113-13/12

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ENTRADAS E SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. **a)** EXIGIDO IMPOSTO SOBRE A DIFERENÇA DE MAIOR EXPRESSÃO MONETÁRIA, A DAS OPERAÇÕES DE ENTRADAS. Comprovada pelo contribuinte a origem parcial dos recursos. Redução do valor exigido. Infração parcialmente mantida. **b)** LEVOU-SE EM CONTA, PARA O CÁLCULO DO IMPOSTO, O MAIOR VALOR MONETÁRIO, O DAS SAÍDAS TRIBUTÁVEIS. Comprovada pelo contribuinte a origem parcial dos recursos. Redução do valor exigido. Infração parcialmente subsistente. Afastadas a preliminar de nulidade e a solicitação de diligência ou perícia. Mantida a Decisão recorrida. Recursos **NÃO PROVIDOS**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recursos de Ofício e Voluntário interpostos pela 2ª Junta de Julgamento Fiscal (2ª JJF) e pelo sujeito passivo, respectivamente, previstos no art. 169, I, “a” e “b”, “1”, do RPAF/99, contra a Decisão que julgou Procedente em Parte - Acórdão JJF Nº 0146-02/11 - o Auto de Infração em epígrafe, lavrado para exigir ICMS, no valor total de R\$374.289,39, sendo objetos dos Recursos as seguintes infrações:

INFRAÇÃO 1 - Falta de recolhimento do ICMS, no valor de R\$ 364.025,84, constatado pela apuração de diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária, a das operações de entradas, com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com Recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas no mesmo exercício.

INFRAÇÃO 2 - Falta de recolhimento de ICMS, no valor de R\$ 7.767,14, relativo às operações de saídas de mercadorias tributáveis, efetuadas sem emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, decorrente da falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado. Levou-se em conta, para o cálculo do imposto, o maior valor monetário, o das saídas tributáveis.

O autuado apresentou defesa (fls. 128 a 138) e, preliminarmente, suscitou a nulidade das Infrações 1 e 2, por falta de certeza e segurança quanto ao montante do débito tributário. No mérito, referindo-se ao seu processo produtivo de torta e de óleo de algodão, disse que informara à autuante “faixas” de índice de aproveitamento e de desperdício (fl. 7), porém a auditora utilizou a média dessas “faixas”, sem qualquer respaldo legal. Apontou equívoco no

cômputo de notas fiscais, bem como sustentou que os estoques iniciais de óleo, existentes em 2004 e em 2005, não foram considerados nos levantamentos quantitativos.

Na informação fiscal, fls. 160 a 162, a autuante manteve inalterados os levantamentos quantitativos e sugeriu que o Auto de Infração fosse julgado procedente.

O processo foi convertido em diligência à ASTEC do CONSEF, fl. 169, para a verificação, *in loco*, da consistência dos índices utilizados pela autuante e, caso necessário, que fossem ouvidos órgãos especializados e empresas com mesmo processo produtivo. Também foi solicitado que fossem efetuados os ajustes necessários nos levantamentos quantitativos.

Em atendimento à diligência, foram efetuadas as retificações atinentes aos equívocos no cômputo de notas fiscais (fls. 178 e 179). Foi esclarecido que os estoques iniciais de 2004 e 2005 já tinham sido considerados pela autuante. Quanto aos índices de aproveitamento e de desperdício, os levantamentos quantitativos foram refeitos empregando os percentuais que foram utilizados pela autuante, os quais estavam de acordo com os de empresas do mesmo ramo. Os valores devidos nas Infrações 1 e 2 passaram para, respectivamente, R\$ 204.300,15 e R\$ 2.484,84.

Ao se pronunciar sobre o resultado da diligência, o autuado reiterou os seus argumentos quanto aos índices de aproveitamento e de desperdício. Às fls. 221 a 223, apresentou demonstrativos e, em seguida, citou quais foram os percentuais específicos de rendimento e de desperdício verificados nos exercícios de 2003, 2004 e 2005.

O processo foi convertido em diligência à ASTEC, para que fossem refeitos os levantamentos, aplicando os índices de aproveitamento e perdas mais benéficos para o autuado, desde que dentro da variação por ele indicada, bem como dos índices apurados na diligência anterior junto a empresas do mesmo ramo de atividade.

Em atendimento à diligência, fls. 235 a 237, a ASTEC refez os levantamentos utilizando os índices citado pelo autuado à fl. 223, os quais estavam dentro da média apurada junto a outras empresas. Os valores devidos nas Infrações 1 e 2 passaram para, respectivamente, R\$ 212.661,59 e R\$ 67,64.

O autuado voltou a se pronunciar, impugnando os índices utilizados pela autuante e pela ASTEC. Destacou que nas diligências foram ignorados os estoques iniciais e as outras saídas, distorcendo os rendimentos da torta e do óleo e da perda. Frisou que a torta destina-se à alimentação animal e, assim, as saídas internas são isentas do ICMS nos termos do art. 20 do RICMS-BA.

O processo foi convertido em diligência à ASTEC, para que fossem prestadas explicações sobre os cálculos efetuados e, caso necessário, efetuadas as devidas correções nos levantamentos.

Às fls. 265 a 268, o auditor fiscal da ASTEC sustentou que os procedimentos adotados estavam corretos, que os equívocos indicados já foram corrigidos, que os estoques iniciais foram considerados pela autuante e nas diligências realizadas. Reiterou os termos da diligência anterior.

O autuado se pronunciou às fls. 273 a 281, impugnando o resultado das diligências realizadas e reiterando os seus argumentos.

O processo foi convertido em nova diligência à ASTEC, para que o imposto devido na Infração 1 fosse apurado conforme a Instrução Normativa Nº 56 /2007.

A diligência foi atendida, tendo o valor devido na Infração 1, passado para R\$ 92.048,07.

Notificado acerca do resultado da última diligência, o autuado se pronunciou às fls. 322 e 323, reiterando os termos dos pronunciamentos anteriores.

Por meio do Acórdão JJF Nº 0146-02/11, as Infrações 1 e 2 foram julgadas procedentes em parte, nos valores de, respectivamente, R\$ 92.048,07 e R\$ 67,64, conforme foi apurado na última diligência realizada pela ASTEC do CONSEF. Ao proferir o seu voto, o ilustre relator afastou a preliminar de nulidade do Auto de Infração e indeferiu a solicitação de perícia e, ao adentrar no mérito, assim se pronunciou:

[...]

Em primeiro lugar, vamos verificar as arguições relativas às incorreções quantitativas. Quanto às essas, apontadas no levantamento, os diligentes efetuaram devidas alterações nos demonstrativos de estoques elaborados pela autuante (inclusões e exclusões), conforme indica o diligente, à fl. 173 dos autos, tendo em vista a apresentação das notas fiscais relacionadas em sua peça defensiva, às fls. 132/133, conforme fls. 178/192 e demonstrativo às fls. 193/198.

Ficou confirmado, com base no mesmo Parecer do diligente, acima indicado, e na verificação das planilhas apresentadas pela autuante que à aplicação dos percentuais de rendimentos do esmagamento do caroço de algodão para a produção da torta e do óleo, deve ser após as exclusões das perdas (5.219.693,60 kg), tendo em vista que as perdas referem-se a sujeiras, palhas e outros, entendendo ser o correto sua aplicação antes do beneficiamento.

Foram confirmadas, através de nova diligência, às fls. 265 a 268, as razões da não aplicação do percentual de perdas de 4,37% sobre o estoque de 503.480,00kg, por se tratar de estoque inicial, a perda já havia sido considerada quando do fechamento do exercício anterior; quanto as "Outras saídas", no total de 304.890 kg. para efeito de apuração do "Total Disponível no Exercício", o procedimento está correto, pois a autuante excluiu as "outras saídas", (vendas de algodão em caroço, sem esmagamento) para chegar ao total disponível para industrialização.

Através dos diligentes se concluiu que, em relação ao que restou dos ajustes quantitativos foram adotadas as seguintes providências: Exercício de 2003 – quando da diligência, às fls. 235/237, o diligente efetuou os devidos ajustes, reconhecido pelo autuado, tendo o mesmo informado, à fl. 178, quanto ao equívoco da autuante em relação à nota fiscal número 67 emitida em 16/01/2003, fl. 180, quando a quantidade correta é 28.000kgs., e não com o foi transcrita no auto 28.200 kgs, o que totaliza 2.217.550 kgs, de entradas de caroço de algodão.

Nos exercícios de 2004 e 2005 o autuado alega que não foram considerados os estoques iniciais de Torta e Óleo, contudo, o diligente verificou, às fls., 240 e 243, que constam os referidos estoques.

Em relação à questão dos índices de rendimentos e desperdícios, verifico que a autuante efetivamente aplicou os índice de 9% com base nas informações fornecidas pelo autuado, conforme consta às fls. 07 dos autos, onde o mesmo informa que o rendimento do esmagamento do caroço de algodão: a) torta de algodão varia de 82 a 85%; b) óleo de algodão bruto varia de 7% a 11% e b) desperdício varia de 5% a 8% e a torta de algodão é vendida em sacos padrão de 50 quilos, conforme informa no aludido documento.

A autuante aplicou o índice de 9% correspondente à média do intervalo entre 7% a 11% de aproveitamento do caroço de algodão para a produção de óleo vegetal, com base nos dados do autuado, bem como utilizou 83%, a média dos percentuais informados pelo autuado, relativo à torta de algodão.

Através de diligência ficou confirmado que a autuante aplicou a média dos índices informados pelo autuado à fl. 07 nos demonstrativos de fl. 22/25, 47/50 e 86/89, contudo afirmou o diligente que as variações dos aludidos índices informados pelo autuado, segundo pesquisas efetuadas junto a empresas e órgãos da região, dependem de modelos e marcas das máquinas e equipamentos utilizados, qualidade na matéria prima, condições climáticas, influenciada também por condições de transporte expedição e armazenamento, safra, região, perdas ocasionadas quando das entradas (manuseio, baixo nível de qualidade, resíduos e sujeiras que sobram na classificação do algodão, dentre outros).

Com relação à aplicação do percentual de rendimento do esmagamento do caroço de algodão para a produção da torta e do óleo, após as exclusões das perdas (5.219.693,60 kg), tendo em vista que as perdas referem-se a sujeiras, palhas e outro, em consonância com o diligente, é correta a sua aplicação antes do beneficiamento.

Quanto aos argumentos do autuado, bem como após pesquisas junto a outras empresas da mesma atividade (ICOFORTE E TAJI DA BAHIA LTDA), os diligentes elaboraram demonstrativos com base nos percentuais informados pelo autuado, fl. 199/2004, bem como novos demonstrativos tomando-se por base os da autuante, fls. 22/25, 47/50 e 86/89, como as devidas correções, fl. 193/198.

Ainda sensível as arguições do impugnante, quanto à aplicação dos índices de desperdícios e rendimentos, a 1ª JF, às fls. 233 dos autos, solicitou nova diligência à ASTEC/CONSEF, para que o mesmo diligente refizesse as planilhas de Auditoria de Estoques, aplicando os índices de aproveitamento e perdas mais benéficos para o autuado, desde que estivesse dentro da variação por ele indicada, às fls. 07 dos autos, e, ao mesmo tempo, estivesse dentro dos índices apurados na diligência anterior em relação às outras empresas do mesmo ramo de atividade (ICOFORTE E TAJI DA BAHIA LTDA). A diligência, às fls. 235 a 237, efetuou as devidas verificações quanto aos argumentos do autuado, bem como aplicou os índices trazidos pelo mesmo, dentro dos parâmetros solicitados na diligência, sendo elaborados novos demonstrativos de estoque, conforme fls. 238/244.

[...]

A 2ª JF, observando as arguições do autuado de que efetua saídas isentas, solicitou à ASTEC/CONSEF, em relação à infração 01, com base nas saídas do exercício fiscalizado, o cálculo da proporcionalidade (percentual) entre as mercadorias sujeitas à tributação e com a fase de tributação encerrada ou simplesmente

não sujeitas à tributação, tendo em vista o que dispõe a Instrução normativa Nº 56 /2007, publicada no Diário Oficial de 21/09/2007. A ASTEC/CONSEF, às fls. 292 a 294, calcula o percentual das proporcionalidades entre as mercadorias tributadas, isentas, não tributadas e outras, conforme planilha com os aludidos percentuais à fl. 295. Após a apuração, foi aplicado o percentual sobre o montante lançado na infração 01, constantes das planilhas à fl. 237, com base na Instrução Normativa nº 56/2007.

Em consonância com o diligente, cabe concluir que o valor original do débito para a infração 01 que era R\$212.661,59, após a realização da presente diligência, o débito remanescente ficou conforme demonstrativo de débito, indicado à fl. 294 dos autos, a seguir:

[...]

Após as considerações, acima alinhadas, concluí pelo ajuste nos valores a serem exigidos para as infrações 01 e 02, efetuados pelos diligentes, respectivamente, às fls. 238/244, consubstanciado no demonstrativo à fl. 237, que foi alvo, apenas em relação à Infração 01, da aplicação da proporcionalidade apurada em observância à Instrução Normativa nº 56/2007, à fl. 295, com demonstrativo de débito à fl. 294. Cabe destacar que foram mantidas integralmente as infrações 03 e 04, resultando nos valores remanescentes a serem exigidos das infrações 01 e 02, conforme segue:

[...]

Considerando que o valor da desoneração do contribuinte ultrapassava o limite previsto no art. 169, I, “a”, “1”, do RPAF/99, a 2ª JF recorreu de ofício de sua Decisão.

Inconformado com a Decisão proferida pela 2ª JF, o contribuinte apresenta Recurso Voluntário (fls. 359 a 375) e, após fazer alusão aos princípios citados no art. 2º do RPAF/99, preliminarmente, suscita a nulidade das Infrações 1 e 2, argumentando que o lançamento tributário não preenche os requisitos formais previstos, especificamente no tocante ao artigo 39 do RPAF/99. Diz que esses dois itens do lançamento carecem de sustentação fática, legal e regulamentar, tendo os levantamentos quantitativos incorrido em equívoco metodológico, de forma que não externam a realidade das entradas e das saídas, nem tampouco os seus estoques. Sustenta que tanto os levantamentos efetuados pela autuante como os realizados pela ASTEC são inseguros e incertos, não determinando com certeza e segurança o montante do débito tributário. Assevera que a apuração do imposto é confusa e intrincada, o que dificulta o exercício do direito de defesa.

Ainda em preliminar, referindo-se à Infração 1, diz que a autuante utilizou o índice de produção de óleo de 9%, incidindo em um arbitramento descabido. Frisa que tinha informado que a margem de variação para óleo de algodão de 7 a 11% e, no entanto, a auditora empregou o percentual fixo de 9%. Questiona: por que não utilizou 7, 8, 10 ou 11%? Destaca que não cabia ao fisco fazer uma média desses índices, mas sim verificar se os índices de produtividade do recorrente estavam dentro da margem do mercado, apontado pelo próprio fiscalizado e por empresas do mesmo ramo. Demonstra que, variando os percentuais, as omissões variam conforme exemplos que apresenta. Relativamente à Infração 2, repete que a aplicação do índice fixo de 85% para a produção de torta de caroço de algodão não tem amparo legal ou regulamentar e, em seguida, repisa sua argumentação de que a variação do percentual de 81 a 85% influencia na omissão apurada.

No mérito, diz que as Infrações 1 e 2 são improcedentes. Menciona que as diversas diligências realizadas demonstram que a metodologia empregada na determinação do crédito tributário foi aleatória e terminou por aplicar um arbitramento divorciado da lei. Assevera que a autuante deveria ter verificado se os índices de produtividade do estabelecimento fiscalizado estavam dentro da faixa mínima e máxima de razoabilidade da produção. Se estivessem fora dessa margem, aí sim estaria diante de uma possível omissão de saída ou de entrada, porém da forma como foi feito não se consegue demonstrar com segurança e certeza o montante do débito.

Diz que o desperdício não pode ser fixado antes do término da transformação das matérias-primas, no caso de caroço de algodão, em razão das peculiaridades envolvidas no processo produtivo, como variações climáticas, a boa condução da lavoura, ajustamentos das máquinas, qualidade dos caroços de algodão, condições de transporte e armazenamento, umidade, teor de óleo da oleaginosa, etc., tudo conforme laudo técnico acostado ao processo.

Menciona que, conforme o laudo técnico assinado pela agrônoma Carina Franciosi, os índices envolvidos na industrialização dos produtos em comento variam da seguinte forma: para torta de algodão, de 82% a 85%; para óleo de algodão, de 10% a 12%; para desperdício, de 3% a 8%. Aduz que segundo o laudo do engenheiro Celso Antônio Salvador, o desperdício varia de 4% a 8%. Frisa que os índices da sua produção se situavam em uma faixa aceitável e não podia ser aplicada uma taxa fixa média, em razão da variabilidade dos fatores envolvidos no processo fabril.

Destaca que, aplicando-se os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, considerando os aspectos que influenciam no resultado da produção, não omitiu qualquer operação de entrada ou de saída. Questiona: se a autuante considerou como factível e real a faixa de índices informada pelo recorrente, tanto que adotou um deles, por que não adotou aquele que não traz como resultado qualquer omissão?

Repete que a autuante escolheu aleatoriamente um dos índices informados pelo recorrente, acabando por generalizar a base de cálculo, adotando um arbitramento não previsto em lei e em uma situação em que era possível ser fiscalizado pelos meios normais. Discorre sobre o arbitramento e, em seguida, repisa que a autuante adotou um índice fixo médio, sem respaldo legal, quando utilizando outro índice chegaria a resultado mais favorável ao contribuinte.

Assevera que o arbitramento aplicado no caso em comento não se sustenta, pois: não possui motivação jurídica, até porque existiam outros meios para efetuar a ação fiscal; a utilização de um índice fixo não possui previsão legal; esse arbitramento não atende os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Diz que, portanto, ou o arbitramento é nulo ou improcedente.

Salienta que a Junta de Julgamento, à fl. 233, determinou que a ASTEC elaborasse planilhas utilizando os índices reais de produtividade informados pelo recorrente, desde que estivessem dentro da margem mínima e máxima razoável indicada por empresas do mesmo ramo. Contudo, a solicitação não foi atendida e a metodologia da autuante foi mantida, o que diz ter induzido a erro os membros da Junta de Julgamento.

Aduz que a autuante incorreu em equívoco, repetido pelo diligenciador, ao identificar os rendimentos da produção “projetados” no início do exercício e não nos “efetivamente realizados” detectados no fechamento do exercício.

Menciona que o diligenciador se equivocou ao afirmar que não foi possível verificar, *in loco*, a consistência dos índices informados pelo autuado (fl. 7), pois todos os documentos fiscais, contábeis e de produção foram apresentados. Ressalta que os índices aplicados pelo diligenciador não levam em conta as informações prestadas pelo recorrente, as quais se referem a uma escala mínima e máxima de vários índices.

Explica que é impossível determinar um índice específico projetado, mas o efetivamente realizado no final do exercício. Diz que, assim, considera uma faixa mínima e máxima para os índices e, ao final do exercício, apura a produção efetivamente realizada. Aduz que os índices informados pelas empresas do mesmo ramo corroboram esse entendimento, pois são apurados ao final do exercício. Aduz que, segundo a empresa Taji da Bahia, a perda pode chegar a 20%.

Repete que não é razoável aplicar um índice específico ou mesmo uma média, antes do esmagamento do caroço de algodão, pois não retratará a realidade da produção. Diz que a autuante escolheu determinado índice que beneficia o fisco, desprezando outros índices possíveis que poderia beneficiar o contribuinte.

Afirma que apresentou um demonstrativo, cujo teor transcreve, utilizando os dados apresentados pela própria autuante, adotando a correta e possível metodologia para verificação real da produção, acabando por corroborar com os índices apresentados pela defesa e pelas empresas informantes. Passa a demonstrar a apuração dos índices e, em seguida, afirma que os auditores fiscais não souberam apurar os percentuais específicos com base nos documentos e registros fiscais fornecidos pela empresa autuado, dentro do exercício fechado, cujos percentuais específicos, no seu entendimento, devem ser os seguintes:

	2003 %	2004 %	2005 %
Caroço	100%	100%	100%
Torta	83,28%	83,94%	83,96%
Óleo	12,35%	11,06%	10,77%
Desperdício	4,37%	5,01%	5,27%

Esclarece que o índice de desperdício só pode ser identificado após a produção da torta e do óleo. Reitera que a Junta de Julgamento determinou que se observassem os índices de produtividade e desperdício indicados pelo recorrente, o que diz não ter sido cumprido pelo diligenciador da ASTEC. Assegura que, seguindo esse raciocínio e aplicando-se os percentuais reais de produtividade indicados, não haveria omissão alguma.

Diz que os autos devem ser encaminhados à ASTEC do CONSEF, para que seja elaborada planilha observando estritamente a determinação de fl. 233, utilizando os índices reais de produtividade informados pelo recorrente, desde que estejam dentro da margem mínima e máxima razoável indicada pelas demais empresas do mesmo ramo.

Ao finalizar, o recorrente solicita que seja acolhida a preliminar de nulidade arguida ou que, no mérito, as Infrações 1 e 2 sejam julgadas improcedentes.

Em Parecer às fls. 383 e 384, a ilustre representante da PGE/PROFIS, após historiar o processo, afirma que as razões recursais não são suficientes para modificar o julgamento proferido pela primeira instância. Diz que o recorrente apresenta as mesmas alegações constantes da defesa inicial, que foram realizadas diligências pela ASTEC do CONSEF e que o recorrente não traz provas ou argumentos capazes de modificar a Decisão recorrida. Opina pelo conhecimento e Não Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Preliminarmente, o recorrente suscita a nulidade das Infrações 1 e 2, argumentando que o lançamento não preenche os requisitos formais, especialmente os previstos no art. 39 do RPAF/99. Diz que esses itens do lançamento carecem de sustentação fática, legal e regulamentar. Afirma que não há segurança na determinação do valor devido e que a apuração do imposto é confusa. Questiona a aplicação de percentuais fixos na apuração da produtividade e do desperdício de seu processo fabril de torta e de óleo de caroço de algodão.

Afasto essa preliminar de nulidade, pois, ao contrário do sustentado pelo recorrente, o Auto de Infração está revestido das formalidades previstas, especialmente, das elencadas no artigo 39 do RPAF/99. Os fatos imputados ao recorrente foram descritos de forma clara e concisa; os levantamentos que acompanham o Auto de Infração, dos quais o autuado recebeu cópia, explicam de forma satisfatória a apuração do imposto que foi lançado; todos os elementos constitutivos do débito tributário constam nos demonstrativos que integram o Auto de Infração; os dispositivos legais apontados no Auto de Infração estão corretamente relacionados às infrações apuradas e respaldam as exigências fiscais. Em suma, na constituição do crédito tributário referente às infrações impugnadas, foram observados os requisitos formais previstos nos incisos e alíneas do artigo 39 do RPAF/99.

Também ultrapasso a alegação de insegurança na determinação do montante devido por utilização de percentual fixo como índices de produtividade e de desperdício. Um eventual equívoco na determinação do índice ou dos índices a serem aplicados na elaboração do levantamento quantitativo não enseja a nulidade da ação fiscal, pois pode ser saneado mediante diligência, nos termos do §1º do artigo 18 do RPAF/99. A realização de diligências não deve ser vista como insegurança na determinação do valor devido, mas sim como a aplicação ao caso em análise dos princípios da busca da verdade material e do exercício do direito de defesa. Ademais, a utilização de índices fixos pela autuante e pelo diligenciador da ASTEC do CONSEF não caracteriza um arbitramento da base de cálculo do imposto, como tenta fazer crer o recorrente.

Essa questão dos índices aplicados pela autuante e pelo auditor fiscal da ASTEC será abordada mais adiante quando passar a tratar do mérito da lide.

Em face ao acima exposto, afasto as preliminares de nulidade.

Com fulcro no art. 147, I, “a”, do RPAF/99, indefiro a solicitação de nova diligência, pois considero que as diligências realizadas já trouxeram ao processo elementos suficientes para a formação do convencimento dos julgadores e, portanto, para a Decisão das questões em análise.

Adentrando no mérito, inicialmente, observo que o recorrente ainda argumenta que valores atinentes a estoques iniciais de torta e de óleo, relativamente aos exercícios 2004 e 2005, não foram considerados. Esse argumento não merece acolhimento, conforme foi demonstrado na Decisão recorrida, pois os estoques em questão foram considerados tanto pela autuante (fls. 22 e 47), como pelo diligenciador (fls. 240 e 243). Do mesmo modo, as diligências realizadas também resolveram as questões atinentes às notas fiscais que foram computadas de forma equivocada ou que não foram consideradas pela autuante.

Conforme o documento de fl. 7, o recorrente informou os seus percentuais de produtividade e de desperdício utilizando uma “faixa” de variação. Tendo em vista que, na realização do levantamento quantitativo, os índices de produtividade e de desperdício têm que ser expressos em percentual específico, a autuante utilizou a média dos valores informados pelo recorrente. Dessa forma, o procedimento adotado pela autuante visou buscar uma forma mais equânime de determinar os índices a serem utilizados, não havendo como se afirmar que tenha sido efetuado um arbitramento da base de cálculo do imposto.

Os elementos constantes nos autos, especialmente os fatos descritos e os levantamentos realizados pela autuante demonstram que os débitos tributários de que tratam as Infrações 1 e 2 foram apurados por meio de um roteiro normal de auditoria fiscal, qual seja: um levantamento quantitativo de estoque, aplicado em um estabelecimento industrial, no qual se apura a quantidade dos produtos fabricados (torta e óleo de algodão) e da matéria-prima (caroço de algodão) empregada nessa industrialização. Os dados utilizados nesse levantamento foram obtidos da escrita fiscal do recorrente, bem como em declaração firmada pelo fiscalizado.

Efetivamente, a autuante laborou em equívoco ao utilizar os percentuais médios de produtividade e de desperdício informados pelo recorrente, porém esse lapso não caracteriza um arbitramento e, além disso, pode ser saneado mediante diligência, nos termos do §1º do artigo 18 do RPAF/99.

Mediante diligência realizada pela ASTEC do CONSEF, os levantamentos quantitativos foram refeitos com a utilização dos percentuais específicos informado pelo próprio recorrente à fl. 223 dos autos, tomando por base os registros fiscais do estabelecimento fiscalizado, considerando os exercícios fechados.

Vê-se, portanto, que os levantamentos quantitativos foram retificados pelo auditor fiscal da ASTEC, utilizando os percentuais específicos para cada produto, relativamente a cada exercício considerado. Corroborando esse fato, o preposto da ASTEC comprovou que esses percentuais informados pelo recorrente estavam em conformidade com os fornecidos por empresas do mesmo ramo. Dessa forma, esse vício que remanesceu ficou saneado, com a utilização dos percentuais aduzidos pelo próprio recorrente, os quais foram pacífica e acertadamente acolhidos pela primeira instância na Decisão recorrida.

Os argumentos recursais atinentes à alteração das omissões com base na variação dos percentuais de produtividade e de desperdício, bem como à utilização pela autuante e pela ASTEC de percentuais fixos ficam ultrapassados, uma vez que os levantamentos foram refeitos com percentuais específicos informados pelo próprio recorrente.

Em face ao acima exposto, concluo que os argumentos recursais, que são os mesmos trazidos na defesa, não se mostram capazes de modificar a Decisão recorrida.

Voto, portanto, pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

Trata o Recurso de Ofício da Decisão de primeira instância que julgou procedente em parte as Infrações 1 e 2.

A improcedência parcial dessas duas infrações decorreu de retificações efetuadas nos levantamentos quantitativos, por auditor fiscal da ASTEC do CONSEF, mediante diligências saneadoras determinadas pela primeira instância, em razão de equívocos no cômputo de notas fiscais e na aplicação de índices de produtividade e de desperdício envolvidos no processo fabril do recorrido. Especificamente quanto à Infração 1, também houve a adequação da apuração do valor devido aos critérios previstos na Instrução Normativa 56/07.

Quanto aos equívocos no cômputo de notas fiscais, as retificações foram efetuadas com base em documentação fiscal que foram apresentadas ao diligenciador, sendo que fotocópias desses documentos fiscais foram acostadas ao processo, demonstrando, assim, o acerto das retificações.

Ao efetuar as correções referentes aos índices de produtividade e de desperdício, o diligenciador inicialmente verificou a consistência das margens de variações de produtividade e de desperdício informadas pelo recorrido, confrontando-as com as observadas em outras empresas do mesmo ramo de atividade. Em seguida, os levantamentos quantitativos foram refeitos utilizando percentuais específicos informados pelo recorrido, obtidos de dados referentes aos exercícios já encerrados do estabelecimento fiscalizado, os quais estavam dentro da média apresentada por empresas do mesmo ramo de atividade.

Não há reparo a fazer na Decisão recorrida, pois todas as correções foram efetuadas por auditor fiscal da ASTEC do CONSEF, em atendimento a diligências solicitadas pela 2ª JJF, bem como estão respaldadas em documentos probantes acostados ao processo. Ademais, há que se ressaltar que a autuante foi regularmente notificada dessas retificações, porém não as impugnou.

Pelo acima exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, para homologar a Decisão recorrida, a qual não carece de qualquer reparo.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** os Recursos de Ofício e Voluntário apresentados e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206905.0003/07-9**, lavrado contra **L. XAVIER INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ÓLEOS VEGETAIS LTDA. (SUPERLEITURA)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$94.612,12**, acrescido das multas de 60% sobre R\$1.952,09 e de 70% sobre R\$92.660,03, previstas no art. 42, incisos II, “f” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de dezembro de 2012.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – RELATOR

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