

PROCESSO - A. I. N° 110427.0002/12-4
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDA - RECIPACK INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE EMBALAGENS PLÁSTICAS LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 4ª JJF nº 0273-04/12
ORIGEM - INFAZ ITABUNA
INTERNET - 22/05/2013

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F. N° 0134-11/13

EMENTA: ICMS. 1. ATIVO PERMANENTE. DESINCORPORAÇÃO DE BENS POR VENDA. BENEFÍCIO PROGRAMA DESENVOLVE. IMPOSTO DEFERIDO. FALTA DE PAGAMENTO. Verificado erro de direito na autuação em face de a operação ser dispensada de pagamento de ICMS nos termos do § 6º do art. 2º, do Decreto nº 8.205/2002. Infração elidida. 2. PRODUTOS ACABADOS. LEVANTAMENTO DE PRODUÇÃO. OMISSÃO DE SAÍDA. Restou comprovado que a base de cálculo foi apurada mediante arbitramento da base de cálculo, sem aplicar a metodologia e procedimentos regulamentares. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto pela 4ª JJF, da presente Decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, face à desoneração total das infrações 2 e 3. O Auto de Infração, lavrado em 29/03/2012, reclama ICMS no valor total de R\$896.139,97, sendo que as infrações 2 e 3 acusam:

2. Deixou de recolher ICMS nas saídas decorrentes de desincorporação de bens do Ativo Imobilizado do estabelecimento, na condição de empresa beneficiada com o incentivo do programa DESENVOLVE, deixando de efetuar o recolhimento do ICMS diferido nas aquisições de máquinas e equipamentos para o ativo imobilizado, na desincorporação, nos termos do Dec. 8.205/02, conforme ANEXO IV - R\$111.300,00 – Multa de 60%.

3. Omissão de saída de produto acabado tributável apurada através de levantamento de produção, efetuado com base no consumo de matéria prima, com irregularidade apurada mediante levantamento fiscal, conforme ANEXOS II e III - R\$777.543,33 – Multa de 100%.

A 4ª JJF na apreciação da lide proferiu a seguinte Decisão (fls. 78/85):

Ressaltou que a primeira infração foi reconhecida e paga pelo sujeito passivo e que o Auto de Infração foi lavrado com observância do art. 39 do RPAF/BA, o que possibilitou o exercício do direito de defesa.

Quanto às infrações 2 e 3, fundamentou que:

Considerando que, acertadamente, o autuante reconheceu que na infração 2 incidiu em erro de direito ao não observar a alteração normativa que dispensa a tributação sobre a desincorporação de bens do ativo imobilizado autuada, essa infração se revela insubsistente.

Infração improcedente.

A infração 3 se sustenta nos demonstrativos de fls. 15-16.

Em preliminar, entendendo confusa a situação em face de conflito entre o enquadramento legal e metodologia adotada nos demonstrativos, o Impugnante arguiu a nulidade do lançamento com fundamento no art. 18, IV, “a” do RPAF, acrescentando que o autuante não efetuou um efetivo levantamento de produção com movimentação de estoque suficiente para se determinar com segurança uma omissão quantitativa de saída de produto acabado, nem a metodologia com adoção de valores arbitrados (alugueis, mão de obra, INSS, FGTS, consumo de água, etc.), cuja origem e fonte não se encontram nos autos, está claramente descrita e fundamentada.

Aduziu a impossibilidade de o autuante dispor de dados registrados no seu balanço por ocasião da ação fiscal (janeiro a março 2012), pois não o apresentou em face de apenas tê-lo fechado em maio-junho 2012.

Também alegou que o autuante não fundamentou nem identificou a fonte do suposto estoque de produtos acabados no valor de R\$2.092.541,69, ressaltando que na descrição dos fatos conta que não lhe foi apresentado os livros Registro de Inventário e Registro da Produção e do Estoque.

Por sua vez, na informação fiscal o autuante sem objetivamente rebater os pontos aduzidos na preliminar auguida, disse que efetuou o levantamento fiscal que indica a existência de um estoque de produtos acabados em 31/12/2012 no valor de R\$4.573.784,32, apenas dispondo dos livros Registro de Entradas e Saídas, Registro de Inventário até 2010, e da respectiva documentação fiscal. Como verificou “in loco” a ausência de estoque seja de produto acabado ou matéria prima nas dependências do autuado, por óbvio os produtos acabados teriam saídos sem emissão de documentos fiscais e sem recolhimento do imposto devido pelas entradas e que foi diferido para o momento da saída dos produtos acabados.

Analisemos essa questão.

De fato, como alega o Impugnante, não há nos autos documento(s) probatório(s) da origem e fonte dos valores tidos no demonstrativo da infração como relativos a: alugueis, mão de obra, INSS, FGTS, provisão de férias, provisão de 13º salário, vale transporte, consumo de água e estoque inicial de produto acabado, nem mesmo as pertinentes cópia dos livros e documentos fiscais em que o autuante informa ter extraído dados.

Por outro lado, tratando-se de estabelecimento industrial e tendo em vista que o próprio Impugnante já na arguição da preliminar atesta não ter apresentado à fiscalização os obrigatórios e indispensáveis livros Registro de Inventário, Registro da Produção e do Estoque, bem como os livros da sua contabilidade geral do exercício objeto da fiscalização, dúvida não há que o autuando impossibilitou a ação fiscal pelos normais roteiros de auditoria e facultou o arbitramento da base de cálculo do ICMS relativo ao período fiscalizado, conforme a previsão abaixo regulamentada.

Art. 937. 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 qualquer dos casos seguintes:

I - falta de apresentação, ao fisco, dos livros fiscais ou da contabilidade geral, ou sua apresentação sem que estejam devidamente escriturados, bem como dos documentos necessários à comprovação de registro ou lançamento em livro fiscal ou contábil, inclusive sob alegação de perda, extravio, desaparecimento ou sinistro dos mesmos;

Ocorre que, em caso tal, necessariamente, na metodologia aplicável, a fiscalização não pode fugir aos formatos regulamentados, mais precisamente, ao disposto no arts. 938, IV, 939 e 939-A, que transcrevo.

Art. 938...

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;

§ 2º Do valor do imposto apurado através de arbitramento, serão deduzidos o saldo do crédito fiscal do período anterior, os créditos destacados em documentos fiscais relativos ao período, bem como o valor do imposto pago correspondente às operações e prestações, cujos valores serão atualizados monetariamente na forma deste artigo, quando cabível.

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

I - Termo de Fiscalização, circunstanciando detalhadamente a ocorrência, o qual será transcrito, na íntegra, no livro Registro de Utilização de Documentos Fiscais e Termos de Ocorrências;

Parágrafo único. O Termo de Fiscalização a que alude o inciso I conterá, entre outras, as seguintes indicações:

I - a infração cometida;

II - o dispositivo regulamentar em que se apoie o arbitramento;

III - o elemento que serviu de base à apuração;

IV - o valor das saídas ou dos serviços apurados;

- V - o valor do ICMS;
- VI - a importância recolhida;
- VII - o valor dos créditos;
- VIII - o total a recolher.

Art. 939-A. A diferença entre a receita apurada mediante arbitramento e a lançada pelo contribuinte não integrará a base de cálculo de quaisquer incentivos fiscais ou financeiros previstos na legislação tributária.

Portanto, como bem observa o impugnante, o autuante, além de não carrear aos autos provas da certeza e fonte dos dados já citados, recorreu a uma duplicidade de procedimentos no qual para determinação da base de cálculo do valor exigido mescla arbitramento com levantamento fiscal em metodologia distinta das previstas no RICMS/BA, razão pela qual acolho a preliminar para declarar a nulidade do procedimento fiscal adotado por vê-lo inquinado de insanável vício, ao tempo que, com fundamento no art. 156 do RPAF, represento à autoridade competente para instaurar novo procedimento fiscal a salvo de falhas.

Infração nula.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, devendo ser homologado o valor já recolhido.

A 4ª JF recorreu da Decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art. 169 I, “a”, do RPAF/99.

VOTO

Com relação à infração 2, a mesma acusa falta de recolhimento do ICMS em decorrência da desincorporação de bens do ativo imobilizado, na condição de beneficiário do programa DESENVOLVE, deixando de efetuar o recolhimento do imposto diferido nas aquisições de máquinas e equipamentos desincorporados.

Na impugnação a empresa alegou que houve um equívoco por parte da fiscalização ao exigir o ICMS diferido, referente à diferença de alíquotas oriundas das aquisições de bens para o ativo imobilizado, por não terem observado que o § 6º, do art. 2º, do Decreto nº 8.205/02 prevê “dispensa o lançamento e o pagamento do imposto diferido se a desincorporação dos bens de que trata o inciso I deste artigo ocorrer após o segundo ano de uso no estabelecimento.”, com redação dada pelo Decreto nº 11.481/09.

O autuante reconheceu o cometimento do equívoco e acatou a alegação defensiva, o que foi acolhido na Decisão proferida pela 4ª JF.

Pela análise do Anexo IV (fl. 17) constato que as aquisições dos bens que foram objeto da exigência fiscal foram adquiridos nos exercícios de 2006 e 2008 e as desincorporações ocorreram nos exercícios de 2010 e 2011, portanto, todos após o segundo ano de uso no estabelecimento, consequentemente dispensado do pagamento do imposto diferido.

Assim sendo, considero correta a Decisão proferida pela 4ª JF, que declarou Improcedente à infração 2.

Quanto à infração 3, a 4ª JF decidiu pela Nulidade da infração por entender que a fiscalização empregou uma metodologia mista entre levantamento e arbitramento da base de cálculo e considerando que durante os trabalhos de fiscalização não foram apresentados livros e documentos fiscais e contábeis, deveria ter sido arbitrada a base de cálculo de acordo com o disposto nos artigos 937 e 938 do RICMS/97, o que não ocorreu.

Pela análise dos elementos contidos no processo, verifico que a acusação é de “omissão de saída de produto acabado tributável apurada através de levantamento de produção, efetuado com base no consumo de matéria prima”, conforme os Anexos II e III.

Pela análise dos citados Anexos (fls. 15 e 16), a fiscalização elaborou demonstrativo de:

a) Entradas de matéria prima, totalizando entrada líquida de R\$12.132.256,20 adicionou custos agregados no processo produtivo (alugueis, mão-de-obra, INSS, FGTS, consumo de água, provisões de férias e 13º salário, vale transporte e energia elétrica), totalizando R\$233.890,85 e de produtos acabados no valor de R\$2.092.541,69 totalizando valor de R\$14.458.688,74.

b) Apurou vendas líquidas de R\$9.884.902,42 (fl. 16);

- c) Deduziu do valor apurado dos custos de produção + estoque inicial de produtos acabados (a), o valor das vendas líquidas (b) e sobre a diferença apurada de R\$4.573.786,32 aplicou a alíquota interna o que resultou no valor exigido de R\$777.543,33.

Pelo exposto, verifico que pela análise dos Anexos II e III, a fiscalização apurou o custo de produção do período fiscalizado (2011) e adicionou ao estoque inicial de produto acabado para apurar o montante de recursos gastos e confrontou com o montante das receitas do período, tendo exigido o ICMS sobre a diferença apurada. Esse procedimento não caracteriza um levantamento fiscal que comprove uma omissão de saída de produto acabado, conforme consta na infração.

Por sua vez, na impugnação o sujeito passivo alegou que não foram consideradas as perdas na produção; computou valor de vendas a menos em determinados meses; não considerou devoluções de vendas e remessas para depósito, bem como não foi aplicada a alíquota interestadual já que promove vendas para outros estados. Estas alegações de caráter material poderiam ser averiguadas por meio de diligência fiscal, para verificar se com as devidas correções persistiria a infração apontada.

Considerando que a empresa admitiu não ter feito entrega de livros fiscais e contábeis exigidos mediante intimação, impossibilitando a apuração da base de cálculo real tributável, o imposto pode ser exigido mediante aplicação do arbitramento da base de cálculo (art. 937, I do RICMS/97) e em se tratando de estabelecimento industrial, empregar a metodologia prevista no art. 938, IV do mesmo Regulamento, tomando como base o custo da mercadoria produzida (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), e do valor do imposto apurado, deduzir o saldo do crédito fiscal do período anterior, os créditos destacados em documentos fiscais relativos ao período, bem como o valor do imposto pago correspondente às operações e prestações.

Para se adotar estes procedimentos, o auditor fiscal antes da lavratura do Auto de Infração, deveria lavrar Termo de Fiscalização, circunstanciando detalhadamente a ocorrência, devidamente transcrito, no livro Registro de Utilização de Documentos Fiscais e Termos de Ocorrências, tudo conforme previsto no art. 939 do RICMS/97, fato que não ocorreu.

Pelo exposto, considero correta a Decisão da Primeira Instância e voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, recomendando que a autoridade fazendária mande renovar o procedimento fiscal a salvo de falhas.

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 **110427.0002/12-4**, lavrado contra **RECIPACK INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE EMBALAGENS PLÁSTICAS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$7.296,64**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “b”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores já recolhidos. Recomenda-se que a autoridade fazendária mande renovar o procedimento fiscal a salvo de falhas.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de abril de 2013.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – RELATOR

ROSANA JEZLER GALVÃO – REPR. DA PGE/PROFIS