

PROCESSO	- A.I. Nº 207160.0011/99-2
RECORRENTE	- DANIEL VENTIN INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 1ª JJF nº 2743/00
ORIGEM	- INFAZ BROTAS
INTERNET	- 26.02.02

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0061-12/02

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. PRODUÇÃO E VENDA DE MERCADORIAS. OMISSÃO DE SAÍDAS ANTERIORES, APURADA EM FUNÇÃO DA DIFERENÇA DE ENTRADAS DE MATÉRIAS-PRIMAS. Modificada a decisão. Foi apurada a produção de “macarrão” a partir das quantidades de “farinha de trigo”, concluindo o fisco, com base em índices técnicos de rendimento e perda, que houve excesso de produção, fato que conduziria à presunção de que foram omitidas aquisições de matérias-primas. Porém, existe um erro de avaliação no levantamento efetuado, pois, se os produtos comercializados como impróprios, inclusive com preço inferior, foram considerados no levantamento para apurar a matéria-prima supostamente adquirida sem nota, estes deveriam ser excluídos da composição dos percentuais de perda, o que não foi feito, e se tivesse sido feito não haveria diferença de entrada de matéria prima. Recurso **PROVIDO**. Vencido o voto da Relatora. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo inconformado com a decisão proferida na 1ª Junta de Julgamento Fiscal, que em decisão unânime, julgou Procedente em Parte o Auto de Infração acima epigrafado, estando respaldado no art. 169, I “b” do RPAF/99, apresentando o referido Recurso, tempestivamente.

A autuação acusa o sujeito passivo de omissão de saídas de produto acabado tributável, efetuado através de levantamento quantitativo da movimentação da produção, em razão de diferença de entradas de matéria-prima (farinha de trigo) .

O autuante descreve a infração como sendo: omissão de saída de produto acabado tributável, apurada através de levantamento de produção efetuado com base no consumo de matéria-prima.

O julgamento de 1ª Instância, após análise dos aspectos formais da autuação e do teor da acusação à luz do § 4º do art. 1º do RICMS/89, tomou por base o que dispõe a Portaria nº 445/98 (art. 7º, Incisos I e II), e considerou precária a acusação. Não obstante, requereu diligência, às fls. 608 a 610 dos autos.

Diante da resposta das questões formuladas no seu pedido de diligência, o relator prevalecendo-se das conclusões da citada diligência, julgou o Auto de Infração Procedente em Parte.

O sujeito passivo não se conformando com o *decisum* do órgão de 1ª Instância, no prazo previsto no RPAF/99, interpôs Recurso Voluntário, requerendo reforma da decisão, alegando que o próprio voto do relator lhe possibilita arguir a nulidade do Auto de Infração. Transcreve trechos do voto referido. Suscita a nulidade da autuação alegando ainda “falta de prorrogação do Termo de Início de Prorrogação”.

Quanto ao mérito, argui a Improcedência do Auto de Infração *sub examine*, e transcreve em destaque trechos do referido voto.

Alega que remeteu à SEFAZ, por solicitação da mesma, a planilha onde descreve o rendimento permitido para cada 50 kg de farinha, indicando para 1994, 41,59 e 43,45 para 1995.

Comenta que a Diligência consolida as arguições da peça defensiva ao afirmar que “os argumentos apresentados pelo autuado são tecnicamente razoáveis”, e que admitiu os valores apurados pela empresa vez que se situam nos máximo e mínimo da planilha já citada.

Aduz, que estaria sendo autuada por emitir notas fiscais a mais, ao produzir acima da média e recolher mais imposto. Alega ainda existir uma Planilha de rendimento por saca de farinha de trigo, em acordo entre a SEFAZ e o Sindicato.

Conclui arguindo a nulidade do Auto de Infração e o Provimento do Recurso com a consequente Improcedência da acusação fiscal.

A PROFAZ requereu diante dos argumentos do recorrente, que novo auditor fiscal da ASTEC, de forma opinativa manifestasse quanto ao levantamento no que se refere às entradas de mercadorias que geraram omissão de saídas, tendo o diligente opinado ser razoável os argumentos do autuado, e que ficou evidenciado a inconsistência da autuação. Novamente a PROFAZ se manifestou nos autos, concordando com a 2ª diligência e opinou pelo Provimento do Recurso para considerar Improcedente o Auto de Infração em lide.

VOTO VENCIDO

Analisando as peças que compõem o presente processo, verifico que a matéria objeto da lide, demandou diligência pelo relator da 1ª Instância, conforme fls. 608 a 610 dos autos, tendo a ASTEC esclarecido os pontos argüidos nas questões suscitadas na referida diligência, o que teria motivado o julgamento da Junta pela Procedência Parcial, uma vez que segundo o diligente fiscal utilizando os índices contidos na Tabela de fl. 617, que o Auto de Infração remanesce em R\$7.044,74.

Ocorre que não tendo o recorrente se conformado com a decisão da 1ª Instância arguiu no Recurso, preliminares de nulidade e razões de mérito que ora passo a decidir:

Relativamente a arguição de falta de Termo de Início de Fiscalização e o Termo de Prorrogação, observo que tais questões não foram argüidas na peça de impugnação. Como soe acontecer, uma vez que tratando-se de questão processual, ela deve anteceder às razões de mérito.

Contudo, arguindo nesta fase processual, ainda assim deve ser apreciada. Entretanto, a mesma não merece ser acolhida tendo em vista que consta dos autos, o Termo de Início de Fiscalização, bem como o aludido Termo de Prorrogação. Ademais, tal fato não inquinaria de nulidade o presente Auto de Infração, uma vez que o mesmo objetiva apenas devolver a espontaneidade ao contribuinte.

Assim, por todas essas razões afastou a arguição de nulidade, posto que não importou em vício insanável, porquanto o sujeito passivo adentrou ao mérito da autuação.

Quanto ao mérito, observo que a descrição da infração é de que teria ocorrido omissão de saída apurada através de levantamento da produção com base no consumo de matéria-prima, consoante se vê dos demonstrativos elaborados pelo autuante, às fls. 06 a 88 dos autos.

Verifico que na defesa o contribuinte insurge-se contra o montante do débito, porém não demonstra com elementos quais sejam demonstrativos e levantamentos, que não tenha consistência os novos valores apresentados na Diligência Fiscal, às fls. 615 e 616 dos autos.

Analisando detidamente os referidos demonstrativos elaborados na 1ª diligência fiscal, constato que a Ilustre Auditora elaborou novos demonstrativos levando em conta as saídas dos produtos que não alcançam o padrão normal, denominados de “quebrados” “curvinhas” e outros.

Ainda referente ao trabalho elaborado na diligência, foi considerado ainda um índice menor do que o indicado pelo autuante ao utilizar o índice ponderado mínimo constante da Planilha do Sindicato das Indústrias de Trigo, à fl. 604, adotando o índice ponderado mínimo ao apurar a produção de macarrão utilizou o coeficiente da divisão de 50 kg de farinha pelo saldo em kg de massas, encontrando uma base de cálculo de omissão de entradas, que ao teor do § 4º do art. 1º do RICMS/89, autoriza a presunção legal de omissão de saídas anteriores.

Assim, entendo que as razões arguídas na peça recursal não elidem a infração vez que no mérito, limita-se a questionar o índice utilizado, não elaborando nenhum demonstrativo ou cálculo que possa descaracterizar a infração e que comprove a improcedência, portanto, considero que mais uma vez o recorrente ao se manifestar acerca da infração objeto da lide, deixa de apresentar quaisquer elementos relativos às suas alegações.

Deste modo, invoco os artigos 140 e 143 do RPAF/99, para respaldar o meu entendimento quanto a insuficiência dos argumentos do recorrente para alterar o julgado ora recorrido, *verbis*.

Art. 140 – o fato alegado por uma das partes, quando a outra não contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas;

Art. 143 – A simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.

Nestas condições, discordo do Parecer opinativo Nº 0078/2001 da ASTEC às fls. 650 a 652, ao concluir que “o argumento do recorrente, além de razoável evidencia a falta de consistência do levantamento efetuado pelo autuante, pois depreende-se que careceu de base técnica o valor por ele estabelecido, vez que sendo o aproveitamento da matéria-prima variável, em decorrência de diversos fatores, qualquer taxa utilizada entre o maior e o menor dos valores pode ser considerado no cálculo da matéria-prima utilizada no período”.

De igual modo, com a devida *venia* discordo do Parecer da PROFAZ Nº 14/02, que concluiu ser inconsistente a exigência fiscal e opinou pelo Provimento do Recurso para julgar a autuação fiscal Improcedente.

Em vista do exposto, concluo que não assiste razão ao recorrente, uma vez que a infração apontada tem previsão legal no art. 2º § 5º da Lei nº 4.825/89, e o mesmo não faz prova de improcedência da presunção. Ademais, os seus argumentos, a tabela anexada às fls. 582 e 617, foram levados em conta pela diligente fiscal às fls. 611 a 617, que embasou a Decisão Recorrida, à qual deve ser mantida sem reparos.

Meu voto é pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso.

VOTO VENCEDOR

O presente Auto de Infração exige imposto em razão de presunção legal da ocorrência de saídas de mercadoria tributáveis, por ter sido apurado entrada de matéria-prima sem nota fiscal, e, conseqüentemente, sem o devido registro nas escritas fiscal e contábil.

O autuante, no seu levantamento, utilizou o percentual média de quebra, e a diligente da ASTEC utilizou o percentual mínimo de quebra, para apurar a quantidade de farinha de trigo necessária para a quantidade de macarrão produzida pelo recorrente.

Verificando a tabela apresentada pelo Sindicato das Indústrias do Trigo, Milho, Mandioca e de Massas Alimentícias e de Biscoitos no Estado da Bahia, fl. 604, vê-se os percentuais mínimo de 10,72%, médio de 13,94% e máximo de 18,12%.

Partindo-se da planilha elaborada pela diligente da ASTEC, fls. 615 e 616, constata-se que o recorrente consumiu 908.050,0 kg e 1.080.450,0 kg de farinha de trigo em 1994 e 1995, respectivamente, e, considerando os percentuais de perda citados poderia, em tese, produzir o mínimo de 743.511 kg e máximo de 810.707 kg de macarrão em 1994, e o mínimo de 884.672 kg e o máximo de 964.625 kg de macarrão em 1995, o que, considerando os estoques inicial e final de macarrão resultaria numa saída real do produto de 735.344 kg (mínimo) e 802.540 kg (máximo) em 1994, e 878.726 kg (mínimo) e 958.676 kg (máximo) em 1995.

As saídas efetivas foram de 854.875,5 kg e 1.050.234,5 kg de macarrão, em 1994 e 1995, o que gerou a suposta entrada de matéria prima, farinha de trigo, sem nota fiscal.

A primeira observação a ser feita é quanto à elasticidade dos percentuais mínimo e máximo fornecidos pelo Sindicato, que são de 10,72% a 18,12%, o que admite uma variação entre eles de 7,40%.

O percentual de perda real apurado no levantamento da diligente da ASTEC foi 5,86% e 2,80%, respectivamente, para 1994 e 1995.

A segunda observação é que, na composição destes percentuais mínimo e máximo, estão contidas perdas de água (diferença entre a umidade inicial das matérias-primas e final dos produtos), no saco de nylon e na carga e descarga, massa rejeitada (por falhas técnicas, falta de energia, problemas de caldeira, defeitos mecânicos ou elétricos), aparas e curvas, perdas com produto que cai na linha de produção, limpeza e varreduras, e quebras no processo de embalagem, o que permite concluir que, detendo o industrial uma tecnologia mais avançada, estas perdas se reduzem sensivelmente.

A terceira e última observação advém do relatório da diligente que afirmou que os produtos que não alcançam as dimensões do produto normal são comercializados a preço inferior como quebrados e curvinhas e as demais perdas resultantes de produtos impróprios para o consumo humano são também comercializados a preço inferior para ração animal, o que, no seu levantamento, totalizam 99.564 Kg e 111.315 Kg, para 1994 e 1995, quantidades estas superiores à suposta entrada de matéria-prima sem documentação fiscal.

Por tudo o que foi exposto, concluo que, em primeiro lugar existe um erro de avaliação pois se os produtos comercializados como impróprios, inclusive com preço inferior, foram considerados no levantamento para apurar a matéria-prima supostamente adquirida sem nota, estes deveriam ser excluídos da composição dos percentuais de perda, já descrita, o que não foi feito, e se tivesse sido feito não haveria diferença de entrada de matéria-prima.

Por fim, o que se verifica destes dados todos que levantei é que, de fato, o recorrente possui um parque industrial que lhe permite produzir com melhor qualidade e com menores índices de perda do que a maioria dos componentes do tal Sindicato, e isto, por si só, não autoriza a presunção pretendida na exação.

Por estas razões, o meu voto é pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para modificar a Decisão Recorrida e julgar o Auto de Infração Improcedente.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e modificar a Decisão Recorrida para julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº 207160.0011/99-2, lavrado contra **DANIEL VENTIN INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.**

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de fevereiro de 2002.

JOSÉ CARLOS BOULHOSA BAQUEIRO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

IVONE DE OLIVEIRA MARTINS - RELATORA/VOTO VENCIDO

CIRO ROBERTO SEIFERT - VOTO VENCEDOR

MARIA HELENA CRUZ BULCÃO – REPR. DA PROFUZ