

PROCESSO	- A.I. Nº 210365.0006/99-4
RECORRENTE	- INCOEX - INDÚSTRIA COMÉRCIO E EXPORTAÇÃO DE CAFÉ LTDA.
RECORRIDO	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0139-02/02
ORIGEM	- IINFAZ JEQUIÉ
INTERNET	- 23.12.02

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0451-12/02

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. **a)** OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. **b)** ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. PRESUNÇÃO LEGAL DA REALIZAÇÃO DE OPERAÇÕES SEM PAGAMENTO DO IMPOSTO. 2. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES INTERNAS E SUBSEQUENTES. FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. Não foram trazidas provas inequívocas da ocorrência das infrações imputadas. Modificada a decisão. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Recurso Voluntário foi interposto pelo autuado contra a decisão da 2ª JJF, que julgou o Auto de Infração Procedente em Parte – Acórdão JJF nº 0139-02/02 – para exigir imposto e multa em decorrência das seguintes irregularidades:

1. falta de recolhimento do imposto relativo a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributadas, anteriormente efetuadas, sem emissão de documentos fiscais;
2. falta de recolhimento do imposto relativo às operações de saídas de mercadorias tributadas efetuadas sem emissão de documentos fiscais, e
3. falta de retenção e recolhimento do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações de saídas de café efetuadas sem emissão de documentos fiscais;

Suscitou, o recorrente, a nulidade da Decisão Recorrida, pois não foi apreciado o seu pedido de perícia, transcrevendo, como paradigmática a decisão contida no Acórdão da 2ª CJF nº 2773/00.

No mérito afirmou que o autuante incorreu em erro, pois o percentual das perdas foi simplesmente arbitrado uniformemente, sem respaldo técnico, em 77,69%.

Concluiu reiterando o pedido de revisão fiscal, ou de perícia técnica, e solicitou a improcedência da autuação.

A Representante da PROFAZ propôs a esta Câmara de Julgamento Fiscal que o PAF fosse encaminhado em diligência à ASTEC deste CONSEF, para que fiscal estranho ao feito esclarecesse as seguintes dúvidas:

- a) O levantamento deve ser feito mês a mês ou por ano?
- b) Os percentuais de perda foram corretamente considerados pelo autuante?

Na sessão de julgamento realizada em 09/10/2002, ao apreciar a Pauta Suplementar, esta 2ª CJF, em decisão unânime, indeferiu a solicitação da Representante da PROFAZ, por considerar que o possível resultado da diligência solicitada seria ineficaz, pelas razões que expus durante a sessão, a saber:

“O diligente da ASTEC jamais poderia responder aos quesitos, na forma que foram formulados.

O primeiro questionamento é se o levantamento deve ser feito mês a mês ou por ano, e o segundo, se os percentuais de perda foram corretamente considerados pelo autuante. Em ambos, ao se utilizar o verbo “dever” (deve) e a expressão “foram corretamente considerados”, está sendo solicitado ao diligente que emita juízo de valor, o que extrapola a sua competência, que é exclusiva dos Julgadores e Conselheiros.

Poder-se-ia, então, adaptar a forma em que foram elaboradas as questões, para:

- a) *É tecnicamente possível que o levantamento quantitativo seja efetuado mês a mês, ou este só pode ser realizado de forma anual?*
- b) *O autuante considerou “perdas” do processo produtivo no seu levantamento?*

As respostas a estas indagações já se encontram no processo.

Na conclusão da última diligência, realizada em 18 de agosto de 2.000, apensada às fls. 697 a 704 dos autos, a preposto da ASTEC informou dois valores de débito, um para o levantamento realizado mês a mês e outro, de forma anual. Remeteu aos Conselheiros a tarefa de julgar aquele que fosse correto.

Também, no mesmo documento, foi informado que o autuante utilizou o percentual de aproveitamento de 77,69%, no processamento de café cru em café torrado. Novamente, a decisão quanto a estar correto ou não este percentual é de competência dos Conselheiros desta Câmara.”

O PAF retornou, então, à Representante da PROFAZ para emissão do seu Parecer conclusivo, para, após, vir a julgamento.

A Representante da PROFAZ, na sua manifestação, após observar que o Recurso restringe-se aos itens 1 e 2, disse entender que, quanto à preliminar de nulidade, a negativa da perícia foi devidamente fundamentada pela JJF, pelo que não se pode falar em cerceamento de defesa, já que cabe ao julgador formar o seu juízo de convencimento.

No mérito, afirmou verificar que os percentuais utilizados foram fornecidos pelo próprio autuado, que agora se mostra insatisfeito com os índices, sem contudo trazer qualquer argumento capaz de afastar a aplicação dos mesmos, ou de motivar uma diligência por parte do CONSEF.

Diante disso, opinou pelo Não Provimento do Recurso.

VOTO

Inicialmente, deve ser apreciada a preliminar de nulidade suscitada, sob a alegação de cerceamento a defesa, porque não teria sido apreciado o seu pedido de perícia.

O indeferimento da realização de perícia é prerrogativa do julgador da 1^a Instância, conforme regra contida no art. 147, do RPAF/99, o que foi feito, à luz do incisos I, alínea “b”, e II, alínea “b”, deste dispositivo legal, conforme se depreende da leitura do voto do relator da 2^a JJF, que transcrevo:

“Inicialmente rejeito o pedido de prova pericial para apurar o índice de aproveitamento da transformação do café, já que foi o próprio contribuinte quem forneceu o percentual de 77,69%, quando intimado para tal, devendo servir como lastro na auditoria de estoque procedida, já que não há nos autos prova em contrário.”

O recorrente reiterou o pedido de revisão fiscal, ou de perícia técnica.

De igual modo, indefiro este pleito, arrimado no mesmo art. 147, II, “b”, por considerar a revisão fiscal ou perícia técnica desnecessária em vista das provas produzidas, especialmente, a diligência anteriormente efetuada, apensada às fls. 697 a 704.

A representante da PROFAZ trilhou o mesmo caminho e requereu a realização da diligência, o que foi negado por esta 2^a CJF, ao apreciar esta proposição em sessão de julgamento, pelas razões já explicitadas no relatório acima.

Passo à análise do mérito da autuação.

O presente Auto de Infração trata da falta de recolhimento do ICMS inerente aos exercícios de 1994 a 1998, apurado através de levantamento quantitativo de estoques mensais de café.

Neste levantamento, foi utilizado, para os cinco exercícios auditados, um percentual médio de aproveitamento de 77,69% (ou perda, ou quebra, de 22,31%) no processo de transformação de café cru em torrado. Significa dizer que cada 100kg de café cru, após a torrefação, resultam 77,690kg de café torrado.

A primeira dúvida da representante da PROFAZ é se o levantamento deve ser feito mês a mês ou por ano?

Como já dito no relatório acima, tecnicamente, é possível efetuar levantamento quantitativo tanto mensal, como anual.

No presente caso, foi utilizado um percentual médio de “aproveitamento”. Percentual médio, como é fácil inferir, é o somatório dos percentuais obtidos num determinado período dividido pelo número de meses do período considerado.

Ora, a utilização desta média, num levantamento quantitativo mensal, resultará em diferenças de entrada, em alguns meses, e em diferença de saída, em outros, pois, logicamente, em cada mês o percentual é maior ou menor que a média deles. Foi exatamente o que ocorreu, como se depreende da análise das infrações 1 e 2.

Assim, para o caso de percentual médio de aproveitamento, deve-se utilizar o levantamento quantitativo anual.

A segunda dúvida apontada pela representante da PROFAZ foi quanto à utilização correta, ou não, deste percentual.

Devemos levar em consideração que um índice informado em junho de 1999 foi utilizado para os levantamentos de 1994 a 1998. Por si só, este fato deixa algum questionamento da validade do mesmo, principalmente em se tratando de produtos agrícolas (café cru), que sofrem influências das mais variadas, inclusive em razão do clima, entre outras.

Partamos do demonstrativo elaborado pela diligente da ASTEC, fls. 701 e 702.

Nos cinco exercícios foram apuradas diferenças de entrada de café cru, pois as saídas com notas fiscais foram superiores às chamadas “saídas reais” (quantidade calculada em função da produção). Faço um comparativo das diferenças de entrada encontradas, com a quantidade de café cru colocado no processo de industrialização:

Exercício	Diferenças de entrada	Entradas c/notas fiscais	Produção + diferença	Saídas café cru p/ industrialização	% de café torrado obtido
1994	8.445,50	171.842,00	180.287,50	221.189,00	81,51%
1995	8.709,90	317.750,00	326.459,90	408.997,00	79,82%
1996	40.222,00	674.220,00	714.442,00	867.834,00	82,32%
1997	2.631,75	447.658,00	450.289,75	576.210,00	78,15%
1998	3.225,40	230.149,00	233.374,40	296.240,00	78,78%

Vê-se, então, que o “índice de aproveitamento”, originalmente informado pela empresa como sendo de 77,69%, variou de 78,15%, em 1997, a 82,32%, em 1996. Diferenças de 0,46% a 4,63%, respectivamente, demonstrando que o aproveitamento foi superior ao índice informado pelo contribuinte, mas, acredo, dentro de uma realidade factível.

Concluo que não restou comprovada a ocorrência de entrada de mercadorias (café cru) sem nota fiscal.

Mas, gostaria de avançar um pouco mais no assunto.

Admitamos, por absurdo, que, efetivamente (mesmo sem prova), o recorrente tenha adquirido estas quantidades de café cru do produtor rural, sem nota fiscal.

Qual o reflexo no pagamento do ICMS deste contribuinte?

Entendo que a acusação de omissão de saída por presunção é impossível, pois esta mercadoria, café cru, é matéria prima para o produto vendido, café torrado, sendo que, no levantamento foi utilizado toda a saída de café torrado, ou seja, se admitirmos a presunção, dobraria a entrada sem nota, que dobraria novamente, e assim sucessivamente.

Quanto à responsabilidade solidária na aquisição de café cru do produtor rural, sem nota fiscal, também, não há como, pois, na remota hipótese – lembro, não foi comprovado – de que teriam ocorrido tais compras, o art. 9º, XVI, “a” e “c”, do RICMS/89, prevê o deferimento do lançamento e do pagamento do ICMS, nas operações internas de saídas de café cru, promovidas por produtor agrícola, estabelecimentos comerciais e exportadores, com destino a matriz ou filial de estabelecimento que desenvolva atividade de torrefação e moagem, comercialização ou exportação para o exterior, para o momento em que ocorrer a saída de estabelecimento torrefador e moageiro, ou a saída de estabelecimento exportador, destinando a mercadoria para o exterior.

Esta regra é repetida nos Regulamentos do ICMS de 1996 e 1997.

Quanto à afirmativa da representante da PROFAZ de que o Recurso restringe-se aos itens 1 e 2, esta não é verdadeira, pois o item 3 é consequência direta dos itens 1 e 2.

Pelo que expus, concluo que não existe comprovação inequívoca da ocorrência das irregularidades imputadas, e o meu voto é pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para modificar a Decisão Recorrida e julgar IMPROCEDENTE o Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e modificar a Decisão Recorrida para julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº 210365.0006/99-4, lavrado contra **INCOEX - INDÚSTRIA COMÉRCIO E EXPORTAÇÃO DE CAFÉ LTDA**.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de Dezembro de 2002.

HELCÔNIO DE SOUZA ALMEIDA – PRESIDENTE

CIRO ROBERTO SEIFERT – RELATOR

MARIA HELENA CRUZ BULCÃO – REPR. DA PROFAZ