

PROCESSO - A.I. Nº 298942.0015/01-9
RECORRENTE - MEDEIROS NETO DESTILARIA DE ÁLCOOL S/A
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO - Acórdão 1ª CJF nº 0620-11/03
ORIGEM - INFAZ TEIXEIRA DE FREITAS
INTERNET - 25.03.04

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0068-11/04

EMENTA: ICMS. INADMISSIBILIDADE DE RECURSO. Não há matéria de fato ou fundamento de direito que não tenham sido apreciados no julgamento reconsiderando, a teor do art. 173, V, do RPAF/99. Recurso **NÃO CONHECIDO**. Vencido o voto do Relator. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Pedido de Reconsideração interposto pelo contribuinte contra a Decisão exarada no Acórdão 1ª CJF nº 0620-11/03, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração para exigir ICMS no valor total de R\$ 1.934.685,75 em decorrência dos seguintes fatos:

1. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, no total de R\$48.848,35, nos meses de agosto de 2000 a janeiro de 2001, referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, conforme demonstrativo às fls. 109 a 123.
2. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, no total de R\$1.632,70, nos meses de agosto de 2000 a janeiro de 2001, referente à aquisição de mercadorias com notas fiscais de venda a consumidor, conforme demonstrativo às fls. 111,112, 114,117,120 e 123.
3. Falta de recolhimento do ICMS no total de R\$46.091,52, nos meses de agosto de 2000 a janeiro de 2001, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, conforme demonstrativos às fls. 109 a 123.
4. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$719,25, no mês setembro de 2000, referente a lançamento de documento fiscal em duplicidade, conforme demonstrativo à fl. 120.
5. Falta de recolhimento do imposto, nos valores de R\$83.843,00; R\$77.626,71 e R\$644.807,92, relativos às operações de saídas de mercadorias tributadas efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado (exercícios de 1998, 1999 e 2000), conforme demonstrativos às fls. 93 a 108.
6. Falta de recolhimento do imposto, no valor de R\$300,05, relativo às operações de saídas de mercadorias tributadas efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício aberto (01/01 a 09/02/01), conforme demonstrativo à fl. 93 a 108.
7. Omissão de saídas de produto acabado tributável, nos exercícios de 1998, 1999 e 2000, apurada através de levantamento da produção, efetuado com base no consumo de matéria prima, conforme demonstrativos às fls. 29 a 31.

8. Vendas de mercadorias para destinatário diverso do indicado no documento fiscal, tendo sido descaracterizada a operação, por ser mercadoria sujeita a substituição tributária, e de alíquota diferenciada, sendo cobrado o imposto com base em preços médios, de venda a varejo, conforme base de cálculo apurada nos demonstrativos às fls. 14 a 16 e 26 a 28.

Tendo em vista a controvérsia entre as razões defensivas e a informação fiscal, tornou-se necessária a realização de revisão fiscal para o deslinde das questões discutidas neste processo, cujo funcionário encarregado deste trabalho, após realizar diligência no estabelecimento, à vista dos livros e documentos apresentados pelo recorrente, prestou suas informações através do Parecer ASTEC nº 0103/2002 (docs. fls. 1.422 a 1.484).

Cientes do Parecer ASTEC nº 0103/2002 o recorrente e autuante, somente este apresentou manifestação às fls. 1488/1489.

Da análise do referido Parecer, bem como das demais peças e comprovações que constam nos autos a 2ª JJF decidiu sob os seguintes fundamentos:

- as peças e partes utilizadas no maquinário, nas instalações e nos tratores; os produtos alimentícios utilizados no preparo de refeições dos empregados; os equipamentos de laboratório (provetas, densímetros, balanças, tubos de vidro, etc.); os lubrificantes e combustíveis de aviação utilizados no avião da empresa para transporte pessoal não se enquadram no conceito de produtos intermediários como elementos indispensáveis ao produto final e consumidos a cada etapa produtiva;
- os produtos químicos (cal virgem, ácido sulfúrico, bactericida organossulfuroso, kamoran e outros antibióticos, superfosfato triplo e sulfato de amônia, benzol ou ciclohexano, neutracol, soda cáustica, fosfato, hidrazina e sulfato de sódio; subacetato de chumbo e ácido clorídrico) contribuem de forma indireta na composição do produto final, como elementos indispensáveis sendo, portanto, considerados como produtos intermediários, já que são consumidos no processo de obtenção do produto final.
- a Procedência Parcial dos itens supra é idêntica à constante na revisão fiscal, a qual, o recorrente acatou tacitamente, uma vez que tomou conhecimento e não apresentou qualquer manifestação;
- o crédito fiscal no valor de R\$ 1.512,00, correspondente à Nota Fiscal nº 6855, objeto da infração 2, deve ser excluído da exigência fiscal deste item, pois o diligente fiscal informou que se trata de mercadoria comercializada pelo estabelecimento do recorrente, razão pela qual o débito desta infração fica reduzido para R\$ 120,70;
- item 4 foi devidamente reconhecido pelo recorrente no sentido de que ocorreu o lançamento em duplicidade da Nota Fiscal nº 23351 e, por conseguinte, a apropriação indevida do crédito fiscal no valor de R\$ 719,25;
- inexistem diferenças nos estoques nos períodos examinados, razão pela qual são Improcedentes os itens 5 e 6;
- de acordo com o resultado da revisão fiscal, restou evidenciado que realmente houve em parte omissão de lançamento de entradas de cana de produção própria e de terceiros, tomando-se por base os dados fornecidos pelo DAA;
- quanto à infração 8 sustenta que está caracterizado o cometimento da infração, pois para destituir a imputação a prova deveria ter sido feita mediante cópia do registro no livro fiscal de entrada.

Conclui pela Procedência em Parte do Auto de Infração, no valor de R\$ 996.915,29, conforme demonstrativo de débito constante às fls. 1514/1515.

Em atendimento ao disposto no art. 169, I, “a”, item 1, do RPAF aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00 a 2ª JJF do CONSEF recorreu de Ofício a esta CJF.

Insatisfeito com a referida Decisão o recorrente interpôs, tempestivamente, Recurso Voluntário tão-somente quanto à infração 8, onde apresenta diversos fatos novos para constatar a ilegalidade da infração.

Outrossim, sustenta que:

- a operação de transporte de produtos vendidos são todas com a cláusula FOB, o que, por conseguinte, cessa toda a sua responsabilidade;
- que não tem a menor possibilidade de executar qualquer monitoramento que comprove a chegada ao destino dos seus produtos vendidos em todas as operações. Tal função cabe ao Fisco, sem nenhuma interferência de terceiros;
- o Presidente da 2ª JJF divergiu do voto apresentado pelo relator no tocante à infração 8;
- apresentou a fiscalização documentos que dizem respeito a declarações dos destinatários confirmando terem recebido as mercadorias;
- o voto do relator é inconsistente;
- as provas apresentadas pela fiscalização são imprestáveis, com base no exame de cada destinatário das mercadorias isoladamente;
- a referida infração é improcedente.

Remetidos os autos ao representante da PGE/PROFIS, esta solicitou que fosse feita diligência para apurar, através do confronto do demonstrativo do lançamento fiscal, declarações ao fisco baiano e declarações à empresa, se realmente as mercadorias foram ou não vendidas pelo recorrente e recebidas pelas empresas envolvidas no lançamento.

Em atenção ao pedido supra, a ASTEC realizou diligência “in loco”, nas empresas envolvidas no lançamento fiscal localizadas no Estado da Bahia, e concluiu, através do Parecer 0042/2003, que:

- em relação às Notas Fiscais n^{os} 000341e 000509, constantes, respectivamente, às fls. 1256 e 1261 não existem os seus lançamentos fiscais no Livro Registro de Entradas de Mercadorias, conforme demonstram as fls. 1549 a 1562;
- em relação às Notas Fiscais n^{os} 000431, 000547 e 000559, constantes, respectivamente, às fls. 1259, 1263 e 1264, não existem os seus lançamentos fiscais no Livro Registro de Entradas de Mercadorias, conforme demonstram as fls. 1563 a 1568;
- em relação à Nota Fiscal nº 000476 (fl. 1267) não consta o seu lançamento fiscal no Livro Registro de Entradas de Mercadorias, conforme demonstra as fls. 1569 a 1572;
- em relação às Notas Fiscais n^{os} 000735, 000436 e 000908, constantes, respectivamente às fls. 1272, 1270 e 1273, não existem os seus lançamentos fiscais no Livro Registro de Entradas de Mercadorias, conforme demonstram as fls. 1573 a 1583.

Ciente do Parecer supra, o autuante apresentou sua manifestação alegando que:

- não foram mencionadas as infrações 5, 6 e 7. Em razão disso, solicita nova diligência sobre estas, atentando para que o diligente seja estranho ao feito e para que aja com ética e conduta ilibada;
- o diligente em sua diligência (primeira diligência) cometeu vários erros inconcebíveis ocasionando a total descaracterização da infração 5 e 6 e quase total infração 7;

Do mesmo modo, o recorrente apresentou sua manifestação, sob os seguintes fundamentos:

- as vendas para a Total Distribuidora Ltda foram realizadas com base em ordens de carregamento expedidas por esta, conforme documentos incluídos às fls. 1474 e 1475. Entretanto, essas operações não se concretizaram;
- a Satélite já havia dado uma declaração de “que a Nota Fiscal nº 547 da Medasa, será escriturada em nosso livro no mês de junho/01, por motivos internos com nossos arquivos, a referida nota fiscal não foi escriturada anteriormente, mas encontra-se em nosso poder”, conforme documento incluído à fl. 884. Posteriormente a Satélite, por seu Diretor de Operações, declarou haver recebido as mercadorias, conforme documento incluído à fl. 1480;
- a Soll Distribuidora de Petróleo Ltda encaminhou ao recorrente uma autorização de carregamento no dia 16/10/99 para fornecimento de 32.000 litros de álcool anidro, com indicação do nome do motorista e da placa do veículo no qual seria conduzida a mercadoria, conforme demonstra à fl. 1468;
- o procurador do contador da Chebabe Distribuidora de Petróleo S.A. declarou a inexistência das operações (fl. 878). A direção desta empresa declarou haver recebido os produtos (fl. 1469).

Por Decisão unânime esta Egrégia 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do CONSEF resolveu encaminhar este processo à ASTEC para examinar a documentação fiscal e contábil do recorrente “*in loco*” e esclarecer as dúvidas acerca dos questionamentos feitos pelo autuante referentes aos levantamentos quantitativos de estoques, elaborando demonstrativos se entender necessário. Outrossim, deverá confirmar se houve ingresso do numerário correspondente às vendas de mercadorias do item 8.

Em atenção ao pedido supra, a ASTEC realizou diligência “*in loco*”, e concluiu, através do Parecer nº 0141/2003, que:

- em relação às infrações 5 e 6 foi procedida à conferência do levantamento quantitativo de estoque, sendo elaborado demonstrativo, conforme fls. 1619 e 1620. Foi considerada uma evaporação de 5%, estando dentro dos parâmetros previstos no Decreto-lei nº 56/66, fls. 1037 a 1042. O levantamento efetuado seguiu os mesmos critérios dos levantamentos do autuante, ou seja, levantamento em exercício fechado para 1998/1999 e 2000 e em exercício aberto para 2001;
- em relação à infração 7 ficou constatado que a quantidade correta constante da Nota Fiscal nº 363 é 212.895,43 toneladas de cana de açúcar, devendo prevalecer o levantamento efetuado pelo autuante;
- em relação à infração 8, às fls. 1614 a 1618 está demonstrado haver o lançamento dos pagamentos das mercadorias constantes das notas fiscais objeto da autuação.

Intimado do Parecer supra, o recorrente apresenta manifestação alegando que:

- discorda da metodologia utilizada pela ASTEC na quantificação do novo levantamento que fez, conforme consta às fls. 1619 e 1620. Aduz que o Ilustre Parecerista optou por uma sistemática de dimensionamento das perdas industriais, a evaporação do álcool, absolutamente inconsistente, uma vez que leva em conta o percentual de 5% sobre o resultado de estoque inicial + entradas – estoque final;
- a correta quantificação da evaporação está baseada em leituras feitas no nível do estoque, devidamente registrada a cada safra e nunca de forma linear e calculada como pretende o Ilustre Parecerista.
- com base no equivocado procedimento, a revisão processada resultou numa estranha omissão de entradas para o exercício de 1999 de 943.323,95 litros de álcool, conforme consta à fl. 1619;
- o Ilustre Parecerista não aplicou o mesmo método teórico para quantificação da evaporação relativa ao exercício de 1998;
- a 2ª JJF já havia requerido uma revisão sobre o assunto que resultou no Parecer nº 0103/2002;
- a infração 7 é inadequada, tendo em vista a ocorrência da infração 5;
- na defesa apresentada pelo recorrente foi reconhecido que “houve certa imprecisão no que diz respeito à emissão de notas fiscais de entrada de matéria prima, mas, perfeitamente injustificável, conforme está posto adiante.” A imprecisão referida está relacionada com o fato de que foram emitidas notas fiscais de entrada de matéria prima indevidamente, num volume acima do realmente ocorrido;
- as Notas Fiscais de Entrada de nºs 363 e 750 não têm nenhum valor econômico, uma vez que nelas não estão consignados o registro de transferência de riqueza entre agentes econômicos, porque emitente e destinatário são os mesmos (o recorrente). Os valores contidos nas respectivas notas fiscais têm um caráter essencialmente simbólico, considerando que pagamentos não foram efetuados devidamente;
- o recorrente estaria legalmente desobrigada da emissão das Notas Fiscais nºs 363 e 750, por se tratar de operações de consumo interno (cana própria) em que os produtos são retirados ou coletados nas áreas de propriedade do recorrente, dentro das quais também está localizada a área industrial, ou seja, não há trânsito das mercadorias por áreas estranhas à propriedade do recorrente.

Ciente do referido Parecer, o autuante apresentou sua manifestação, sob os seguintes fundamentos:

- o recorrente em todas as fases de defesa se contradiz. Aduz que está totalmente descaracterizada a evaporação lançada pelo contribuinte e pelo diligente, prevalecendo real, que foi uma produção maior em 1998 e nenhuma evaporação. Já nas safras seguintes um lançamento esporádico e inverídico de evaporação;
- o Parecer ASTEC confirmou a autuação quanto à infração 06 e o recorrente não apresentou contestação;
- a infração 7 ficou evidenciada seu desprendimento da infração 5, conforme explicitado à fl. 16 do RPAF, constituindo uma infração diferente;

- o art. 471 do RICMS, prescreve totalmente o inverso do alegado pelo recorrente, sendo o mesmo obrigado a emitir nota fiscal de entrada diariamente, justamente com o certificado de pesagem de cana.
- o pedido de diligência em relação à infração 08 foi totalmente ineficaz, pois, “é evidente que o contribuinte extraviando o produto e vendendo diretamente ao comércio varejista iria registrar o recebimento”;
- quanto à Nota Fiscal n^{os} 341 e 509 da Total Distribuidora Ltda deveria o diligente ter verificado os seus registros no livro de entrada (Nota Fiscal n^o 341) e contábil (Notas Fiscais n^{os} 341 e 509) quanto à devolução do dinheiro pago, já que o mesmo verificou o recebimento da mesma (fl. 1615).

A representante da PGE/PROFIS, na sua manifestação, entendeu que a primeira diligência da ASTEC concluiu pelo não registro de entrada das mercadorias nas empresas supostamente destinatárias o que, por conseguinte, confirma a infração de venda de mercadorias a destinatário diverso do constante na nota fiscal.

Em razão disso, opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO (VENCIDO QUANTO AO RECURSO DE OFÍCIO: ITENS 5, 6 e 7)

Após a análise dos autos verifico, que o objeto do Recurso Voluntário diz respeito tão-somente à infração 8, vale dizer, a venda de mercadoria a destinatário diverso do indicado no documento fiscal. Teria realmente o recorrente realizado a venda de mercadoria a destinatário diverso do indicado no documento fiscal?

Esta Egrégia Câmara decidiu (fl. 1611) encaminhar este processo à ASTEC para executar a diligência “*in loco*”, a fim de examinar a documentação fiscal do recorrente e confirmar se houve ingresso do numerário correspondente às vendas de mercadoria deste item.

A ASTEC, após a verificação da escrita contábil do recorrente e seus respectivos documentos às fls. 1623 a 1724, concluiu, através do Parecer n^o 0141/2003 (fl. 1621), haver o lançamento dos pagamentos das mercadorias constantes das notas fiscais objeto da autuação (fls. 26 a 28), conforme demonstra às fls. 1614 a 1618 do presente PAF.

Outrossim, constato que a Decisão ora recorrida manteve esta infração, em razão da falta de comprovação pelo recorrente dos pagamentos efetuados pelos destinatários da mercadoria, quando afirma que:

“Não obstante a revisão fiscal após analisar toda a documentação que instrui a autuação ter atestado que os destinatários das notas fiscais estão em perfeita regularidade cadastral; que não existem divergências significativas entre as autorizações de carregamento e os respectivos documentos, seja nas quantidades, seja na descrição dos produtos, contudo, considerando que não foram comprovados pelo autuado os pagamentos efetuados pelos destinatários das mercadorias, e, apesar da apresentação de algumas declarações dos destinatários de que não receberam as mercadorias, considero que está caracterizado o cometimento da infração, pois para destituir a imputação entendo que a prova deveria ter sido feita mediante cópia do registro no livro fiscal de entrada.” (grifos nossos).

Ora, estando, pois, comprovados os pagamentos efetuados pelos destinatários pela ASTEC não há porque subsistir a referida infração.

Por fim, não obstante o brilho costumeiro dos membros da 2ª JJF, entendo que o Livro de Registro de Entrada dos destinatários não serve de prova para a confirmação da referida infração,

uma vez que o adquirente por diversas questões, tal como omissão, poderá deixar de efetuar o seu devido registro no livro supra.

Ante o exposto, com fulcro no Parecer ASTEC nº 0141/2003, ousou divergir da Decisão proferida pela 2ª JF, bem como do entendimento da representante da PGE/PROFIS e voto pelo PROVIMENTO do presente Recurso Voluntário, a fim de que seja afastada a infração nº 8.

Quanto ao Recurso de Ofício acolho o entendimento da 2ª JF e voto pelo NÃO PROVIMENTO.

VOTO VENCEDOR (QUANTO AO RECURSO DE OFÍCIO: ITENS 5, 6 e 7)

Discordo do relator do PAF somente quanto aos itens 5, 6 e 7 submetidos a Recurso de Ofício.

O item 5 trata da omissão de saída de mercadorias tributáveis, decorrente de diferença de saídas (exercícios de 1998 e 2000), e da presunção da ocorrência do mesmo tipo de omissão (exercício de 1999), em razão da constatação de diferença de entradas, ambas apuradas através de levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias, em exercício fechado.

Já o sexto item se reporta à diferença de saída apurada no mesmo tipo de levantamento, só que realizado em exercício aberto (2001).

Na última diligência levada a efeito por preposto da ASTEC, que gerou o Parecer n.º 0141/2003 (fls. 1613 a 1621), este promoveu correções nos equívocos cometidos pelo diligente anterior (Parecer n.º 0103/2002, fls. 1422 a 1436), sobretudo no que tange à descaracterização, pelo primeiro, dos levantamentos por exercícios fechados e abertos, que os refez levando em consideração os períodos de cada safra.

Ocorre que a sistemática adotada pelo primeiro diligente fere as técnicas de auditoria de estoques, posto que só possível aplicar tal roteiro com o conhecimento dos estoques inicial e final de cada período, que se encontram lançados no livro Registro de Inventários, quando o levantamento se realizar em exercício fechado, ou o estoque final é apurado mediante contagem física da mercadoria, no caso de exercício aberto.

Também, no último levantamento, foi adotado o percentual máximo de evaporação admitido pelo Departamento do Açúcar e do Alcool, órgão do governo federal, correspondente a 5%, para a produção de álcool.

É assim que foram apontadas as seguintes diferenças de ICMS devido:

ITEM 5:

Exercício 1998: ICMS s/ saídas sem nota fiscal – R\$83.483,00

Exercício 1999: ICMS s/ entradas sem nota fiscal – R\$200.857,25

Exercício 2000: ICMS s/ saídas sem nota fiscal – R\$376.697,61

ITEM 6:

Exercício 2001: ICMS s/ saídas sem nota fiscal – R\$300,05

A farta jurisprudência deste Colegiado vem definindo que a diferença das quantidades de saídas de mercadorias, apurada mediante levantamento quantitativo de estoques, constitui comprovação suficiente da realização de operações sem emissão da documentação fiscal exigível.

Quanto à diferença de entradas em estabelecimentos industriais, no caso de matérias-primas dos produtos que serão comercializados, não é possível se atribuir à presunção legal da ocorrência de omissão de saída de mercadorias tributáveis sem a emissão de nota fiscal, pois admitindo-se tal

presunção redundaria em nova diferença de entradas, que aumentaria o valor da presunção e, assim, sucessivamente e incessantemente.

O fato é que, no período em questão, a produtividade do contribuinte (quantidade de litros de álcool produzido por tonelada de cana consumida no processo) foi superior à historicamente obtida por este contribuinte e seus concorrentes, além do agravamento da diferença de entradas em razão da utilização de percentual máximo de evaporação, e não mínimo.

Mais ainda, admitindo-se que o contribuinte tenha adquirido cana-de-açúcar sem nota fiscal, isto não implicaria em prejuízo ao erário, pois, segundo a regra dos art. 343, V, e 468, do RICMS/97, é diferido o lançamento do ICMS incidente nas saídas de cana-de-açúcar em caule efetuadas por estabelecimento de produtor com destino a usina situada neste Estado, para o momento em que ocorrer a saída desta. Lembro, também, que o autuado é produtor de quantidade considerável da cana que consome.

Assim, entendo que devem ser restabelecidas parcialmente as exigências do item 5, para os exercícios de 1998 e 2000, nos valores acima, e totalmente o item 6.

No que concerne ao item 7, o último diligente anexou à fl. 1622 a nota fiscal de n.º 0363, onde consta que a quantidade de cana-de-açúcar entrada é de 212.895,43 toneladas e não de 21.289,54, como indicado pelo diligente anterior à fl. 1431. Esta mesma nota fiscal, ao ser considerada em quantidade indevida pela JJF resultou na diminuição do débito exigido, que deve ser restaurado.

Destarte, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário, acompanhando o relator do PAF, e pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso de Ofício, para restaurar parcialmente a infração 5 e totalmente as infrações 6 e 7, do Auto de Infração.

PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO

Devidamente intimada a tomar ciência do julgamento realizado pela 1ª Câmara de Julgamento Fiscal que julgou a Decisão recorrida pela Procedência Parcial do Recurso de Ofício e deu Provimento ao Recurso Voluntário, a empresa, inconformada com o resultado exarado no tocante ao Recurso de Ofício, impetrou o presente Pedido de Reconsideração, que vai abaixo totalmente transcrito.

[...]

I – DA AUTUAÇÃO E DOS RECURSOS VOLUNTÁRIO E DE OFÍCIO.

“O Auto de Infração em evidência foi constituído de oito infrações, sendo que, parte delas foi julgada em favor da Recorrente em primeira instância e outra parte foi reconhecido pelo então autuado. O julgamento processado pela 1ª CJF, no exame do Recurso Voluntário, resultou na desconstituição da Infração 8 e no exame do Recurso de Ofício resultou na restauração das Infrações 5, 6 e 7, sendo que, no último deles (Recurso de Ofício), ocorreu empate de votos, prevalecendo a posição do Senhor Presidente da mesma 1ª CJF.

Neste momento e por meio deste instrumento de Recurso contesta-se as decisões relacionadas com as tidas infrações 5 e 7.

II – DA EVIDENTE IMPROCEDÊNCIA DA INFRAÇÃO 5.

A 2ª JJF havia julgado como improcedente a Infração 5, com base no Parecer ASTEC N° 0103/2002, fls. 1422 a 1438 do PAF. A 1ª CJF, entretanto, restaurou a exigência numa circunstância mais onerosa para a Autuada, quando comparada com a autuação inicial.

No último julgamento, a 1ª CJF, de uma só penada, desconsiderou as alegações postas pela Autuada na sua defesa, as conclusões apresentadas pelo Auditor Fiscal autor do citado Parecer ASTEC Nº 0103/2002, as razões que serviram de base para decisão da 2ª JJF através do Acórdão JJF Nº 0323-02/02, fls. 1511 e 1512 do PAF, e desconsiderou até os dados do Auto de Infração, pelo menos em dois exercícios (1999 e 2000), tudo com base no Parecer ASTEC Nº 0141/2003, fls. 1613 a 1621 do PAF.

O recorrente, ao tempo em que manifesta o mais alto respeito profissional ao signatário do citado Parecer ASTEC Nº 0141/2003, pede especial atenção do CONSEF para que seja observada a total inaplicabilidade técnica e jurídica daquele Parecer como base para constituição da exigência, por nele conter gravíssimas incorreções, conforme agora destacadas:

1ª Incorreção. A perda industrial da Recorrente, caracterizada sob a forma de evaporação do álcool, jamais poderia ser registrada como pretende o parecerista, levando em conta a absurda fórmula de 5% sobre estoque inicial + entradas – estoque final, conforme consta no processo, às fls. 1619 e 1620.

A evaporação não é um fenômeno calculado, ela é real e quantificada periodicamente por meio de leituras feitas nos tanques reservatórios. Para entendimento da questão, serve como exemplo uma circunstância em que um fabricante qualquer que vende a produção imediatamente após sua elaboração, sem estocagem do álcool. Nessa circunstância, a evaporação seria praticamente nula, dado o reduzido tempo de exposição à oxigenação e, conseqüentemente, à evaporação. De outro modo, se o álcool permanecer por longos períodos estocado, naturalmente a evaporação será mais intensa.

*2ª Incorreção. Se do ponto de vista prático, o cálculo da evaporação feito pelo parecerista é um absurdo, do ponto de vista jurídico é uma aberrante ilegalidade. Ocorre que o percentual de 5% utilizado no Parecer agora contestado está previsto no parágrafo único do artigo 4º do Decreto-Lei nº 56/66 como um limite (vide fls. 1037 a 1042 do PAF): **“Será permitida para o álcool uma quebra, por evaporação, de até 5% (cinco por cento) sobre a produção total da safra”**. (Grifamos).*

Portanto, não são necessários rebuscados métodos de interpretação legislativa para se constatar a evidência do erro cometido no contestado Parecer. Basta verificar a literalidade do dispositivo para concluir que ali está determinada possibilidade de registros de evaporação de “até 5% (cinco por cento) sobre a produção”. Evidenciado: a lei determina até 5% e nunca um cálculo linear de 5% sobre o total da produção.

*3ª Incorreção. A Recorrente se permite presumir que o Ilustre Conselheiro encarregado do voto vencedor não se deu conta de que a decisão adotada pela 1ª CJF resultou numa grave deformação processual, dado que a acusação constante no Auto de Infração é de **“Falta de recolhimento do imposto relativo às operações de saídas de mercadorias tributadas efetuadas sem a emissão de documentos fiscais”**. (Grifamos).*

A infração decorre, portanto, da omissão de saídas apurada em três exercícios. Acontece que, com a nova decisão, no detalhamento da infração em causa (omissão de saídas), surge agora uma absurda omissão de entradas para o ano de 1999 (vide fl. 1619 do PAF).

4ª Incorreção. Para o exercício de 1998, o Ilustre Parecerista, “inadvertidamente”, não aplicou sua ilegal metodologia, pois, não procedeu a quantificação da evaporação de forma calculada, à razão de 5%. Se o fizesse, chegaria a conclusão de uma robusta omissão de entradas de 983.189 litros de álcool, ainda mais onerosa para o recorrente.

5ª Incorreção. Para o exercício de 1999, os erros do parecerista concentrados nos estoques, inicial e final. Primeiro: se o parecerista acha que tem divergências no estoque final de 1998, nunca poderia adotar o estoque que deu causa à infração de 1998 em 1999, sob pena de cumular a infração de um ano em outro. Segundo: o estoque final de 31/12/99 de 6.573.105 litros é incorreto, bastando constatar os dados do próprio Autuante postos no documento incluído no PAF, à fl. 98.

6ª Incorreção. Para o exame do ano de 2000, o erro do parecerista diz respeito apenas ao estoque inicial de 6.573.105 que está incorreto, assim como é incorreto como estoque final do ano de 1999.

Com tantas deformações, conforme aqui demonstradas e provadas, não entende o recorrente como foi possível à 1ª CJF conceder validade jurídica a um documento que, no que concerne à infração 5, está longe do reconhecido padrão técnico de excelência da ASTEC do CONSEF, como também do próprio ilustre parecerista.

Por outro lado, o mesmo recorrente pede permissão ao Ilustre Conselheiro Relator do voto vencedor para discordar das razões por ele alinhadas na tentativa de desqualificar o Parecer ASTEC Nº 0103/2002 (fls. 1422 a 1438 do PAF).

Disse o Ilustre Conselheiro que **“a sistemática adotada pelo primeiro diligente fere as técnicas de auditoria de estoques, posto que só possível aplicar tal roteiro com o conhecimento dos estoques inicial e final de cada período”**. A bem da verdade, o primeiro diligente trabalhou sim com os dados de estoque inicial e estoque final, conforme é possível provar através do exame dos levantamentos por ele elaborados, devidamente incluídos no PAF, às fls. 1437 a 1438.

Acontece, entretanto, que o primeiro diligente, na busca da verdade material, procedeu a seus levantamentos da forma mais correta, observados os períodos das safras. Nesse particular, é fundamental ressaltar que o procedimento do diligente não foi adotado aleatoriamente, estando absolutamente coerente com o que dispõe o parágrafo único do artigo 4º do Decreto Lei nº 56/66, que permite **“para o álcool uma quebra, por evaporação, de até 5% (cinco por cento) sobre a produção total da safra”**. (Grifamos).

Além disso, não há **“técnicas de auditoria de estoques”** que tenham sido feridas, nem mesmo os dispositivos da Portaria nº 445/98, que não proíbem o procedimento adotado.

Enfim, o recorrente não se permite acatar a decisão da 1ª CJF relativa à infração 5 porque tal decisão está lastreada em elementos absolutamente inconsistentes, conforme ficou provado, razão pela qual pede sua retificação e o conseqüente acatamento da decisão da 2ª JF, que já havia julgado improcedente a ocorrência.

III – DA EVIDENTE IMPROCEDÊNCIA DA INFRAÇÃO 7.

O recorrente declara a dificuldade que teve para entender o voto vencedor do Recurso de Ofício, em razão do que consta na penúltima página do Acórdão, dado que os parágrafos que estão após a expressão **“ITEM 6”** parecem, em princípio, que se referem à infração 07, mas, o Conselheiro arremata afirmando: **“Assim, entendo que devem ser restabelecidas parcialmente as exigências do item 5, para os exercícios de 1998 e 2000, nos valores acima, e totalmente o item 6”**.

Em seguida, passa a tratar da infração 7, afirmando: **“No que concerne ao item 7, o último diligente anexou à fl. 1622 a Nota Fiscal de nº 0363, onde consta que a quantidade de cana-de-açúcar entrada é de 212.895,43 toneladas e não de 21.289,54, como indicado pelo diligente**

anterior à fl. 1431. Esta mesma nota fiscal, ao ser considerada em quantidade indevida pela JJF resultou na diminuição do débito exigido, que deve ser restaurado.” (Grifamos).

Com essa declaração, o recorrente ficou sem entender, também, se está restaurado apenas o item relativo à Nota Fiscal nº 0363 (setembro/1999) ou se foi restaurado o débito integral como constituído na lavratura da ação fiscal, até porque a citada Nota Fiscal (nº 0363) diz respeito a um dos itens que integraram a infração 7.

Diante da evidente falta de clareza, não há como deixar de fazer o registro: que falta faz o extinto recurso embargos de declaração.

De todo modo, não é possível perder de vista a evidência de que em quatro dos seis meses em que foram detectadas divergências já haviam sido acatados os argumentos apresentados pela Recorrente, baseados, essencialmente, no fato de que as diferenças apuradas correspondem às quantidades de cana de açúcar oriunda de fornecedores externos (terceiros).

No período relativo à Nota Fiscal nº 0363 (setembro/1999) não foi constatada a igualdade registrada nos quatro meses referidos no parágrafo anterior (setembro, outubro, novembro e dezembro do ano de 2000), o mesmo ocorrendo em novembro/1999.

Repita-se: o voto vencedor não esclarece em que bases foram restaurados os quatro itens tidos como improcedentes pela 2ª JJF, se é que efetivamente os itens foram restaurados.

O recorrente, segura de que aqueles quatro itens são efetivamente improcedentes, esclarece que, de fato, houve uma falha na emissão da Nota Fiscal nº 0363 e passa a justificar e esclarecer a infração gerada por aquela nota fiscal.

Acontece que a safra 1999/2000 teve início na 2ª quinzena de julho/1999, tendo registro de entradas de cana de açúcar em todos os dias, de 16/07/99 até o dia 30/09/99 (77 dias ao todo), sendo que, ao processar o somatório das entradas para emissão de uma única Nota Fiscal, a de nº 0363, a Recorrente cometeu uma falha perfeitamente justificável. Justificável porque as entradas de cana ocorridas nos 77 dias do período estão devidamente registradas no Livro de Produção Diária – LPD do recorrente (cópia anexa), que é um livro oficial, cuja escrituração está prevista no Regulamento do ICMS, em seu artigo 471, § 4º, II, com força, inclusive, para substituição do livro Registro de Controle da Produção e do Estoque.

Com isso, o recorrente esclarece que, muito embora tenha falhado na quantificação escriturada na Nota Fiscal nº 0363, os seus registros estão formalmente regulares, valendo, portando, os dados do citado LPD, cópia anexa, onde consta uma entrada acumulada em 30/09/99 de 153.732,99 toneladas de cana e não de 212.895,43 toneladas, como foi escriturado na Nota Fiscal nº 0363.

Parece muito claro, Senhores Conselheiros, que não há o mais remoto indicio de intuito fraudulento no engano cometido pelo recorrente, caracterizado por um erro de caráter puramente acessório cometido no momento da soma dos dados, até porque se houvesse o citado intuito de fraudar, a Recorrente teria buscado ajustar seus dados com essa obscura intenção. Além disso, não é razoável deixar de se observar os seguintes detalhes:

- 1. É absolutamente estranho o “modelo” que a Fiscalização imagina que a Recorrente engendrou para sonegar impostos, a partir da emissão de notas fiscais de entrada além do efetivamente necessário.*
- 2. A suposta robusta sonegação representa a movimentação de 104 carretas de 30.000 litros de álcool cada uma, que circularam pelo território baiano irregularmente, num*

reduzidíssimo espaço de tempo, considerando que a Recorrente não dispunha de reservatório para guarda de 3.145.000 litros do produto por um longo período. Detalhe: não há nenhuma ocorrência, inclusive de autos de infração, de mercadorias vendidas pelo recorrente desacompanhada de nota fiscal, o que chega a ser, no mínimo, misterioso, dada a notória eficiência da Fiscalização do Estado da Bahia.

3. *A emissão das notas fiscais de entrada não têm nenhuma repercussão econômica e muito menos fiscal, como, aliás, afirmou o próprio Conselheiro responsável pelo voto vencedor quando declara: “Mais ainda, admitindo-se que o contribuinte tenha adquirido cana-de-açúcar sem nota fiscal, isto não implicaria em prejuízo ao erário, pois, segundo a regra dos art. 343, V e 468, do RICMS/97, é diferido o lançamento do ICMS incidente nas saídas de cana-de-açúcar em caule efetuadas por estabelecimento de produtor com destino a usina situada neste Estado, para o momento em que ocorrer a saída da desta. Lembro, também, que o autuado é produtor de quantidade considerável da cana que consome”. (Grifamos). Ou seja, a Fiscalização pretende que o recorrente pague imposto sobre um documento fiscal que, segundo o próprio Conselheiro, não seria necessariamente obrigatória a sua emissão.*
4. *As notas de entrada não têm valor econômico, nem fiscal e não servem como elemento para montagem de planilha de custos do recorrente. E mais: com relação à Nota Fiscal nº 0363, o último diligente detectou um detalhe que compromete significativamente aquele documento como instrumento para constituição da ocorrência. Disse o Diligente (vide Parecer ASTEC Nº 0141/2003, fl. 1620): “Pelo que se observa do referido documento, Nota Fiscal nº 363, não se trata de uma compra e sim de Produção própria, já que emitente e destinatário é a Medasa”. (Grifamos). A rigor, o Senhor Diligente chama a atenção para observância da formalidade de que a Nota Fiscal nº 0363, além de emitida num quantitativo irreal, carrega, ainda, a deformação de haver sido escriturada com o Código Fiscal de Operações e Prestações 1.11 (Compra), quando deveria ser 1.99 – Outras entradas e/ou aquisições de serviços não especificados.*

Considerando que a infração 7 decorre de uma omissão de saídas com base na matéria prima consumida, ao que parece, uma das alegações do Ilustre Relator do voto vencedor do Recurso de Ofício é claramente em favor das pretensões do recorrente, conforme a seguir transcrito:

“Quanto à diferença de entradas em estabelecimentos industriais, no caso de matérias-primas dos produtos que serão comercializados, não é possível se atribuir à presunção legal da ocorrência de omissão de saída de mercadorias tributáveis sem a emissão de nota fiscal, pois admitindo-se tal presunção redundaria em nova diferença de entradas, que aumentaria o valor da presunção e, assim, sucessivamente e incessantemente.” (Grifamos).

Entende o recorrente que a afirmação acima grifada, apenas ela, já desqualifica integralmente a infração 7, tendo absoluta pertinência com os dispositivos do Manual de Fiscalização e da Instrução Normativa nº 310/99, a seguir destacados.

Do exame da peça inicial da ação fiscal constata-se a ocorrência da infração 5, que relaciona “operações de saídas sem a emissão de documentos fiscais, apuradas mediante levantamento quantitativo de estoques”. Já a infração 7 registra a “omissão de saída de produto acabado tributável apurado através de levantamento de produção”. (Grifamos).

Ora, no Manual de Fiscalização, objeto da Portaria nº 1069/90, em seu artigo 17, consta o seguinte:

“Art. 17. Concluída a ação fiscal, antes de formalizar a exigência do débito porventura apurado, deve o Auditor Fiscal considerar a possibilidade de o respectivo valor estar sendo exigido em duplicidade, em decorrência de levantamentos redundantes, a exemplo do levantamento quantitativo de estoques, estouro de caixa e passivo fictício, levados a efeito na oportunidade ou em ação fiscal anterior, caso em que deve prevalecer o levantamento mais abrangente, ou a diferença entre o valor apurado e a quantia exigida anteriormente”. (Grifamos).

Além disso, na Instrução Normativa nº 310/90, do antigo DAT, que aprova os Relatórios de Fiscalização e dispõe sobre o Manual de Fiscalização de Tributos Estaduais previstos no Sistema de Fiscalização do Estado da Bahia, no item 3.1.1.1, relativo aos Procedimentos Finais de Fiscalização, consta o seguinte:

“3.1.1.1 – é preciso evitar a comutatividade de resultados obtidos mediante dois ou mais levantamentos porém gerados por um só evento (estouro de caixa, suprimento de caixa, passivo fictício, diferença decorrente de levantamento quantitativo do estoque, despesas ou entradas não contabilizadas, etc.), quando essa circunstância estiver evidenciada, podendo o Auditor Fiscal optar pelo resultado de maior valor monetário, ou deduzir do resultado maior o levantamento ou levantamentos que sem dúvida estariam excluídos naquele; a comutatividade pode ocorrer no desenvolvimento de qualquer roteiro, porém mais comum é a ocorrência em face de dois ou mais roteiros, obtendo-se resultados inerentes ao mesmo montante envolvido na sonexação fiscal, identificáveis pela expressão monetária ou pelo reflexo nos registros contábeis ou fiscais;”

Na mesma Instrução Normativa nº 310/90, no tópico relativo à Auditoria da Conta Produtos Acabados – Estabelecimento Industrial, é a seguinte a redação do item 3.2.4.4:

“3.2.4.4 – no entanto, o Auditor Fiscal deve ter em mente que nem toda falha contábil pode ser traduzida como omissão de registro de vendas; é possível que algum desvio no padrão de escrituração provoque inadequação de metodologia de que cuida este roteiro; deve-se portanto, fazer um trabalho analítico, durante e após o levantamento, examinado, principalmente, se foi observado, na escrituração, o padrão de exclusão de impostos sobre compras de materiais, e o padrão de deduções de vendas (neste último caso, ver a Demonstração do Resultado do Exercícios); revistados cálculos, persistindo a diferença, convém discutir a questão com o contabilista da empresa, se necessário, não havendo esclarecimento convincente, a diferença deve ser anotada ao final do relatório, para análise futura, a ser reconsiderada após a conclusão das demais auditorias previstas, para maior consistência da ação fiscal, a fim de evitar a exigência do tributo em duplicidade, em decorrência de levantamentos redundantes; nesse sentido, ver os comentários do item 3.1.1.1 dos Procedimentos Finais de Fiscalização;” (Grifamos).

Independente da atual eficácia jurídica dos dispositivos aqui transcritos, o recorrente deles se vale para amparo nos conceitos ali evidenciados, com o objetivo de provar a absoluta inaplicabilidade legal da coexistência de um levantamento quantitativo de estoques que apurou omissão de saída (infração 5), junto com outro levantamento que também trata de omissão de saídas (infração 7), exatamente nos mesmos períodos (anos de 1998, 1999 e 2000).

É valioso destacar que os dispositivos do Manual de Fiscalização e da Instrução Normativa nº 310/90, aqui destacados, encontram suporte no atual Regulamento do ICMS, no § 1º do artigo 60, que trata da base de cálculo nos casos de presunção de omissão de saídas ou de prestações, conforme a seguir transcrito:

“Art. 60 -

“§ 1º. Na apuração da base de cálculo em função dos critérios previstos neste artigo, quando forem constatadas, simultaneamente, irregularidades no disponível e no exigível, bem como entradas ou pagamentos não registrados ou quaisquer outras omissões de receitas tributáveis, levar-se-á em conta, apenas, a ocorrência ou diferença de maior valor monetário, se configurar a presunção de que as demais nela estejam compreendidas”. (Grifamos).

Está segura, portanto, a Recorrente que o levantamento quantitativo de estoques (infração 5) é um instrumental de gestão fiscal de larga abrangência, estado o levantamento relativo à infração 7 nele contido, até porque tem efeitos sobre o estoque, de sorte que, sendo a infração 5 improcedente, conforme fica aqui provado (e como já estava provado perante a 2ª JJF) é também improcedente a infração 7.

IV – DA BASE LEGAL DO RECURSO.

O recorrente formula o presente Pedido de Reconsideração com base no artigo 169, I, “d” do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), aprovado pelo Decreto nº 7629/99, em razão da reforma processada pela 1ª Câmara de Julgamento Fiscal no julgamento do Auto de Infração em evidência realizado pela 2ª Junta de Julgamento Fiscal em favor da mesma Recorrente, com relação às infrações 5 e 7, conforme consta nos termos do Acórdão acima ora recorrido.

Diversos aspectos aqui enfocados já haviam sido tratados na inicial ou no decorrer do processo e não necessariamente apreciados nas fases anteriores de julgamento, a exemplo dos seguintes. Quanto à infração 5: a aplicação de um indevido e ilegal método de cálculo da evaporação, a inclusão de omissão de entradas numa ocorrência que trata especificamente de omissão de saídas e várias falhas nas quantificações dos dados levantados no Parecer ASTEC Nº 0141/2003. Quanto à infração 7: a inaplicabilidade do levantamento ali processado contrastando com outro levantamento da infração 05, agora destacado à luz de regras que tratam do assunto, a exemplo do Manual de Fiscalização, Instrução Normativa nº 310/90, e até citações feitas pelo Ilustre Conselheiro responsável pelo voto vencedor em favor do recorrente.

V – DO PEDIDO.

O recorrente demonstrou que o voto tido como vencedor no último julgamento do Auto de Infração em evidência (Recurso de Ofício) merece correções, por conter algumas inaplicabilidades processuais.

Portanto, pelos fatos e fundamentos jurídicos articulados e diante de tudo o mais aqui expendido, o autuado requer seja provido e acolhido o presente recurso para desconstituição integral das infrações 5 e 7 do feito evidenciado neste instrumento, quer seja com base nas preliminares levantadas, quer seja com base nas razões e substâncias indicadas.”

A PGE/PROFIS forneceu Parecer de fls. 1797 e 1798, nos seguintes termos:

[...]

“Analisando o recurso interposto pela autuada, observa-se que o mesmo deveria atender aos pressupostos de admissibilidade previstos no art. 169, I, “d” do RPAF/99, ou seja, os requisitos de que se argumente a existência de fato ou fundamento de direito argüido pelo sujeito passivo e não apreciado em julgamento anterior.

O que alega nesse particular a recorrente é relação aos pareceres da ASTEC proferidos neste processo, o primeiro deles embora tenha sido considerado pelo julgador de 1ª Instância, não foi acolhido pela egrégia Câmara julgadora, que reformou o julgamento com base em novo parecer da mesma assessoria, a polêmica reside principalmente no percentual de evaporação de 5% que foi utilizado para os cálculos do levantamento realizado.

Alega ainda que houve incorreção e diversas falhas em todo o levantamento quantitativo realizado, requer portanto a improcedência do item 5 e conseqüentemente a do item 7 que estaria lá embutido.

No caso em análise em que pese à argumentação do recorrente, entendemos que não restou efetivamente demonstrada que matéria de fato ou fundamento de direito, foram argüidos pelo sujeito passivo e não foram analisados e julgados anteriormente pelas duas instâncias deste colegiado. Ao contrário, toda a alegação trazida neste recurso foi o próprio fundamento dos julgamentos realizados, o que deixa claro que todos os argumentos defensivos foram sobejamente apreciados.

Desse modo, entendemos que o presente Pedido de Reconsideração não deve ser conhecido com base na previsão do art. 173, V, do RPAF/99.”

VOTO VENCIDO

Dado ao exame dos documentos acostados ao presente Processo Administrativo Fiscal, mormente o Pedido de Reconsideração em confronto com o Acórdão exarado sob o nº 0620-11/03, verifiquei que estão presentes na peça recursal (Pedido de Reconsideração), elementos capazes de dar suporte jurídico ao pleiteado pelo recorrente, pois constatei que a empresa atendeu ao disposto na norma do art. 169, I, “d” do RPAF – Regulamento do Processo Administrativo Fiscal/1999, norteando e chancelando o seu requerimento quanto ao conhecimento do seu Pedido de Reconsideração, senão vejamos:

1. Ao restaurar parcialmente a infração 5, trouxe o Acórdão recorrido a sobrecarga de valor que criou, sem dúvida, circunstância mais onerosa para o contribuinte quando comparada ao disposto na exordial do feito;
2. Os seis argumentos trazidos no Pedido de Reconsideração a título de incorreções, no tocante à Infração 5, fornecem condições de admissibilidade, principalmente quando apresenta possíveis falhas do Parecer da ASTEC, que geraram fatos e situações de conflito que levantam e deixam dúvidas quanto à assertiva da Decisão guerreada.
3. Na contestação à Infração 7, a recorrente mostra o saudosismo quando registra a “falta que faz o extinto recurso de Embargos de Declaração”. Este Relator ratifica e se solidariza inteiramente com a afirmativa e acrescentando que, de fato, a norma dos Embargos era o remédio mais plausível para se efetuar correção. Porém, como deixou de existir dentro do arcabouço jurídico administrativo tributário do nosso Estado, resta a recorrente unicamente a figura do Pedido de Reconsideração ou a provocação à PGE/PROFIS quando do controle da legalidade. Observo que acolho o Pedido de Reconsideração também desta infração, face sobretudo à afirmativa do Conselheiro Relator responsável do voto vencedor ter dito: “Mais ainda, admitindo-se que o contribuinte tenha adquirido cana-de-açúcar sem nota fiscal, isto não implicaria em prejuízo ao erário” e mais, ter também dito que “Não é possível se atribuir à presunção legal da ocorrência de omissão de saída de mercadorias tributáveis sem a emissão de nota fiscal”.

Diante do exposto, atendo ao suscitado pela empresa na sua peça recursal, concedendo este voto pelo Conhecimento e Provimento do Pedido de Reconsideração em relação às Infrações 5 e 7, restaurando a Decisão exarada pela 2ª Junta de Julgamento Fiscal e ratificada pelo Relator do voto vencido da Decisão recorrida, que adoto e incluo a este voto, quando diz: “*Quanto ao Recurso de Ofício acolho o entendimento da 2ª JJF e voto pelo NÃO PROVIMENTO*”.

Assim, peço vênua à Douta PGE/PROFIS e ao ilustre relator do voto vencedor da Decisão recorrida, discordando dos mesmos, para julgar as Infrações 5 e 7 inteiramente Improcedentes, dentro dos fundamentos esposados pela 2ª Junta de Julgamento Fiscal, que tiveram, como já dito, a ratificação do relator do voto vencido na Decisão recorrida.

VOTO VENCEDOR

Trata-se de um Pedido de Reconsideração apresentado pelo sujeito passivo, após a decisão da 1ª CJF, Acórdão 0620-11/03, que concedeu provimento parcial ao Recurso de Ofício e provimento ao seu Recurso Voluntário.

O presente Recurso, previsto no art. 169, I, “d”, do RPAF/99, possui dois requisitos de admissibilidade, quais sejam:

1. que a Decisão de Câmara de Julgamento Fiscal tenha reformado no mérito, a de Primeira Instância em processo administrativo fiscal, e;
2. desde que verse sobre matéria de fato ou fundamento de direitos argüidos pelo sujeito passivo na impugnação e não apreciados nas fases anteriores de julgamento.

O primeiro requisito foi atendido pois foi dado provimento parcial ao Recurso de Ofício, obviamente, desfavoravelmente ao recorrente.

Quanto ao segundo, de acordo com o que foi dito pelo Relator do PAF, o recorrente argüiu que:

“Diversos aspectos aqui enfocados já haviam sido tratados na inicial ou no decorrer do processo e não necessariamente apreciados nas fases anteriores de julgamento, a exemplo dos seguintes. Quanto à infração 5: a aplicação de um indevido e ilegal método de cálculo da evaporação, a inclusão de omissão de entradas numa ocorrência que trata especificamente de omissão de saídas e várias falhas nas quantificações dos dados levantados no Parecer ASTEC Nº 0141/2003. Quanto à infração 7: a inaplicabilidade do levantamento ali processado contrastando com outro levantamento da infração 05, agora destacado à luz de regras que tratam do assunto, a exemplo do Manual de Fiscalização, Instrução Normativa nº 310/90, e até citações feitas pelo Ilustre Conselheiro responsável pelo voto vencedor em favor do recorrente.”

Com o devido respeito ao patrono do recorrente, estas alegações foram apreciadas, senão vejamos:

Quanto à infração 5, este foi o voto que proferi (o voto vencedor da decisão recorrida é de minha lavra):

“Também, no último levantamento, foi adotado o percentual máximo de evaporação admitido pelo Departamento do Açúcar e do Alcool, órgão do governo federal, correspondente a 5%, para a produção de álcool.”

[...]

ITEM 5:

Exercício 1998: ICMS s/ saídas sem nota fiscal – R\$83.483,00

Exercício 1999: ICMS s/ entradas sem nota fiscal – R\$200.857,25

Exercício 2000: ICMS s/ saídas sem nota fiscal – R\$376.697,61

[...]

O fato é que, no período em questão, a produtividade do contribuinte (quantidade de litros de álcool produzido por tonelada de cana consumida no processo) foi superior à historicamente obtida por este contribuinte e seus concorrentes, além do agravamento da diferença de entradas em razão da utilização de percentual máximo de evaporação, e não mínimo.

[...]

Assim, entendo que devem ser restabelecidas parcialmente as exigências do item 5, para os exercícios de 1998 e 2000, nos valores acima, e totalmente o item 6.”

Vê-se, então, que o percentual de evaporação foi apreciado, e a restauração parcial do item 5, sem o exercício de 1999, não veio a exigir diferença de entradas, como que fazer crer o recorrente.

Também, as possíveis “falhas nas quantificações dos dados levantados no Parecer ASTEC N° 0141/2003”, foram objeto de meu voto, como se constata no seguinte trecho: “Na última diligência levada a efeito por preposto da ASTEC, que gerou o Parecer n.º 0141/2003 (fls. 1613 a 1621), este promoveu correções nos equívocos cometidos pelo diligente anterior (Parecer n.º 0103/2002, fls. 1422 a 1436), sobretudo no que tange à descaracterização, pelo primeiro, dos levantamentos por exercícios fechados e abertos, que os refez levando em consideração os períodos de cada safra.”

Com referência à infração 7, se faz necessária a transcrição parcial do voto da Decisão da 1ª Instância (Acórdão JFJ n.º 0323-02/02) e recorrida.

Disse o relator da 2ª JFJ:

“De acordo com o resultado da revisão fiscal, restou evidenciado que realmente houve em parte omissão de lançamento de entradas de cana de produção própria e de terceiros, tomando-se por base os dados fornecidos pelo DAA, cuja produção de álcool não declarada neste item não tem qualquer relação com os itens 5 e 6, conforme alegado pelo autuado, eis que, a acusação fiscal do item 7 está baseada em operações de saídas de álcool não declaradas ao DAA, enquanto que os itens 5 e 6 estão baseados em relatórios de produção e estoque emitidos pelo DAA. Contudo, o revisor fiscal comprovou que no levantamento do débito desta infração foram consideradas em duplicidade as notas fiscais discriminadas às fls. 1.431 a 1.432, o resulta na modificação do débito para os valores abaixo:”

No meu voto, da mesma forma, entendi que a infração 7 não se confunde com os itens 5 e 6, mas discordo da decisão anterior, no que diz respeito à Nota Fiscal n° 0363, como se vê:

“No que concerne ao item 7, o último diligente anexou à fl. 1622 a nota fiscal de n.º 0363, onde consta que a quantidade de cana-de-açúcar entrada é de 212.895,43 toneladas e não de 21.289,54, como indicado pelo diligente anterior à fl. 1431. Esta mesma nota fiscal, ao ser considerada em quantidade indevida pela JFJ resultou na diminuição do débito exigido, que deve ser restaurado.”

Pelo que expus, ficou evidenciado que o patrono do recorrente não demonstrou a existência de matéria de fato ou fundamento de direito por ele argüidos, que deixaram de ser apreciados em decisões anteriores, o que impede o conhecimento do seu Pedido de Reconsideração, ex vi do art. 173, V, do RPAF/99.

Meu voto, portanto, é pelo NÃO CONHECIMENTO do presente Pedido de Reconsideração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, NÃO CONHECER o Pedido de Reconsideração apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **298942.0015/01-9**, lavrado contra **MEDEIROS NETO DESTILARIA DE ÁLCOOL S/A**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$1.934.685,75**, sendo R\$342.447,17, atualizado monetariamente, acrescido das multas de 60% sobre R\$86.115,16 e 70% sobre R\$256.332,01, previstas no art. 42, II, “f”, VII, “a” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios correspondentes e R\$1.592,238,58, acrescido das multas de 60% sobre R\$8.829,53 e 70% sobre R\$1.583.409,05, previstas no art. 42, II, “f”, VII, “a” e III, da referida lei, e demais acréscimos legais.

VOTO VENCEDOR: Conselheiros (as) Antonio Ferreira de Freitas, Ciro Roberto Seifert , Israel José dos Santos e Marco Rogério Lyrio Pimenta.

VOTO VENCIDO: Conselheiros (as) Nelson Teixeira Brandão e Rosa Maria Santos Galvão.

Sala das Sessões do CONSEF, 02 de março de 2004.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS – PRESIDENTE

NELSON TEIXEIRA BRANDÃO – RELATOR/VOTO VENCIDO

CIRO ROBERTO SEIFERT – VOTO VENCEDOR

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE - REPR. DA PGE/PROFIS