

A. I. Nº - 232943.0008/09-9
AUTUADO - MATOS GAMA INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.
AUTUANTE - REGINALDO CAVALCANTE COELHO
ORIGEM - INFAS ITABUNA
INTERNET - 23. 03. 2010

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0050-01/10

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. NULIDADE. FALTA DE CERTEZA E LIQUIDEZ DO LANÇAMENTO. Método de auditoria por levantamento quantitativo de estoque aplicado incorretamente em estabelecimento industrial e comercial como se fora apenas de comércio, em desacordo com a Port. 445/98. Não há elementos nos autos que determinem, com segurança, as infrações. Existência de vícios formais no procedimento. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 24/08/09, exige ICMS no valor total de R\$649.050,95, acrescidos da multa de 70%, em decorrência das seguintes irregularidades imputadas ao contribuinte:

1. Falta de recolhimento do imposto no valor de R\$428.680,10, relativo a operações de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias nos exercícios de 2005, 2007 e 2008;
2. Falta de recolhimento do imposto no valor de R\$220.370,85, constatado pela apuração de diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias no exercício de 2006, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária – a das operações de entradas – com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas no mesmo exercício.

O contribuinte apresenta peça impugnatória ao lançamento de ofício (fls. 153/162), dizendo que deverá ser declarado nulo ou improcedente pelo CONSEF, vez que as infrações não ocorreram, pois se originaram de falhas nos levantamentos realizados pelo autuante, o que, portanto, além de ser injusto, afronta as normas regulamentares pertinentes ao tributo estadual.

Aduz constatar que o autuante respaldou a exigência tributária em procedimento que, quando feito com atendimento às normas regulamentares, em especial, a Portaria 445/98, que transcreve parcialmente, torna a exigência praticamente inquestionável, o que não ocorreu neste caso.

Afirma que se tratando de empresa industrial, a auditoria de estoques deve observar variáveis que lhe são peculiares, pois nessas as mercadorias vendidas não tem aquisições correspondentes, posto que resultem da transformação das matérias primas, acrescidas dos insumos utilizados em sua elaboração.

No caso, diz que o autuante considerou as entradas de matérias primas, acrescentou o estoque inicial, deduzindo as saídas e o estoque final, assim encontrando as supostas omissões de saídas, posto que as matérias primas não são objeto de comercialização, a exceção de produtos que se mostrem imprestáveis ao processamento industrial.

Fala que, por outro lado, o autuante lançou em seu demonstrativo o estoque inicial dos produtos acabados, somando as aquisições (que diz inexistentes, posto que são produtos finais saídos de sua linha de produção), deduzindo as saídas e o estoque final.

Alega que a forma de apuração dos estoques utilizada pelo Auditor Fiscal é completamente despropositada, totalmente errada e contraria as disposições contidas na citada Portaria 445/98. Aduz que esta situação repetiu-se com todos os produtos auditados, e cita como exemplo maior e mais expressivo o produto milho em grãos em sacos de 60 Kg, onde a entrada refere-se a milho em grãos e as saídas corresponde aos produtos industrializados fubá de milho em sacos e em fardos, farelo de milho, canjica amarela em sacos e em fardos, incamilho em fardos e sacos, flocão de milho, xerém de milho fino e grosso, mingau de milho e cerca de 35% das aquisições de milho em grãos são destinadas à fabricação de ração para alimentação animal, produtos isentos citados no art. 20 do RICMS, e o autuante apurou equivocadamente uma omissão de saída em sacos de milho em Grão se esquecendo do processamento industrial que fala.

Como exemplo, destaca o exercício de 2005 onde o autuante apurou em seu levantamento a entrada de 26.833,99 sacos de 60 Kg de milho em grãos e uma saída de 166 sacos de milho em grãos, gerando uma suposta omissão de saídas de 26.667,99 sacos de milho em grãos correspondentes a uma base de cálculo para o ICMS de R\$682.700,54, representando 97,05% de uma base de cálculo total de R\$703.463,06, fatos que se repetem nos exercícios seguintes quando apurou as bases de cálculo de R\$799.066,94 em 2007, R\$1.019.177,54 em 2008, bem como uma diferença tanto de omissão de entrada e saída em 2006 de R\$1.296.299,11, apontada na Infração 02, valores com os quais discorda.

Diz que o autuante utilizou-se de auditoria inadequada aplicável a empresa comercial não procurando se inteirar do processo produtivo da empresa e não considerou a redução da base de cálculo em 100% para as saídas internas de feijão, como previsto no art. 78-A, com efeitos a partir de 22/12/2005, bem como confundiu os produtos isentos como tributáveis, sem contar que a multa para os produtos isentos não é aplicável para produtos tributáveis.

Acrescenta que conforme a portaria citada se deve considerar as perdas no processo de produção ao tempo que para corroborar suas alegações transcreve parecer da ASTEC e voto vencedor de decisão do CONSEF.

Concluindo, diz que a exigência tributária não pode prosperar porque além das falhas que aponta não lhe foi concedido o crédito presumido de 8% no período 2005 a 2007, quando estava enquadrado na condição de empresa de pequeno porte e em face do que expõe pede a nulidade da autuação que, no mérito, deve ser julgada improcedente.

À fl. 166, consta manifestação do autuante dizendo que em face da defesa e a necessidade de esclarecimentos para elaboração da Informação Fiscal, conforme documentos que anexa, intimou em 22/10/2009 o autuado a prestar tais esclarecimentos.

À fl. 171, o autuado se manifesta através do contador, com data de 26/10/2009 comunicando que toda a documentação fiscal solicitada se encontra em mãos do advogado da empresa, que segundo informações está viajando e, tão logo recebê-la, apresentará a referida documentação e quanto às informações sobre o processo produtivo, diz que já a solicitara ao responsável pela produção industrial e, em breve, estará apresentando os respectivos dados.

Às fls. 175 e 176, o autuante presta sua Informação Fiscal transcrevendo o art. 143 do RPAF e dizendo em razão de o contribuinte não ter apresentado as informações constantes da citada Intimação Fiscal até 11/11/2009, mantém todo o procedimento fiscal.

VOTO

O Auto de Infração exige ICMS apurado por levantamento quantitativo em decorrência de: a) falta de recolhimento do imposto relativo a operações de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita; b) falta de recolhimento do imposto constatada por apuração de diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária – a das operações de entradas – com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas no mesmo exercício.

O contribuinte apresentou impugnação preliminarmente alegando que o autuante respaldou a exigência tributária em procedimento inadequado e em desconformidade com as orientações da Portaria 445/98, pois se tratando de empresa industrial foi aplicado método próprio a empresa comercial não se observando as suas peculiaridades, em especial seu processo produtivo.

No caso, disse que o autuante considerou as entradas de matérias primas, acrescentou o estoque inicial, deduzindo as saídas e o estoque final, assim encontrando as supostas omissões de saídas, posto que as matérias primas não são objeto de comercialização.

Falou que, por outro lado, o autuante lançou em seu demonstrativo o estoque inicial dos produtos acabados, somando a aquisições inexistentes de alguns itens posto que são produtos finais saídos de sua linha de produção, deduzindo as saídas e o estoque final, exemplificando o procedimento adotado para o item milho em grãos em sacos de 60 Kg, onde a entrada refere-se a milho em grãos e as saídas corresponde aos produtos industrializados fubá de milho em sacos e em fardos, farelo de milho, canjica amarela em sacos e em fardos, incamilho em fardos e sacos, flocão de milho, xerém de milho fino e grosso, mingau de milho e que cerca de 35% das aquisições de milho em grãos são destinadas à fabricação de ração para alimentação animal, produtos isentos citados no art. 20 do RICMS. Disse, também, que o autuante não considerou as perdas do processo de produção nem a redução da base de cálculo em 100% para as saídas internas de feijão, como previsto no art. 78-A, do RICMS-BA, bem como confundiu produtos isentos como tributáveis, sem contar que a multa para os produtos isentos não é aplicável para produtos tributáveis.

Por sua vez, o autuante disse que em face da defesa, para produzir a Informação Fiscal necessitava de esclarecimentos do autuado e, para tanto, o intimou em 22/10/2009 para em 72 (setenta e duas) horas apresentar as notas fiscais de entradas e informar por escrito quais os produtos que fabrica e as matérias primas e materiais secundários empregados no processo produtivo bem como as quantidades que utiliza para obtenção de uma unidade do produto final.

À fl. 169 consta despacho do Coordenador de Cobrança ao Inspetor da Infaz de origem solicitando apreciação dos fatos tendo em vista o encerramento do prazo legal de 30 (trinta) dias para apresentação da Informação Fiscal sem que esta tenha sido prestada, razão pela qual em despacho de 06/11/2009, os autos foram enviados ao autuante que, conforme fl. 175/6 informa que tendo intimado o autuado para que prestasse as informações requeridas e transcorrido 16 dias sem que tenha sido atendido, mantém todo o procedimento fiscal.

Pois bem, visto o intróito acima, devo apreciar questão preliminar que mesmo não claramente inscrita na peça defensiva entendo plenamente implícita no seu co

de nulidade do procedimento fiscal por aplicação incorreta do método de auditoria para apurar com segurança a obrigação tributária descumprida.

Iniciando essa análise vejo que a ficha cadastral do autuado (fls. 09 a 22) juntada aos autos pelo próprio autuante registra como sua principal atividade econômica a “fabricação de outros produtos alimentícios não especificados anteriormente” e como uma de suas atividades secundárias a “fabricação de alimentos para animais”, o que atesta a primeira assertiva de defesa do contribuinte autuado.

Sustentou o impugnante que o procedimento fiscal desconsiderou sua qualidade de indústria, portanto, as peculiaridades a ele pertinentes, e, embora não as numericamente apontando alega existir inconsistências no levantamento de auditoria.

Ora, indo direto ao cerne da questão, vejo que o procedimento do preposto fiscal para prestar a Informação Fiscal regulamentar exigindo informações depois de encerrado o procedimento de fiscalização, quando antes e durante a ação fiscal haveria que inteirar-se cautelosamente das atividades e informações do autuado para impedir a obtenção de resultados indesejáveis, embora a legislação não impeça tal ação, demonstra insegurança quanto ao procedimento fiscal dando asa ao interprete desta celeuma para que entenda que o presente lançamento tributário não contém elementos suficientes para se determinar a infração com segurança e, por isso, se encontra inquinado de flagrante nulidade.

De fato, embora a Portaria 445/98 expressamente não seja taxativa quanto ao método de auditoria por levantamento quantitativo de estoque que deve ser aplicado aos contribuintes sejam eles empresas comerciais ou industriais, aliás, como não poderia mesmo ser dada às peculiaridades dos estabelecimentos, orienta quanto aos cuidados que se deve observar na aplicação desse método de auditória para que dele se faça surgir a verdade material dos fatos tributários eventualmente omitidos pelo contribuinte fiscalizado. No caso presente, é elementar que as situações apontadas pelo autuado como não observados pelo autuante e acima relatados, devam ser considerados no procedimento fiscal em que se aplique o método de auditoria por levantamento quantitativo de estoques.

Ab initio, impende salientar que dos documentos autuados (fl. 7) deriva a noção que ação fiscal fora instaurada através dos arquivos magnéticos que foram entregues pelo autuado à fiscalização.

Ora, não há como “vingar” uma ação fiscal que partiu, desde o seu nascênciouro, de elementos, valores e informações que não consideraram as peculiaridades do contribuinte, em especial, quanto ao fluxo dos insumos em conversão de produtos fabricados e que resultam, por óbvio, em um levantamento também frágil e lacunoso.

É o que sói ocorrer no caso vertente. O próprio fiscal autuante acabou por oferecer indícios de insegurança quanto ao resultado que apurou, de modo a subsumir o lançamento na disposição de nulidade do art. 18, inciso IV, alínea “a” do RPAF, vez que ponderando a representatividade do item “milho em grãos sacos de 60 Kg” informada pelo autuado como principal insumo para fabricação de diversos produtos, quando considerado no processo produtivo com suas peculiaridades, cujo pleno controle, por imposição legal, o contribuinte deve registrar em seus livros e documentos contábeis e fiscais, certamente repercutirá profundamente no resultado da auditoria, tanto em relação a valores quanto a itens comercializados, de modo que vejo impossibilitada a aplicação do disposto no §1º do citado artigo para correção do lançamento no curso desse processo.

Emfim, o que deve buscar o processo administrativo fiscal é a “verdade material”, e, no caso presente, permissa *vénia*, a mesma não se confunde com o apurado no lançamento em pauta.

Dante do exposto, voto pela NULIDADE do lançamento fiscal ao tempo que recomendo a repetição do procedimento fiscal a salvo de falhas.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº 232943.0008/09-9, lavrado contra **MATOS GAMA INDÚSTRIA E COMERCIO DE ALIMENTOS LTDA**, recomendando-se à autoridade fiscal responsável pela Inspetoria de origem do processo, a renovação da ação fiscal, desta feita a salvo das falhas acima indicadas.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF//99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10.10.00.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de março de 2010

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

JORGE INÁCIO DE AQUINO – RELATOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – JULGADOR