

A. I. N° - 295309.0044/10-9
AUTUADO - ERMOR TABARAMA TABACOS DO BRASIL LTDA.
AUTUANTE - CONCEIÇÃO MARIA SANTOS DE PINHO
ORIGEM - INFAZ CRUZ DAS ALMAS
INTERNET - 13/07/2011

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0150-03/11

EMENTA: ICMS. NULIDADE. FALTA DE CERTEZA E LIQUIDEZ. Lançamento nulo, por inadequação do roteiro de auditoria adotado no procedimento fiscal, implicando falta de certeza quanto à existência de infração. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 23/12/10, diz respeito à falta de recolhimento de ICMS relativo a saídas de mercadorias não declaradas, apuradas com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar entradas, efetuou o pagamento dessas entradas com recursos provenientes de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, fato apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécies de mercadorias em exercícios fechados (2005 e 2006). A quebra declarada pelo contribuinte, de 35%, foi contabilizada através do lançamento simbólico como Notas Fiscais de saída. Imposto lançado: R\$ 180.039,41. Multa de 70%.

Na defesa (fls. 165/169) o autuado explica que a filial que foi autuada é uma de três unidades de beneficiamento de fumo em folhas originadas de plantio próprio de fumo denominado “Sumatra”. Explica como se dá o processo de beneficiamento do fumo:

- a) após a colheita, o fumo passa por pré-secagem no próprio campo de plantio e em seguida é transferido para a unidade de beneficiamento, sendo que essa transferência ocorre entre os meses de junho e novembro de cada ano;
- b) esse fumo, que é chamado de “Safra Nova”, é armazenado em pillhas para fermentação no período de 90 dias, durante o qual perde bastante liquido, iniciando-se assim o processo de quebra;
- c) após a fermentação dá-se o início ao processo de escolha, classificação e bitola;
- d) quando há umidade esse fumo passa por processo de secagem para enfardamento;
- e) os fardos prontos para comercialização ficam armazenados em depósitos específicos, e nesse período de armazenamento o produto apresenta quebra de até 10%;
- f) o processo de beneficiamento até o armazenamento dura em média 180 dias, quando não há reclassificação (reabertura dos fardos).

A defesa apresenta quadros demonstrativos de resumo dos cálculos, em duas tabelas, uma reproduzindo os cálculos da fiscalização, relativamente aos dois exercícios objeto do levantamento fiscal, e outra, os cálculos conforme os registros fiscais e contábeis da empresa, relativamente aos mesmos exercícios.

Alega que a diferença verificada no cotejo entre a tabela do levantamento fiscal e a tabela elaborada pela empresa decorre do fato de a auditoria ter sido feita como se fosse o estoque de um comércio qualquer, em que se adquire de terceiros um produto para comercialização e se inventaria o saldo. Reclama que não houve um tratamento específico relativo ao fumo em folhas,

como sempre foi feito há anos em relação à atividade fumageira na região. Aduz que procurou entender qual a fórmula usada pela fiscalização no demonstrativo dos cálculos, detectando no exercício de 2005 uma diferença menor nas saídas de 13.632 quilos de fumo em folhas, que alega corresponder à quebra não contabilizada, em média de 8,5%. Observa que, com base nesse cálculo, foi “emitida” uma Nota Fiscal nº 01 de saída no total de 56.551,60 quilos, o que corresponde aos 35% de quebra declarados mais os 8,5% apresentados como quebra normal no processo de beneficiamento. Considera estar claro nas tabelas apresentadas que não houve em hipótese alguma omissão de entradas ou de saídas, conforme acusa o Auto, pois o que houve foi a falta de escrituração das quebras, pois no final a empresa conta apenas com saldo de fardos no estoque e no produto de entrada a título de “Safrá Nova” com o peso de entrada.

Com relação à quebra aplicada, de 35%, alega que esta foi utilizada como base para o processo de produção dos anos de 2003 e 2004, quando a empresa utilizava o processo de “destala”, que consistia na retirada do talo da folha, uma vez que com tal processo a quebra variava de 35% até 45%, sendo que, a partir de 2005, na unidade que foi objeto de auditoria, não houve aquele tipo de processo, e por isso aquela quebra de 35% não pode ser utilizada, pois o normal de quebra passou a ser em torno de 10% a 15%, dependendo bastante do período de colheita, secagem e armazenamento. Argumenta que, não obstante a utilização do percentual de quebra de 35%, houve um equívoco em aplicá-lo apenas nas entradas, haja vista que o fumo armazenado em fardos também apresenta quebras nas saídas, que chegam até a 10%.

Conclui dizendo que as diferenças encontradas em 2005 corresponderam a 8,5% do total das movimentações e estoque, e no ano de 2006 correspondem a 14,7%, o que foi considerado como quebra normal por todas as outras auditorias realizadas, conforme livros termos de ocorrências.

Pede que seja deferida a defesa, argumentando que as quebras estão dentro dos padrões normais para fumo “in natura”. Juntou à defesa uma declaração de que o processo de beneficiamento de fumo em folhas do tipo “Sumatra” no ano de 2005 foi em média de 10%, e no exercício de 2006 de em média 15%, dando-se esta variação em virtude de vários fatores de natureza climática e comercial, aduzindo como exemplo que em 2003 e 2004 a empresa produziu fumo “destalado” porque naquela época o comércio exterior solicitava a adoção daquele processo, no qual a quebra fica em torno de 35% a 45%, o que não ocorreu mais com este tipo de fumo “Sumatra”.

A auditora responsável pelo lançamento prestou informação (fl. 174) dizendo como foi feito o procedimento. Observa que a quebra aplicada, de 35%, foi utilizada com base na declaração do contribuinte à fl. 20, que estava perfeitamente ciente do período a ser fiscalizado, conforme intimação à fl. 4, e só agora, depois de concluída a fiscalização e de posse dos resultados é que a empresa descobriu que houve um equívoco em relação ao percentual de quebra declarado. Considera que os argumentos da defesa não demonstram a insubsistência da infração. Opina pela manutenção do lançamento.

Deu-se ciência da informação fiscal ao contribuinte. Este não se manifestou.

Na sessão de julgamento, o representante do autuado requereu o adiamento do julgamento alegando que o setor jurídico da empresa não tinha conhecimento deste Auto de Infração.

VOTO

Apreciou-se em preliminar o requerimento verbal do representante do autuado, na sessão de julgamento, no sentido de que fosse adiamento do julgamento, sob alegação que o setor jurídico da empresa não tinha conhecimento deste Auto de Infração. O requerimento foi indeferido, por economia processual, em face de elementos que seriam demonstrados na leitura do voto.

O imposto em discussão neste Auto é decorrente de levantamento quantitativo de estoques por espécies de mercadorias em exercícios fechados, tendo sido apuradas omissões de entradas de mercadorias, sendo lançado o imposto com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao

deixar de contabilizar entradas, efetuou o pagamento dessas entradas com recursos provenientes de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas. Essa presunção é autorizada pelo § 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96.

A defesa alega que o percentual de quebra de 35% se baseava no processo de beneficiamento do fumo em folhas nos anos de 2003 e 2004, quando a empresa utilizava o processo de “destala”, que consistia na retirada do talo da folha, uma vez que com tal processo a quebra variava de 35% até 45%, sendo que, a partir de 2005, na unidade que foi objeto de auditoria, não houve aquele tipo de processo, e por isso aquela quebra de 35% não pode ser utilizada, pois o normal de quebra passou a ser em torno de 10% a 15%, a depender do período de colheita, secagem e armazenamento. Argumenta que, além desse aspecto, houve um equívoco em aplicar o percentual de quebra apenas nas entradas, haja vista que também há quebras nas saídas, que chegam até a 10%.

Há nestes autos uma questão que tenho o dever de suscitar de ofício, pois se trata de aspecto relacionado à aplicação da norma ao caso concreto, e a aplicação da lei é tarefa do julgador, não dependendo de provocação da parte.

O autuado alega que a filial que foi autuada é uma de três unidades de beneficiamento de fumo em folhas originadas de plantio próprio de fumo.

Ora, se o fumo recebido por essa filial para beneficiamento é de produção própria, isto significa que não há pagamentos nas entradas do fumo. E, se não há pagamento, não se aplica a presunção de que cuida o § 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96. A interpretação da lei é de que, havendo entradas não contabilizadas, isso implica que os pagamentos dessas entradas também não foram contabilizados, dando motivo à presunção de que tais pagamentos foram feitos com recursos decorrentes de saídas (vendas) de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas. Porém, como não há desembolso de recursos nas entradas, não havendo por conseguinte contabilização de pagamentos, a presunção legal não se aplica neste caso, pois toda presunção tem por pressuposto um fato concreto (fato-indício), com base no qual se deduz a existência de outro fato (fato probando).

Ao estabelecer a lei que a falta de contabilização de entradas de mercadorias e conseqüentemente a falta de contabilização do pagamento dessas entradas autoriza a presunção de ocorrência de operações sem pagamento do imposto, “ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção”, há que serem assinalados os seguintes aspectos:

- a) trata-se de presunção relativa – a própria lei, após estabelecer a presunção, põe uma vírgula e diz que o contribuinte pode demonstrar a improcedência da presunção;
- b) presunção consiste numa conclusão ou dedução que se extrai de um fato conhecido para chegar-se a aceitar como verdadeira e provada a existência de outro fato;
- c) há que se identificar qual o fato-indício (fato provado) e qual o fato presumido (fato probando);
- d) a distribuição da prova, de acordo com a lei, fica assim: cabe ao fisco fazer a prova do fato-indício (falta de contabilização do pagamento de entradas de mercadorias no estabelecimento do autuado), e ao contribuinte cabe provar a improcedência da presunção (a prova de que não houve omissão de saídas ou que as saídas omitidas não são tributáveis);
- e) note-se que a lei não diz que compete ao contribuinte provar a inexistência de pagamentos não contabilizados relativamente a entradas de mercadorias, pois para o contribuinte fazer esse tipo de prova não há necessidade de que a lei o diga, uma vez que tal prova é inerente ao princípio do contraditório e da ampla defesa. A faculdade atribuída ao contribuinte pela lei é para que ele possa fazer a “prova da improcedência da presunção”, ou seja, que não houve omissão de saídas ou que as saídas omitidas não são tributáveis;

- f) por conseguinte, como pressuposto para que o contribuinte faça a prova da improcedência da presunção, deve-se, primeiro, analisar se o fisco fez a prova do fato-índice, ou seja, a prova da existência de falta de contabilização do pagamento de entradas de mercadorias no estabelecimento do autuado.

A defesa alegou que o fumo em folhas recebido para beneficiamento nessa filial é originado de plantio próprio. Isso não foi negado pela auditora. Como a auditora não anexou aos autos as Notas Fiscais e nos demonstrativos fiscais não constam os nomes dos emitentes, seria o caso de, a fim de esclarecer esse aspecto, se remeter o processo em diligência para que a auditora se pronunciasse especificamente sobre esse ponto. No entanto, analisando-se as cópias dos livros fiscais do autuado anexadas pela auditora, está provado que, salvo as aquisições de energia elétrica, serviços de telefone e outras entradas materiais de uso ou consumo, em quantias insignificantes, o grosso das entradas se refere a “transferências para comercialização” (fls. 28, 30, 32, 34, 36, 38, 41, 45, 49, 51, 53, 53, 55, 97, 99, 101, 103, 107, 110, 114, 117, 119 e 122).

Como se trata de transferências, mais uma razão existe para insubsistência da presunção, pois uma filial não “paga” nada à matriz ou a outra filial, havendo apenas acertos contábeis de compensações recíprocas.

O lançamento é nulo, por inadequação do roteiro de auditoria adotado no procedimento fiscal, implicando falta de certeza quanto à existência de infração. A repartição fiscal verificará se existem elementos que justifiquem a renovação do procedimento. É evidente que se o contribuinte sanar alguma irregularidade porventura existente, inclusive mediante denúncia espontânea, antes do início de nova ação fiscal, se exime de penalidade.

Voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por decisão unânime, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **295309.0044/10-9**, lavrado contra **ERMOR TABARAMA TABACOS DO BRASIL LTDA.**

Esta Junta recorre da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, I, “a”, 1, do RPAF/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de junho de 2011

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – RELATOR

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA – JULGADORA