

Acórdão : 14.817/01/3^a
Impugnação : 40.010048441.14
Impugnante : Café Negrin Ltda
Proc. S. Passivo : Hércules Guerra/Outros
PTA/AI : 01.000007305-54
IE/SEF : 388.323193.00-54
Origem : AF/Luz
Rito : Ordinário

EMENTA

MERCADORIA - SAÍDA DESACOBERTADA - LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE EMBALAGENS - Café TORRADO/MOÍDO - A imputação de saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal não se encontra suficientemente comprovada nos autos, diante da inconsistência do levantamento quantitativo elaborado pelo Fisco, justificando, assim, o cancelamento das exigências, consoante artigo 112, inciso II, do Código Tributário Nacional. Lançamento improcedente. Decisão Unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a constatação de saídas de mercadorias, café, desacobertas de documentação fiscal, apuradas mediante levantamento quantitativo de embalagens kraft de 5 kgs, fardinhos, nos períodos de 1991 a 1993. Exige-se ICMS, MR e MI formalizadas no AI nº 01.000007305-54 de 01/09/94, fls. 02/03.

Inconformada com as exigências fiscais, a Autuada impugna tempestivamente o AI, fls. 24/29, por intermédio de procurador regularmente constituído alegando que:

- A autuação baseia-se em diferenças apuradas entre a quantidade de café vendido e a quantidade de café que caberia nos sacos de papel de 5 quilos, denominados “fardinhos”, estes são pura e simplesmente, invólucros de proteção para melhor estocagem, manuseio e transporte das embalagens plásticas, fechadas à vácuo, de 100, 250 e 500 gramas, nas quais é vendido o café moído, estas sim, são embalagens onde é comercializado o produto final, não foi detectado diferenças entre a quantidade de embalagens plásticas comprada e o café vendido mais a perda natural das embalagens e inexistente a hipótese do café ser vendido acondicionado apenas nos fardinhos;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- Em relação às embalagens de papel “fardinhos”, não foram consideradas a perda dos mesmos no estoque, manuseio e transporte, o uso em outras atividades e o estoque final encontrado no levantamento quantitativo, a perda do fardinho se deve às intempéries, ao mofo, roedores e insetos, carunchos, por ser fechado com cola, enseja perda no acondicionamento das embalagens de café, no retorno ao estabelecimento, por não terem sido vendidos os cafés, os fardinhos têm que ser trocados devidos ao estado precário em que retornam, a grande maioria dos pontos de venda na região são de pequenas e micro empresas, onde o comprador deseja o café em embalagens nas diversas pesagens, o que forçosamente obriga a destruição do lacre do fardinho;
- Segundo o Fisco, em três anos comercializando seu produto na carroceria de uma caminhonete, rodando por toda a região, a Impugnante não teve nenhuma perda de fardinhos das 30.000 unidades levantadas, sua perda é de aproximadamente 30%;
- A empresa fez doações de fardinhos para acondicionamento de cestas e produtos básicos, a serem distribuídas entre os necessitados, como método de divulgação da marca a empresa distribuiu para armazéns e mercados, sob a forma de brinde, com o logotipo e nome de fantasia do produto;
- De acordo com o levantamento efetuado em 24/05/94, de um total de 30.000 unidades de embalagens kraft, estavam no estoque 7.250, mesmo constatando a existência de estoque final da embalagem, este não foi considerado, acrescido de 1.599 unidades, correspondentes à conversão do total de 7.995 quilos de café vendidos em 1994;
- A somatória total de embalagens para o exercício de 1994 seria de 8.849 unidades desacobertadas de documentação fiscal, prosperando a ação fiscal, o mínimo que o bom senso recomenda é abater-se do total do estoque inicial de 30.000 unidades, o estoque final de 8.849 unidades e ao final, requer a improcedência do lançamento com a extinção deste PTA.

O Fisco, em manifestação de fls. 53/58, refuta as alegações aduzindo que:

- Admitindo-se que houvesse as perdas alegadas, a Impugnante deveria ter procedido ao estorno do crédito de ICMS, aproveitado por ocasião das entradas das embalagens deterioradas ou inutilizadas, não foram contabilizadas às embalagens inutilizadas, nos exercícios fiscalizados, 65% do total de embalagens adquirido saiu sem o competente registro fiscal;
- O processo de levantamento quantitativo, bem como a forma de transformação utilizada pelo Fisco são métodos fiscais tecnicamente idôneos, no livro Registro de Inventário não há registro de estoque de embalagens kraft em 31/12/93, o que extingue qualquer dúvida sobre o correto procedimento dos fiscais, não cabe discutir a movimentação relativa ao ano de 1994 pois o levantamento quantitativo encerrou-se em 12/93;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- Relativamente às doações de embalagens com pendor filantrópico, o Fisco apenas exige que para todas as alegações de desvios de produtos e matéria-prima, haja o devido registro e encerra requerendo a improcedência da Impugnação.

A Auditoria Fiscal determina diligência, fls.60, o Fisco manifesta-se à fl. 61 e junta documentos, fls. 62/68, sendo reaberto vistas à Impugnante, que se manifesta às fls. 74/77.

A Auditoria Fiscal em parecer conclusivo e fundamentado, fls. 81/87, opina pela improcedência do lançamento.

DECISÃO

Para solução da controvérsia do litígio estabelecida pelo lançamento de crédito tributário que imputa à Impugnante saídas de café desacobertado de documentação fiscal, apuradas mediante levantamento quantitativo de embalagens kraft de 5 kg, fardinhos, no período de 1991 a 1993, há que se esclarecer e certificar a correta correspondência entre tais embalagens e a quantidade de café vendida, entendendo o Fisco ser estas elementos de composição e identificação do produto.

A priori, cumpre-nos observar que os fardinhos, amostra às fls. 44, são invólucros de proteção para melhor estocagem, manuseio e transporte das embalagens plásticas de 100, 250 e 500 gramas, fls. 41/43, fechadas à vácuo, as quais embalam o produto a ser comercializado, alterando a apresentação do produto “in natura”, tornando-se a própria unidade de comercialização;

Após, tais volumes são envolvidos com a embalagem de fardinho, destinando-se a permitir e/ou facilitar o transporte da mercadoria, verifica-se pela sistemática que este não se constitui em elemento de composição da sua unidade comercializável, mesmo sendo custo para a empresa, importa salientar ainda que o produto, de forma alguma, é vendido embalado, apenas e unicamente, com o saco de papel fardinho e pelas cópias do livro Registro de Inventário, fls. 64 a 68, comprova-se que estes não eram sequer inventariados;

A única prova carreada aos autos visando sustentar a imputação, por saídas desacobertadas de documentação fiscal, baseia-se única e exclusivamente no consumo dos sacos de papel utilizados como facilitadores do transporte e manuseio, bem como não se demonstrou inequivocamente a perfeita vinculação e correspondência entre a quantidade de café vendido e o número de sacos de papel de 5 kgs utilizado.

A respeito do *ônus da prova*, convém analisarmos importante contribuição do jurista Paulo Celso Bergstrom Bonilha, in “DA PROVA NO PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO”:

“O vocábulo *ônus* provém do latim (**onus**) e conserva o significado de fardo, carga, peso ou imposição. Nessa acepção, o *ônus de provar* (**onus probandi**) consiste na necessidade de prover os elementos probatórios

suficientes para a formação do convencimento da autoridade julgadora. Bem de ver que a idéia de ônus da prova não significa a de obrigação, no sentido da existência de dever jurídico de provar. Trata-se de uma necessidade ou risco da prova, sem a qual não é possível obter êxito na causa.”

“São sujeitos da prova, assim, tanto o contribuinte quanto a Fazenda, com o intuito de convencer a autoridade julgadora da veracidade dos fundamentos de suas opostas pretensões. Esse direito de prova dos titulares da relação processual convive com o poder atribuído às autoridades (preparadora e julgadora) de complementar a prova.” ¹ (g. n.)

Estes sacos de papel de 5 kgs efetivamente revestem-se da característica de material de embalagem, entretanto, a eles não pode ser atribuída a característica de terem sido adquiridos para emprego direto na industrialização do produto, entendendo como tal, a operação que importe em alterar a apresentação do produto pela colocação de embalagem, ainda que em substituição à original, art. 5º, inciso II, alínea “d” do RICMS/91.

Se procedimento de se apurar as reais saídas de café com base no consumo dos fardinhos estivesse correto, verifica-se também a ocorrência de erro ao se considerar os estoques, inicial e final, iguais a zero, bem como, não merece crédito a presunção fiscal de que, nos 3 exercícios fiscalizados não houve perda de um único saco de papel sequer.

Independente do procedimento de levantamento quantitativo ser um método fiscal tecnicamente idôneo, a forma de transformação utilizada pelo Fisco sem uma certeza quanto a realidade dos fatos, o induz a erros e conclusões equivocadas. Neste sentido não há outra forma para o deslinde da controvérsia senão a aplicação do art.112, inc.II do CTN

Art. 112 – A lei tributária que define infrações, ou lhe comina penalidades, interpreta-se da maneira mais favorável ao acusado, em caso de dúvida quanto:

II – à natureza ou às circunstâncias materiais do fato, ou à natureza ou extensão dos seus efeitos;

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar improcedente o lançamento, cancelando-se as exigências fiscais, nos termos do parecer da Auditoria Fiscal. Participaram do julgamento, além

¹ BONILHA, Paulo Celso Bergstrom. DA PROVA NO PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO. São Paulo: LTr Editora Ltda., 1992, p. 83 e 89.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

dos signatários, os Conselheiros Luiz Fernando Castro Trópia e Cleusa dos Reis Costa. Assistiu ao julgamento o Dr. Hércules Guerra.

Sala das Sessões, 09/07/01.

**Antônio César Ribeiro
Presidente/Revisor**

**Maria de Lourdes Pereira de Almeida
Relatora**

CC/MG