

PROCESSO - A. I. Nº 300766.0007/04-9
REORRENTE - QUITÉRIO GOMES VELOSO
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 3ª JJF nº 0198-03/04
ORIGEM - IFMT - DAT/NORTE
INTERNET - 21/09/2004

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO CJF Nº 0217-12/04

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTA FISCAL. TRÂNSITO DE MERCADORIAS. DIVERGÊNCIA ENTRE AS QUANTIDADES FÍSICAS DAS MERCADORIAS E AS INDICADAS NO DOCUMENTO FISCAL. Mantida a exigência fiscal apenas em relação às mercadorias que se encontravam desacompanhadas de documentação fiscal. Ajustada a base de cálculo do imposto. Infração parcialmente subsistente. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo contra Decisão de 1ª Instância que julgou o Auto de Infração Procedente em Parte.

O presente Auto de Infração foi lavrado em 17.02.2004 para cobrança do ICMS no valor de R\$ 4.536,00 sujeito a acréscimos tributários, em razão da seguinte irregularidade:

“Divergência entre a nota fiscal apresentada sob nº 1918 e a contagem física das mercadorias: setecentas caixas de Catuaba Donzela”.

O demonstrativo de débito de fl. 3 foi complementado às fl. 5 do qual tomou ciência o autuado em 18.02.04. Lavrado o Termo de Apreensão e Depósito às fls. 6 e 7, com a assinatura do Depositário.

Constam às fls. 11,12 e 13 os documentos referentes à Coleta de Preço das mercadorias ou de sua similar no mercado do local da ocorrência, levantados pela autuante.

A empresa autuada apresentou, em 19.03.2004, sua impugnação de fls. 26 a 29 através de advogado devidamente habilitado, alegando o seguinte:

“com efeito, realmente houve por parte da defendente quando da preparação da carga para remessa ao destinatário, equívoco, consistente no despacho de 700 caixas de Catuaba Donzela, ao invés de 350 caixas desse produto, e 350 caixas da aguardente de cana Pinga Nordestina, como efetivamente lançado na Nota Fiscal nº 1918 que acompanhava a mercadoria

Contudo, tal equívoco, de per se, não tem o condão de configurar a presunção de intencional lesão do Erário, uma vez que, apesar da divergência observada com relação às mercadorias propriamente ditas, trata-se de produtos similares do ponto de vista da incidência do tributo, e de mesmo valor de venda, inocirorendo desta forma, qualquer possibilidade de recolhimento a menor do tributo devido”(grifos nossos)

Prosseguindo em sua defesa, ressalta, ainda, o autuado que:

“Em primeiro lugar não indicou a autuante quais seriam tais produtos similares, seus fabricantes ou sequer os seus preços de venda, impossibilitando desta forma, a impugnação específica de tal ponto;

Em segundo lugar não poderia ser considerado, como base de cálculo de um imposto incidente sobre uma operação de venda não destinada ao consumidor final, o seu preço de varejo, uma vez que, no mesmo, além da agregação dos valores despendidos pelo lojista com suas próprias instalações, pessoal, insumos, publicidade, entre outros, há a efetiva margem de lucro sobre a operação, o que se traduz na absoluta impossibilidade de equivalência entre o preço de compra ao fabricante – atacado - e o preço de venda varejo;

Em terceiro lugar o preço lançado na Nota Fiscal nº 1918 é efetivamente o praticado pelo autuado, conforme outras notas fiscais em anexo, não sendo atribuição do Fisco tentar impor ao fabricante de determinado produto o preço pelo qual o mesmo será repassado à rede varejista, como pretende a autuante;

Em quarto lugar, cumpre esclarecer que o produto objeto da autuação ora impugnada – composto de catuaba, é derivado da aguardente de cana pura tipo “C”, diluída em grande proporção de água e adicionada de outros agentes organolépticos, que lhe dão o sabor e aroma característicos, sendo que o principal e mais caro componente da bebida – a aguardente de cana -, é adquirido a granel, pelo preço de R\$0,20 (vinte centavos de real) o litro, conforme notas fiscais em anexo.”

O autuado finaliza sua defesa esclarecendo que, em razão do grau de diluição ou desdobramento da aguardente em água e outros produtos o preço de R\$0,33 (trinta e três centavos de real) por 970 mililitros da catuaba, preserva suficientemente a margem de lucro do fabricante, não se configurando subfaturamento de preços, e que o preço de R\$2,00 (dois reais) arbitrado pela autuante é superior ao preço de varejo das bebidas alcoólicas afins chamadas de “primeira linha”, e muito mais caras que a produzida pelo autuado, destinada à camada mais popular do público consumidor, pedindo pela improcedência do Auto de Infração.

Documentos anexados pelo autuado de fls. 29 a 50.

Consta às fls. 55 e 56 Informação da Auditora Fiscal ratificando os termos do Auto de Infração.

Julgado pela 3^a JJF esta decidiu pela Procedência em Parte, do Auto de Infração com base no Voto de fls.59/61 , em síntese, a seguir transcrito:

“Inicialmente rejeito a preliminar de nulidade suscitada relativa à base de cálculo aplicada pelo autuante, já que este comprovou documentalmente (fls.11 a 13) que considerou o preço corrente no mercado varejista para determinação da mesma, ou seja, obedeceu ao que determina o art.938,V “b”,2 do RICMS/97.

Vale salientar que o autuante como forma de beneficiar o sujeito passivo considerou como preço de mercadoria o valor de R\$2,00 por litro, que inclusive, está abaixo do menor valor coletado (R\$2,39) relativo ao produto catuaba fogosa vendida no Supermercado Souza Ltda. (fl.13).

No mérito a defesa apresentada pelo autuado é uma confissão expressa do cometimento de infração quando afirma que: quando da preparação da carga para remessa ao destinatário ocorreu um equívoco, consistente no despacho de 700 caixas de Catuaba Donzela, ao invés de 350 caixas desse produto e 350 caixas de aguardente Pinga Nordestina, conforme lançado na Nota Fiscal nº1918.

Quanto ao entendimento do impugnante de que o equívoco cometido não acarretou em recolhimento a menor do imposto, deve-se mencionar que razão não lhe assiste, já que as alíquotas incidentes sobre aguardente de cana e catuaba são distintas, ou seja 17% e 27% respectivamente.

No entanto, considerando que na Nota Fiscal nº 1918 que acompanhava a mercadoria transportada, constava uma parte do produto que foi objeto da apreensão, inclusive com o imposto destacado, ou seja, já acobertava 350 caixas de Catuaba Donzela, O CONSEF, em

reiteradas decisões tem mantido o entendimento que deve ser cobrado o imposto apenas sobre a mercadoria efetivamente descoberta da nota fiscal.

Dessa forma, tendo em vista que a contagem física detectou 700 caixas de Aguardente Composto (Catuaba Donzela), o imposto acrescido da multa disposta no art. 42, IV, “a” da Lei nº 7.014/96, deve ser exigido apenas sobre 350 caixas do referido produto, e considerando que cada caixa contém 06 unidades (litros), o cálculo do imposto é feito da seguinte maneira:

$$350 \text{ (caixas)} \times 6 \text{ (unidades)} \times 2,00 \text{ (preço de venda a varejo)} = 4.200,00 \times 27\% = R\$1.134,00.$$

Acordaram os membros da 3ª JJF, por unanimidade, julgar Procedente em Parte o Auto de Infração nº 300766.0007/04-9, lavrado contra QUITÉRIO GOMES VELOSO, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$ 1.134,00, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, IV, “a” da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.”

À fl. 63 consta o Demonstrativo do Débito –Após Julgamento.

Expedidas as intimações para autuado e autuante tomarem conhecimento da Decisão da 3ª JJF (fls. 64 e 65).

Inconformado com a Decisão o autuado interpõe, no prazo legal, Recurso Voluntário.

Alega o recorrente que o Acórdão de nº 0198-03/04 que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração em questão, merece ser reformado para modificar a base de cálculo e a alíquota da exação tida por devida.

Alega o recorrente que o entendimento da 3ª JJF merece reparos por ter sido aceita como válida pela referida JJF a indicação do preço de venda do produto – Catuaba Donzela-, indicada pelo recorrente na Nota Fiscal nº 1918 de R\$0,33 (trinta e três centavos de real) por garrafa com 970 ml, tanto que, com relação à metade da catuaba que se encontrava lançada no documento fiscal, não foi imposta qualquer exação ou complemento.

Explicita, ainda no seu Recurso Voluntário, o recorrente, que não se pode considerar bases de cálculo diversas para um mesmo produto, impondo-se dessa maneira, que seja considerado, como base de cálculo do imposto sobre as 350 caixas de composto de catuaba desacobertadas por documento fiscal, a mesma tida como válida para as 350 caixas consideradas regulares.

Ressalta, ainda, o recorrente que a cobrança do imposto sobre a mercadoria tida como desacobertada pela nota fiscal constante dos presentes autos, à alíquota de 27% (vinte e sete por cento) é claramente ilegal, por não considerar o imposto já destacado naquela mesma nota fiscal, relativo à aguardente de cana lançada.

Conclui o recorrente, no mérito de seu Recurso Voluntário, que já havendo o destaque e o recolhimento do imposto incidente sobre a mercadoria equivocadamente discriminada na Nota Fiscal nº 1918, somente pode ser pretendido pelo Fisco Estadual a diferença do imposto equivalente a 10% (dez por cento) sobre o valor da mercadoria desacompanhada, valor este, calculado nos mesmos moldes da mercadoria excluída da autuação.

Requer, finalmente pelo conhecimento e provimento do Recurso Voluntário para desconsiderar o valor arbitrado à mercadoria objeto da autuação mantida, bem como, à modificação da alíquota aplicada, considerando-se o simples complemento do imposto já recolhido.

Encaminhado o presente PAF à PGE/PROFIS manifestou a Douta procuradora o seu entendimento, na forma abaixo:

- O documento fiscal foi considerado inidôneo por acobertar mercadorias em quantidades divergentes do constante na nota fiscal e, no caso, o documento se torna imprestável, não fazendo prova do suposto pagamento por substituição tributária;

- Havendo a divergência não se pode falar também em cobertura “ parcial” do documento. As mercadorias devem ser acobertadas na sua inteireza por documentos fiscais idôneos, em não o sendo, exige-se o imposto na sua totalidade, sendo descabido o pedido do recorrente;
- De referência à base de cálculo, verifico que o autuante se utilizou dos valores praticados pelo próprio autuado, após pesquisa em estabelecimentos varejistas (R\$2,00);
- Não é possível compensar-se o imposto devido sobre as 350 caixas restantes da mercadoria catuaba, sob alegação de erro na discriminação da mercadoria que indicava catuaba, quando na verdade era aguardente;
- Em verdade, a nota fiscal deveria ter sido considerada pela JJF como totalmente inidônea, exigindo-se o imposto na totalidade, e opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Examinados os autos restou comprovada a divergência existente entre as quantidades físicas das mercadorias e as indicadas no documento fiscal, devendo ser mantida a exigência fiscal apenas em relação às mercadorias que se encontravam desacompanhadas de documentação fiscal.

Constatamos que a fiscalização ao proceder a apuração da base de cálculo utilizou como medida de avaliação a quantidade do produto em unidades, quando o correto seria proceder ao cálculo em “caixas”. Nesse mesmo erro incorreu o julgador de 1^a Instância.

A Decisão recorrida deve ser modificada para reduzir a exigência fiscal, corrigida a base de cálculo, em razão do equívoco cometido, devendo o imposto incidir apenas sobre 350 caixas da catuaba donzela acrescido da multa disposta no art. 42, IV, “a” da Lei nº 7014/96, na forma do cálculo seguinte:

$$350 \text{ CAIXAS} \times 2,00 \text{ (PREÇO DE VENDA A VAREJO)} = 700,00 \times 27\% = 189,00$$

Assim voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, modificando-se a Decisão, remanescendo o imposto devido no valor de R\$189,00, na prova acima demonstrada.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** Auto de Infração nº 300766.0007/04-9, lavrado contra **QUITÉRIO GOMES VELOSO**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$189,00**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, IV, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de agosto de 2004.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

MARIA DO CARMO SANTANA MARCELINO MENEZES - RELATORA

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEIRO COSTA – REPR. DA PGE/PROFIS