

PROCESSO - A. I. Nº 269283.0043/07-2
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - MELHOR DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 1ª JJF nº 0268-01/08
ORIGEM - INFRAZ ATACADO
INTERNET - 14/11/2008

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0360-11/08

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. SAÍDAS E ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. Constatando-se, num mesmo exercício, diferenças tanto de saídas como de entradas, através de levantamento quantitativo, deve ser exigido o imposto tomando-se por base a diferença de maior expressão monetária. No presente caso a das saídas. Não acolhida a argüição de nulidade, bem como o pedido de diligência. Ajustes na base de cálculo, efetuados em razão de descabida a aplicação da Pauta Fiscal, relativa a mercadoria “Charque”. Redução do valor exigido. Infração parcialmente subsistente. 2. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA DETERMINAÇÃO DO VALOR. O autuado é comerciante inscrito no cadastro de contribuintes do Estado da Bahia, como distribuidor, conforme indica a sua própria denominação social e informações cadastrais constantes dos sistemas da SEFAZ. Assim, não cabe a aplicação da Pauta Fiscal para a mercadoria “Charque”, por ele comercializada. Seria aplicável a pauta se o impugnante fosse produtor ou extrator não equiparado a comerciante ou industrial ou pessoa não inscrita no cadastro estadual. Infração inexistente. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata a presente de apreciação do Recurso de Ofício relativo ao Auto de Infração, lavrado em 27.12.2007, o qual exige ICMS no valor de R\$ 316.814,52, acrescido de multa, conforme infrações a seguir imputadas:

INFRAÇÃO 1 - falta de recolhimento do imposto relativo à omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado, levando-se em conta, para o cálculo do imposto, o maior valor monetário - o das saídas tributáveis. ICMS no valor de R\$33.125,98, acrescido de multa de 70%, relativo a exercício /2006;

INFRAÇÃO 2 - recolheu a menos o ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. A diferença foi verificada entre os valores de saída das mercadorias constantes nas notas fiscais e os valores da pauta fiscal das mesmas. ICMS no valor de R\$283.668,54, acrescido de multa de 60%, relativo aos meses de janeiro a dezembro/2006.

No relatório emanado da ilustre JJF, há consignação inicial quanto ao aspecto formal do PAF, de ter o mesmo atendido a todas as formalidades, através das quais o autuado exerceu a ampla defesa e o contraditório, removendo assim qualquer argüição de nulidade do Auto de Infração.

Há perfeita descrição da infração acusada de cometimento, assim como dos dispositivos legais infringidos, o que restou visto em decorrência a ampla defesa apresentada.

Denotam presentes os princípios da busca da verdade material, haja vista o detalhamento efetuado pelo agente autuante, com base em dados fornecidos pelo autuado, revelando os elementos necessários para a demonstração dos fatos geradores da incidência do tributo.

Informam que o impugnante não trouxe aos autos elementos materiais consistentes que indiquem incorreções ou inadequações quanto às espécies de mercadorias, ou quaisquer outros dados que inquinasse a irregularidades no levantamento de estoque realizado pelo autuante, à exceção da apuração da base de cálculo que sofrerá ajustes conforme disposto na Portaria nº 445/98.

Descrevem que a exigência tributária é relativa a duas infrações: **a primeira**, falta de recolhimento do imposto por omissão de saídas de mercadorias tributáveis, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado, levando-se em conta, para o cálculo do imposto, o maior valor monetário - o das saídas tributáveis; **a segunda**, recolhimento a menos do ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Diferença apurada no cotejo dos valores de saída das mercadorias constantes nas notas fiscais, e os valores da pauta fiscal que seria aplicada nas mesmas.

Destacam os ilustres julgadores que os Acórdãos do CONSEF, indicados pelo impugnante, referem-se a infrações que culminaram com as nulidades previstas no art. 18 do RPAF/BA, diversas das albergadas no presente Auto de Infração, pelo que não são acolhidas as arguições de nulidades oferecidas em sede de defesa.

Tendo em vista a existência de suficientes elementos no processo, aptos à formação de convencimento dos julgadores, com fulcro no inciso I, “a” do RPAF/99 indeferem a solicitação de diligencia.

Com referência à questão concernente à possibilidade de dupla denominação de produto utilizada pelos fornecedores ao item “Charque Coxão”, não contêm os autos elemento material consistente que demonstrasse a existência de tal fato, pois não são indicadas as notas fiscais que não foram computadas, ou mesmo consideradas incorretamente pelo autuante. Unicamente poderia confirmar tal assertiva, além da simples afirmação do autuado, foi a menção que fez à Nota Fiscal nº 6897 (inclusive, não trazida aos autos), que alega se tratar de Charque Traseiro. Referida nota fiscal foi computada no levantamento do autuante, à fl. 17, descrita como “Charque Ponta de Agulha”, carecendo de qualquer indicativo ou mesmo indício da duplicidade de denominação em discussão.

Aduzem que a apuração da base de cálculo foi lastreada na Pauta Fiscal, constante da Instrução Normativa 62/04, item “26 – CHARQUE”, editada em conformidade com o art. 73, I do RICMS/BA. Os itens 1 e 2 da citada instrução normativa ditam que os preços por kg, nela constantes, são os preços mínimos, respectivamente, em relação às saídas internas de produtos comestíveis resultantes do abate de aves e gado bovino, bufalino e suíno e entradas ou aquisições das mercadorias oriundas de outras unidades federativas ou do exterior. Entretanto, aparteiam os i. julgadores, além dos óbices constantes do inciso III, §2º do art. 73 do RICMS, cumpre consignar que o produto “Charque” foi excluído do regime de substituição tributária pela Alteração nº 66 (Decreto nº 9547, de 20/09/05, DOE de 21/09/05), com efeitos a partir de 01/10/05. O aludido ato normativo deu uma nova redação ao item 9, do inciso II do *caput* do art. 353, retirando o referido produto da substituição tributária. Como a exigência referiu-se ao exercício de 2006, não cabe, portanto, nem a menção ao fato de que a dita Pauta Fiscal servirá como base de cálculo da substituição tributária, visto que a referida Instrução Normativa nº 62/04, só teria aplicação neste caso.

Esclarecem que os valores da aludida Pauta para o produto em questão tiveram aplicabilidade quando o mesmo encontrava-se na substituição tributária. Se aplicado fosse ao contribuinte, se

estaria utilizando o preço final de venda a varejo previsto para o produto, encerrando a sua fase de tributação.

Frente ao fato do autuante, apesar de aplicar a Pauta Fiscal, ter calculado também o preço médio unitário de saída de cada produto (com base no último mês de dezembro de 2006, relação às fls. 257 a 276), conforme consta de sua planilha à fl. 85 dos autos, a ilustre JJF refez o demonstrativo com base nos preços unitários médios, ali constantes (já calculados), de forma a apurar a base de cálculo em consonância com a Portaria nº 445/98, encontrando o montante efetivamente devido do ICMS. Destacam importante observar que o preço médio apurado foi transformado para 1 kg, (originariamente embalagens de 30 kg), e que também, foi observada a redução da base de cálculo nos termos do art. 87, XXXI, do RICMS/BA.

PLANILHA DE APURAÇÃO DO LEVANTAMENTO DE ESTOQUE, COM APLICAÇÃO DO PREÇO UNITÁRIO MÉDIO, CALCULADO PELO AUTUANTE À FL. 85 DOS AUTOS, E APLICAÇÃO DA REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO NA FORMA DO ART. 87 , XXXI, DO RICMS/BA.

PRODUTO	UNIDADE	OMISSÃO DE SAÍDA	PREÇO MÉDIO P/kg	MÉDIO Cxa 30 KG	VALOR DA OMISSÃO	REDUÇÃO B. CÁLCULO P/ CARGA 7%	ALIQ	IMPOSTO DEVIDO
								A= E x F
CHARQUE CAPA FILÉ	CX C/30KG	6	4,68	140,4	842,40	346,87	17%	58,97
CHARQUE CAVACO	CX C/30KG	4	3,2	96	384,00	158,12	17%	26,88
CHARQUE COXÃO	CX C/30KG	224	6,45	193,5	43.344,00	17.847,53	17%	3.034,08
CHARQUE DIANTEIRO	CX C/30KG	683	5,45	163,5	111.670,50	45.981,97	17%	7.816,94
CHARQUE FÍGADO	CX C/30KG	1	4,28	128,4	128,40	52,87	17%	8,99
CHARQUE PEITO	CX C/30KG	28	5,58	167,4	4.687,20	1.930,02	17%	328,10
CHARQUE PONTA DE AGULHA	CX C/30KG	1161	4,44	133,2	154.645,20	63.677,44	17%	10.825,16
TOTAL.....								22.099,12

Reprisam a afirmativa de não caber a aplicação da aludida Pauta Fiscal nas operações efetuadas pelo autuado no período em questão (2006), alvo da exigência tributária, conforme amplamente demonstrado, e, tendo em vista que a infração 2 impõe ao autuado o recolhimento a menos do ICMS, apurado com base nas diferenças entre a mesma Pauta Fiscal e os preços normalmente praticados pelo autuado, relativos às mesmas mercadorias (charque) e o mesmo exercício de 2006, a infração 02 é, portanto, insubstancial.

Declararam parcialmente procedente a infração 1, insubstancial a infração 2, julgando pela Procedência Parcial o Auto de Infração, devendo ser recolhido o ICMS no valor de R\$22.099,12, acrescido da multa de 60%.

VOTO

É apreciado o presente Recurso de Ofício da Decisão emanada da 1ª JJF, 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.

O agente fiscal, recusando-se a reconhecer as nomenclaturas utilizadas na comercialização da mercadoria “charque”, não efetuou a necessária associação entre os produtos levantados, não atendendo ao que determina o inciso III da Portaria 445/98.

Designada regionalmente no sul do Brasil, a mercadoria “Charque” quando se trata de carne da parte traseira do gado, é descrita nas notas fiscais emitidas pelos fornecedores estabelecidos naquela região, como “Charque coxão”. Durante o exercício de 2006, a empresa autuada adquiriu “Charque do tipo coxão”, no Estado do Paraná. Alegou que uma única vez, dezembro de 2006, o Charque tipo coxão veio designado na Nota Fiscal nº 6897 emitida pela Fibrasil Alimentos Ltda. (Mato Grosso do Sul) com a expressão “Charque traseiro”.

Em virtude da existência de duas designações para o mesmo tipo de produto, durante o período de fevereiro a junho de 2006, foram emitidas notas fiscais de saídas de charque com a expressão “Charque traseiro” que se referiam às aquisições de Charque vindas sob a denominação de “Charque tipo coxão”.

A não apreciação desse fato propiciou à fiscalização entender e lançar duas diferenças, uma de omissão de entradas do “Charque traseiro” outra de omissão de saídas do “Charque coxão”, ao invés de compensar essas divergências entre si, por se tratarem do mesmo produto.

Desta forma, verifico resultar adequado o demonstrativo elaborado pela ilustre JJF, relativo à infração 1 do Auto em comento, o qual após expurgos decorrentes, revelou analiticamente a importância de R\$22.099,12 de ICMS a recolher, por omissão de saídas conforme apurado em levantamento quantitativo, em cujo total está contido o valor de R\$10.825,16 relativo ao Charque Ponta de agulha, relativo à citada Nota Fiscal nº 6897, que embora aludido tratar-se de Charque traseiro, não teve sua comprovação trazida aos autos.

Adentrando ao comento da Infração 2, verifico que o suplicante está inscrito no cadastro de contribuintes do Estado da Bahia, como distribuidor, conforme informações cadastrais constantes dos sistemas da SEFAZ, descabendo a aplicação da Pauta Fiscal para a mercadoria “Charque”, por ele comercializada.

Ocorreria a aplicação da Pauta se o mesmo fosse produtor ou extrator não equiparado a comerciante ou industrial ou pessoa não inscrita no cadastro estadual.

Ainda com relação a esta infração 2, conforme oportunamente levantado pelos ilustres julgadores, além dos óbices constantes do inciso III, §2º do art. 73 do RICMS, compete destaque ao fato do produto “Charque” ter sido excluído do regime de substituição tributária pela Alteração nº 66 (Decreto nº 9547, de 20/09/05, DOE de 21/09/05), com efeitos a partir de 01/10/05. Aludida Alteração deu uma nova redação ao item 9, do inciso II do *caput* do art. 353, removendo o referido produto da substituição tributária.

Como o lançamento de ofício consignou a exigência posteriormente, relativa ao exercício de 2006, não pertine nem mesmo a menção ao fato de que a dita Pauta Fiscal serviria como base de cálculo da substituição tributária, visto que a referida Instrução Normativa nº 62/04 só teria aplicação nessa espécie.

Resta, que, efetivamente os valores da aludida Pauta para o produto em questão, só teriam aplicabilidade se e quando o mesmo estivesse na substituição tributária. E na hipótese de correta a aplicação da Pauta Fiscal ao contribuinte, se estaria utilizando o preço final de venda a varejo previsto para o produto, e com sua fase de tributação já encerrada.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício apresentado.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração nº 269283.0043/07-2, lavrado contra MELHOR DISTRIBUIÇÃO DE ALIMENTOS LTDA., devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$22.099,12, acrescido da multa de 70%, prevista no inciso III, do art. 42, da Lei nº 7014/96 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões CONSEF 23 de outubro de 2008.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

OSWALDO IGNÁCIO AMADOR – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE - REPR. DA PGE/PROFIS