

PROCESSO	- A. I. Nº 0946651760/08
RECORRENTE	- POWER SAVE INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA. (POWER SAVE INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PRODUTOS PAR HIGIENE PÉS)
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0007-02/09
ORIGEM	- IFMT - DAT/NORTE
INTERNET	- 22/12/2009

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0392-12/09

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. DIVERGÊNCIA ENTRE A QUANTIDADE DE MERCADORIA TRASNPORTADA E A INDICADA NOS DOCUMENTOS FISCAIS QUE DAVAM TRÂNSITO ÀS MERCADORIAS. Argumentos recursais aliados às provas materiais presentes aos autos elidem a acusação fiscal. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo em relação a Decisão oriunda da 2ª Junta de Julgamento Fiscal que, por intermédio do Acórdão nº 0007-02/09 julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em referência, o qual fora lavrado em 18/03/2008, com exigência de ICMS no valor de R\$8.064,12, e multa de 100% em razão de ter sido detectado pelo fiscalização do trânsito de mercadorias “*divergência entre o documento fiscal e as mercadorias ali discriminadas, constatada durante a contagem física*” conforme Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos, nº 147656, fls. 02.

Conforme o relatório elaborado pelo julgador da instância *a quo* consta dos autos os seguintes documentos: “Contagem Física de Mercadorias em Trânsito”, fl. 05, “Termo de Conferência Física”, fl. 07, Requerimento de Transferência de Depositário, fl. 08, Levantamento de Preço Corrente, fl. 13 e cópias das notas fiscais nºs 1307 e 1308, fls. 14 e 15 e formulário de recepção manual da defesa - datado de 14/05/08 recebido pelo SAC – Feira de Santana, fl. 23.

O autuado, ora recorrente, apresentou os seguintes argumentos em sua defesa:

“(...) inicialmente, descreve a acusação fiscal, e em seguida informa que recebeu através de FAX, documento demonstrando a diferença de 23.600 caixas de cotonetes (Hastes Flexíveis), encontrada pela fiscalização ao proceder à contagem física e confrontar com as quantidades dessas mercadorias constantes nas notas fiscais nos. 1307 e 1308.

Esclarece que a operação objeto da autuação trata de vendas de mercadorias por ele realizada para a empresa Nova Distribuidora LTDA., localizada em Feira de Santana, através das notas fiscais supra aludidas contendo cada uma delas a quantidade 200 caixas com cinco dúzias de 75 unidades de Hastes Flexíveis Hastenetas, ao preço unitário de caixa de R\$2,01, totalizando cada nota fiscal o valor de R\$401,00.

Admite imprecisão, por merecer melhor detalhamento a descrição constante do campo “Descrição dos Produtos” das notas fiscais em questão: “Hastes Flexíveis – Hastenetas – 75 unid ATC – 1ºE”. Observa ainda que, depois de constatado o equívoco, passou a adotar em suas operações ulteriores, a descrição : “ Hastes Flexíveis – Hastenetas – ATC 75x5 x 12 – 1ºE”. Entretanto, observa que a descrição equivocada por ele adotada não caracteriza tratar-se de 200 caixas de 75 unidades, ou seja, as caixinhas pequenas que são adquiridas pelo consumidor final nas prateleiras dos varejistas. Ressalta ainda que a própria discrepância do preço unitário da caixa, bem como por se tratar de operação entre indústria e atacadista em que não são comercializadas pequenas quantidades revelam a ocorrência do equívoco cometido.

Ressalta ainda que, sendo a adquirente das mercadorias apreendidas uma empresa atacadista e distribuidora exclusiva de seu produto na região de Feira de Santana, não se justificaria a comercialização de 200 ou 400 caixinhas de 75 unidades de cotonetes, precipuamente tratando-se de operação interestadual, em que o frete exerce influência significativa nos custos dos produtos.

Informa ainda que emitira Carta de Correção para as referidas notas fiscais, alterando a descrição dos produtos para “Hastes Flexíveis-Hastenetas – 7x5x12-ATC-1ºE”, fls. 32 e 34. Diz que, com a finalidade de ilustrar melhor a legalidade de seu procedimento, ter anexado cópias das notas fiscais 1457 e 1495, de 02 e 08/04/2008, fls. 36 e 37, respectivamente, de operações idênticas efetuadas com a Casa Cesar, já com a nova discriminação dos produtos adotada.

Afirma que a cobrança efetuada pela fiscalização não se reveste de coerência, de respaldo técnico que possa lastrear a exigência, pois encontrou uma diferença de 23.600 caixinhas (75 unidades) de cotonetes, e aplicaram o preço unitário da caixinha em R\$2,01. O que, assinala ser um verdadeiro absurdo, pois, para ilustrar, diz ter anexado cópia do Cupom Fiscal COO nº.009453, de 09/05/2008, referente a aquisição de uma caixinha de cotonetes de um produto que é ponta de linha no mercado de Hastes, fabricado pela empresa Johnson & Johnson, cujo preço ao consumidor final na região de Feira de Santana é de R\$1,85. Asseverando ainda que, no caso da presente autuação, trata-se de operação comercial entre industria x atacadista e distribuidor exclusivo, envolvendo operações de grandes quantidades com produtos de maior apelo popular.

Conclui requerendo a improcedência do Auto de Infração.”

Em sua informação fiscal, fl. 45, o autuante apenas pontuou que as circunstâncias materiais que envolveram a autuação encontram-se descritas no Termo de Ocorrência que dá suporte ao Auto de Infração e que foi detectada divergência entre a contagem física e a quantidade constante nas notas fiscais nºs 1307 e 1308. Mantém o Auto de Infração.

A 2ª Junta de Julgamento Fiscal decidiu a lide com base no Voto abaixo reproduzido:

O presente Auto de Infração exige ICMS em decorrência de divergência entre as mercadorias discriminadas nas notas fiscais nº. 1307 e 1308, fls. 14 e 15, e as efetivamente constatadas através de contagem física realizada pela fiscalização do Trânsito de Mercadorias, consoante Termo de Apreensão nº 147656, fl. 02.

Da análise dos documentos que integram os autos, constato que em cada uma das notas fiscais supra referidas constam 200 caixas no valor unitário de R\$2,01, totalizando R\$402,00, na nota fiscal nº 1308 e R\$401,00 na nota fiscal nº 1307, do produto discriminado no campo “Descrição dos Produtos” como sendo “Hastes Flexíveis – Hastenetas – 75 unid ATC – 1ºE”. Por outro, lado a contagem física das mercadorias consoante teor do documento “Contagem Física de Mercadorias em Trânsito” revelou a existência de 400 caixas cada uma delas contendo 60 caixas menores com 75 cotonetes, perfazendo, portanto, o total de 24.000 “caixinhas” com 75 cotonetes cada.

A defesa reconheceu a discrepância entre a discriminação das embalagens das mercadorias nas notas fiscais e a contagem física efetuada pela fiscalização, não contestando em ponto algum de sua defesa a totalização de 24.000 caixas de 75 cotonetes. Entretanto, discordou do preço unitário adotado pela fiscalização de R\$2,01, aduzindo ser um absurdo este valor, carreando aos autos, fl. 15, cupom fiscal de uma unidade (caixa de cotonetes com 75 unidades) de produto com qualidade bem superior à sua, na rede varejista, adquirido por R\$1,85. Além de reconhecer o equívoco por ele cometido, assevera que já corrigira a discriminação do produto nas emissões de suas notas fiscais nas operações de venda ulteriores à presente autuação, colacionando aos autos fls. 36 e 37, cópias de notas fiscais emitidas em 08/04/08. Concluiu sua defesa informando que emitiu Carta de Correção para as referidas notas fiscais, fls. 32 e 34, corrigindo a discriminação das quantidades e sob a alegação de que a operação transcorreu dentro de total legalidade requereu a improcedência do Auto de Infração.

A fiscalização ao proceder à contagem física, de acordo com o documento “Termo de Conferência Física”, apensado à fl. 07, constatou a quantidade de 400 caixas com cinco dúzias, ou seja, sessenta unidades, de caixas menores, nas quais eram acondicionadas, em cada uma delas, 75 unidades de hastes flexíveis da marca Hastenetas, totalizando assim, 24.000 caixas com 75 unidades de cotonetes. Considerando literalmente o teor da descrição do produto e da respectiva quantidade, apostos nas notas fiscais, divergentes da contagem física realizada, o autuante lavrou o Auto de Infração, ora em lide, para exigir a diferença apurada. Ou seja, 23.600 caixas, [24.000 – 400], ao valor unitário de R\$2,01, conforme indicado nas notas fiscais, totalizando o montante de R\$47.436,00, que aplicado a alíquota de 17% resultou no imposto de R\$8.064,12.

Assiste razão ao autuado quando argumenta que é exorbitante o preço unitário de R\$2,01, utilizado pelo autuante na valoração da base de cálculo, para uma caixa de cotonetes de 75 unidades, na comercialização entre o fabricante, ora autuado, e seu distribuidor, como ficou demonstrado através da colação aos autos de cupom fiscal de operação no varejo com o preço de R\$1,85, entretanto, não é plausível que, na operação em questão, constada a quantidade real excedente de 23.600 caixas com 75 unidades, seja mantido o preço unitário de R\$0,03, ou seja, R\$2,01 / 60 unidades, como pretende o autuado, haja vista, que ao corrigir a discriminação das embalagens nas notas fiscais, fls. 36 e 37, para “75x5x12”, manteve o preço unitário de R\$2,01.

Verifico, que o autuante em relação ao preço unitário, apesar de não ter utilizado na obtenção da base de cálculo da exigência, ora em lide, consoante “Levantamento de Preço Corrente”, colacionado aos autos às fl. 13, procedera de acordo com o previsto no art. 938, V, “b”, “I”, do RICMS/97, coletou o preço unitário no mercado atacadista local, que corresponde a R\$37,20 para uma caixa contendo cinco dúzias de “caixinhas” com 75 unidades, ou seja, o correspondente ao preço unitário de R\$0,62 para caixinha com 75 unidades.

Assim, mesmo não merecendo reparo algum a acusação fiscal, eis que restou indubioso nos autos a inidoneidade da documentação fiscal, reconhecida pelo próprio autuado, resultando na caracterização fática de mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal, entendo que deve ser ajustado o dimensionamento da base de cálculo, considerando como preço unitário para R\$0,62, a caixa de 75 unidades.

Convém salientar que se afigura inócuas a emissão pelo autuado de Carta de Correção para as notas fiscais em

questão, tendo em vista a previsão regulamentar expressa no § 5º do art. 911 do RICMS-BA/97 de que o trânsito irregular de mercadorias não se corrige a ulterior apresentação de documentação fiscal ação fiscal.

Desse modo, considerando as razões supra expendidas, o valor do débito, originalmente lançado no valor de R\$8.064,12, com o ajuste no preço unitário passa para R\$2.487,44, valor obtido na forma discriminada no demonstrativo abaixo.

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO

QUANT.	P. Unit.	B. CALC.	ALÍQ.	IMP. DEV.
23.600	0,62	14.632,00	17%	2.487,44

Em conclusão, entendo que a ação fiscal está fundamentada consoante previsão contida no inciso IV do art. 209 do RICMS-BA/96, tendo em vista a flagrante inidoneidade das notas fiscais que acompanhavam as mercadorias apreendidas, cabendo somente ser ajustada a base de cálculo que no presente caso, por se tratar de ocorrência em fiscalização no transito a obtenção do preço unitário está expressamente especificada no item 1, alínea "b", do inciso V do art.938 do mesmo regulamento. Portanto, estou convicto de que a infração única, objeto dos presentes autos, restou parcialmente caracterizada, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

Cientificado do julgamento, o sujeito passivo ingressou com Recurso Voluntário, fl.65, onde, inicialmente destaca trechos do voto emitido pelo relator de 1ª Instância, no sentido de que através do Termo de Conferência Física, restou provada a existência de 23.600 caixas de 75 unidades em excesso com relação às Notas Fiscais nºs 1307 e 1308, destacando, ainda: “Assim, mesmo não merecendo reparo algum a acusação fiscal, eis que restou indubioso nos autos a inidoneidade da documentação fiscal, reconhecida pelo próprio autuado, resultando na caracterização fática de mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal, entendendo que deve ser ajustado o dimensionamento da base de cálculo, considerando como preço unitário para R\$0,62, a caixa de 75 unidades”.

Sustenta que jamais reconheceu serem inidôneas as notas fiscais que acompanharam as mercadorias, e que essa informação foi fruto de equívoco do relator. Afirma que as Notas Fiscais nºs 1307 e 1308 são documentos idôneos, nada existindo que possa caracterizá-las como inidôneas. Aduz que não discorda da existência de 24.000 caixas de 765 unidades de cotonetes, pois esta foi a quantidade real discriminada nas notas fiscais e que o seu questionamento está na interpretação da discriminação das mercadorias constantes nas aludidas notas fiscais, a qual considera distorcida e equivocada por parte do autuante. Diz que apresentou juntamente com a defesa carta de correção não com o objetivo de alterar a quantidade dos produtos, mas com o fito de melhor esclarecer a descrição das mercadorias, acrescentando que, juntou cópias de outras notas fiscais emitidas referentes a operações de vendas do mesmo produto, para melhor entendimento.

Requer a improcedência do Auto de Infração.

A PGE/PROFIS opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário por entender estarem ausentes argumentos jurídicos capazes de provocar revisão do acórdão recorrido, ao tempo em que a infração está devidamente tipificada, fundamentada e comprovada mediante Termo de Conferência Física, Termo de Apreensão de Mercadorias e documentos fiscais. Esclarece que no Termo de Conferência Física, fl. 07, a fiscalização constatou quantidade real excedente de mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal e que a doura 2ª JJF procedeu ao necessário ajuste na formação da base de cálculo.

Destaca, por fim, que a carta de correção apresentada não tem o condão de descharacterizar o lançamento sob preço e que a multa aplicada está em plena harmonia com os termos preconizados pela Lei nº 7.014/96.

VOTO

Da análise dos autos verifico que o recorrente desde o primeiro momento que se pronunciou nos autos contesta a existência da diferença de 23.600 caixas de cotonetes apuradas pela fiscalização, afirmando que a quantidade real de mercadorias constantes nas notas fiscais objeto da autuação correspondem a 24.000 caixas com 75 unidades de cotonetes cada, ou seja, 200 caixas, em cada nota fiscal, com 05 dúzias de 75 unidades ($75 \times 5 \times 12$).

No primeiro Termo de Apreensão de nº 147301, lavrado contra a Empresa Nova Distribuidora Ltda., doc. fl. 09, consta que foram apreendidas 400 caixas com 75 unidades, sendo caixas com 05 dúzias x 75 unidades. Neste aspecto não vejo divergência entre as reais quantidades e as indicadas nos documentos fiscais.

Posteriormente, foi lavrado outro Termo de Apreensão, nº 147656, fls. 02 a 04, em substituição ao anterior, com as mesmas quantidades discriminadas, para fim de embasamento do Auto de Infração, sob a alegação de que “*este T.A. substitui o de nº 147301 de 04.03.2008 devido a erro na definição do sujeito passivo da obrigação tributária e para efeito de mudança de fiel depositário cf. req. Anexo*”.

Sucede que, neste novo Termo de Apreensão, cuja cópia sequer foi entregue ao contribuinte, pois todas as vias se encontram nos autos, não consta o nome do detentor das mercadorias, não identifica corretamente o transportador e não contém a assinatura do detentor (não identificado) e do depositário das mercadorias. Portanto, reveste-se numa peça totalmente ineficaz.

Adiante, o Termo de Contagem Física de Mercadorias em Trânsito, fl. 05, não contém a assinatura do transportador ou do motorista, assim como, de igual forma, no Termo de Conferência Física de fl. 07. As ausências de assinaturas nos mencionados documentos são de fundamental importância para o deslinde da questão na medida em que no momento da conferência física da mercadoria poderia ter sido perfeitamente esclarecida a dúvida levantada pelo fisco. Vê-se, ainda, que o documento de preço corrente, fl. 13, se encontra rasurado. Acrescente-se, ainda, que em se tratando de irregularidade constatada no trânsito de mercadorias, a responsabilidade pelo pagamento do imposto poderá ser atribuída ao transportador à luz do art. 39, I, “d” do RICMS/BA.

O conjunto dos elementos acima elencados na forma que se apresentam, sem dúvida, seriam suficientes para se decretar a nulidade do Auto de Infração, entretanto, com fulcro no Parágrafo único do Art. 155 do RPAF/BA, avanço ao exame do mérito da autuação, por entender que não restou comprovado nos autos a dita diferença de 23.600 caixas de cotonetes alegados pelo fisco. Aliás, o autuante quando da informação fiscal, não observou o prescrito pelo § 6º do Art. 127 do RPAF/BA, ao não enfrentar todos os aspectos da defesa com fundamentação, fato este que me leva a acolher os argumentos do recorrente quanto a inexistência da aludida diferença de mercadorias entre a quantidade física e a constante nos documentos fiscais. Do exame dos autos, fica claro que a diferença decorreu de uma comparação de quantidades heterogêneas, isto é, comparou caixas individuais com 75 unidades com caixas de 5 dúzias de 75 unidades.

Isto posto, deixo de acolher o opinativo da dnota PGE/PROFIS e voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário para julgar IMPROCEDENTE o presente Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº 0946651760/08, lavrado contra **POWER SAVE INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA. (POWER SAVE INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PRODUTOS PARA HIGIENE PÉS)**

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de dezembro de 2009.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

SYLVIA MARIA AMÔEDO CAVALCANTE - REPR. DA PGE/PROFIS