

**PROCESSO** - A. I. Nº 149269.0006/08-2  
**RECORRENTE** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECORRIDO** - AGRICAFÉ LTDA.  
**RECURSO** - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 5ª JJF nº 0310-05/09  
**ORIGEM** - INFAZ ATACADO  
**INTERNET** - 24/09/2010

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0308-12/10

**EMENTA:** ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO ANTECIPADA. MULTA. Norma revogada pelo Decreto 10.847 de 27/11/2007, DOE de 28/11/2007. Aplicação retroativa com base no art. 106, II, a do CTN. Infração improcedente. 2. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. NULIDADE Ocorre que não se trata efetivamente, de um levantamento quantitativo de estoques, posto que não obedeceu aos ditames da Portaria nº 445/98, que dispõe sobre os procedimentos na realização de levantamentos quantitativos por espécie de mercadorias. Deste modo, há um descompasso entre a descrição fática, a infração apontada, e os levantamentos efetuados, devendo a infração ser anulada. Infração nula. Mantida a Decisão de Primeira Instância. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

### RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício apresentado pela 5ª Junta de Julgamento Fiscal, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, em face da Decisão pela mesma proferida através do Acórdão JJF n. 0310-05.09, que julgou procedente em parte o Auto de Infração, lavrado em 30/09/2008, para exigir ICMS no valor de R\$ 370.230,27, em razão das seguintes irregularidades:

1. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito. ICMS no valor de R\$1.585,84 e multa de 60%.
2. Utilizou antecipadamente crédito fiscal de ICMS referente à mercadoria cuja entrada no estabelecimento ocorreu em data posterior à da utilização do crédito fiscal. Multa percentual de 40% no valor de R\$171,07.
3. Utilizou indevidamente, na condição de destinatário de mercadorias, crédito fiscal de ICMS, relativo a frete a preço CIF, com serviço efetuado por empresa transportadora, por transportador autônomo ou pelo próprio remetente. ICMS no valor de R\$800,88 e multa de 60%.
4. Recolheu a menor ICMS em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no Livro Registro de Apuração do ICMS. ICMS no valor de R\$51.745,50 e multa de 60%.
5. Falta de recolhimento do imposto relativo às operações de saídas de mercadorias tributadas efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado. ICMS no valor de R\$315 926 98 e multa de 70%

Em sua peça defensiva, no que se refere às infrações 2 e 5, objeto apreciado, argumentou o autuado que:

- a) quanto à infração 2, alegou ser onerosa a pretensão do fisco de aplicar sanção ao contribuinte com multa no valor de 40%, pelo uso extemporâneo do crédito e disse que se fazia necessária a desoneração da multa aplicada com a cobrança exclusiva dos juros e correção monetária referente ao período da data do vencimento até sua efetiva quitação;
- b) com relação à infração 5, salientou que, por equívoco cometido pelo seu setor de contabilidade, foram escrituradas Notas Fiscais de saídas de produtos para fins de devolução das mercadorias, com suspensão de ICMS sem a devida vinculação à Nota Fiscal que representa o ingresso da mercadoria no seu estabelecimento comercial; afirmou que a contabilidade quando da emissão das notas fiscais de saídas não sabia quais as notas fiscais de entrada a que se referiam e atribuía o número de uma nota fiscal de entrada qualquer, do mesmo produtor; assinalou que o autuante limitou-se a considerar unicamente as notas fiscais de saída que fariam, em tese, referência a nota fiscal de entrada, desconsiderando por completo as notas fiscais de entrada que jamais tiveram devolução de mercadoria vinculada à nota fiscal de saída; alegou, ainda, o fato de inexisterem omissões de saída, uma vez que, tudo que ingressou no estabelecimento e que poderia compor o estoque jamais deixou de ser devolvido ao produtor; aduziu que, em alguns casos, é indevida a vinculação da nota fiscal de saída e que havia notas que já tinham sido integralmente devolvidas, enquanto que foram deixadas de lado notas fiscais lançadas no registro de entradas que não tinham sido devolvidas no todo ou em parte. Destacou que, caso seja desconsiderado o fato de existir notas de saídas para fins de devolução sem a devida vinculação à entrada e de posse dos valores consignados nas planilhas elaboradas pelo autuante, que na pior das hipóteses deve o valor da autuação ser reduzido, de forma que seja feito abatimento do valor da omissão de entrada do valor da omissão de saída.

Em sede de informação fiscal, no que pertine às infrações 2 e 5, asseverou o autuante que:

- a) quanto à infração 2, ressaltou que, de acordo com a legislação vigente do RICMS, aprovado pelo Dec. 6284/97, foi aplicada a penalidade pelo uso extemporâneo do crédito;
- b) de referência à infração 5, ressaltou que o levantamento de estoque por espécie de mercadorias está demonstrado nas planilhas (fls. 62 a 76), onde foi apurada nota a nota de entrada com a respectiva nota de saída; frisou que existem notas que não foram lançadas, em obediência à condição prevista no art. 615, parágrafo 3º do RICMS/BA, de que as mercadorias recebidas para beneficiamento retornem real ou simbolicamente no prazo de 180 dias, e assim, as notas fiscais com data de entrada inferior a 180 dias, não foram consideradas; salientou que não se justifica a sugestão da defesa de abater o valor da omissão de entrada do valor da omissão de saída, uma vez que estes valores não são atribuídos aleatoriamente, já que existem normas que disciplinam os procedimentos, tais como, regulamentos, portarias, instruções normativas, e no caso em questão, do levantamento de estoque existe a portaria 445/98, onde nos seus artigos 12 e 13 prevê que “quando se constata a exigência de omissão tanto de entrada como de saída de mercadoria” – para efeito da determinação da base de cálculo utiliza-se o valor de maior expressão monetária.

Através do Acórdão JfF n. 0310-05.09, a 5ª Junta de Julgamento Fiscal, após julgar procedentes as infrações 1, 3 e 4, manifestou-se da seguinte forma em relação às infrações 2 e 5:

“(…)

*Na infração 02 o sujeito passivo está sendo acusado de utilização antecipada de crédito. A mercadoria entrou no estabelecimento em data posterior à utilização do crédito fiscal. ICMS recolhido em 29/07/2004, referente ao mês 07/2004, e utilizado como outros créditos em junho de 2004, no valor de R\$ 171, 07. Foi aplicada a multa de 40% do valor do crédito fiscal utilizado antecipadamente, prevista no art. 42, inciso VI da Lei 7.014/96, com data de ocorrência de 30/06/2004. Ocorre que este dispositivo legal foi revogado pela Lei nº 10.847 de 27/11/07, DOE de 28/11/2007, efeitos a partir de 28/11/2007, e tendo sido a norma revogada, aplico o art. 106 II, a do CTN, que dispõe que a lei aplica-se a ato ou fato pretérito, trata julgado, quando deixe de defini-lo como infração. Deste modo, cabe a improcedente.*

(...)

*Quanto à infração 5, consta na descrição fática a falta de recolhimento do imposto apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado. Trata-se de entrada de mercadoria com suspensão do ICMS sem a devida comprovação da devolução, de acordo com o art. 615 a 622 do RICMS/Ba.*

*O enquadramento da infração relata os artigos 4º e 5º da Portaria nº 445/98, e a multa aplicada reporta-se ao art. 42, inciso II da Lei nº 7.014/96.*

*Verifico que o levantamento efetuado pelo autuante, fls. 62 a 63, relaciona as notas fiscais que apresentaram diferenças no exercício de 2003, tendo sido anexado também o demonstrativo para apuração do estoque analítico do produto – café. O mesmo procedimento foi adotado com relação ao exercício de 2004, e de 2005, fls. 67 a 76 do PAF.*

*Ocorre que não se trata efetivamente, de um levantamento quantitativo de estoques, posto que não obedeceu aos ditames da Portaria nº 445/98, inclusive mencionada pelo autuante, que dispõe sobre os procedimentos na realização de levantamentos quantitativos por espécie de mercadorias.*

*Segundo o art. 1º daquela norma, o levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias constitui modalidade de procedimento fiscal destinado a conferir as entradas e saídas de mercadorias do estabelecimento de contribuinte, num determinado período, tomando-se como pontos de referência os inventários inicial e final do período considerado, levando-se em conta tanto às quantidades de mercadorias com a sua expressão monetária.*

*Efetivamente, os cuidados e a previsão contida na citada Portaria não foram considerados pelo autuante, na elaboração dos demonstrativos e na apuração do crédito tributário.*

*Deste modo, como há um descompasso entre a descrição fática, a infração apontada, e os levantamentos efetuados, entendo que a infração deve ser anulada, para que possa ser refeita, de acordo com os procedimentos adotados na Portaria 445/98, caso de levantamento quantitativo de estoques, ou de outro modo, a ação fiscal ser desenvolvida com base no levantamento das mercadorias que saíram com a suspensão do ICMS, mas não retornaram no prazo previsto no art. 615 do RICMS/97. Nesta última opção, a descrição fática, o enquadramento legal e a multa aplicada não terão relação com o levantamento quantitativo de estoques, mas a ação fiscal será baseada unicamente em documentos fiscais.*

*Infração nula, com aplicação do art. 18, IV, “a” do RPAF/99”.*

## VOTO

Reparo algum merece a Decisão recorrida.

Isso porque, quanto à infração 2, restou comprovado que a multa prevista no art. 42, VI, da Lei nº 7.014/96, foi revogada pela Lei nº 10.847 de 27/11/07, DOE de 28/11/2007, com efeitos a partir de 28/11/2007.

Assim, em face da revogação da aludida norma, agiu com acerto o “a quo” ao aplicar o art. 106, II, a do CTN, resultando na manifesta improcedência da referida infração.

No que se refere à infração 5, como corretamente assinalou o julgador de primo grau, a ação fiscal realizada pelo autuante não foi um levantamento quantitativo de estoque, tendo em vista que não obedeceu aos ditames da Portaria nº 445/98, aplicável a tal espécie de roteiro de fiscalização.

Daí porque, tendo ocorrido uma dissonância entre o quanto mencionado na descrição fática, a infração apontada, e os levantamentos efetuados, nula se apresenta a referida infração (art. 18, IV, “a”, do RPAF), devendo a mesma ser refeita, à luz dos procedimentos adotados na Portaria nº 445/98 - caso de levantamento quantitativo de estoques -, ou com base no levantamento das mercadorias que saíram com a suspensão do ICMS, mas não retornaram no prazo previsto no art. 615 do RICMS/97.

Todavia, nesta última hipótese, a descrição fática, o enquadramento legal e a multa aplicada não terão relação com o levantamento quantitativo de estoques, mas a ação fiscal será baseada unicamente em documentos fiscais.

Destarte, voto no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao Recurso de Ofício apresentado, representando à autoridade fazendária, a fim de que a infração 5 seja refeita a salvo de falhas, consoante art. 21 do RPAF/99. Recomendo, por fim, que a repartição competente homologue os valores efetivamente recolhidos.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª 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 149269.0006/08-2, lavrado contra **AGRICAFÉ LTDA.**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$54.132,22**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos VII, “a”, II, “b”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 08 de setembro de 2010.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

NELSON ANTONIO DAIHA FILHO - RELATOR

ALINE SOLANO SOUZA CASALI BAHIA – REPR. DA PGE/PROFIS