

PROCESSO - A. I. N° 140779.0004/11-7
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e CENCOSUD BRASIL COMERCIAL LTDA.
(G.BARBOSA)
RECORRIDOS - CENCOSUD BRASIL COMERCIAL LTDA (G.BARBOSA) e FAZENDA PÚBLICA
ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 1^a JJF n° 0100-01/13
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 26/12/2013

1^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO CJF N° 0408-11/13

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. **a)** FALTA DE ESTORNO. ENTRADAS DE MERCADORIAS CUJAS SAÍDAS SUBSEQUENTES OCORERAM COM REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. Comprovado nos autos que foi aplicada metodologia inadequada para apurar os estornos de créditos de parte das mercadorias. Refeito o lançamento, o que implicou na redução do débito. Mantida a Decisão. **b)** UTILIZAÇÃO INDEVIDA. TRANSFERÊNCIA INCORRETA DE SALDO CREDOR DO PERÍODO ANTERIOR. Documentos juntados com a defesa fazem prova que os valores dos créditos fiscais lançados têm como suporte documentos fiscais emitidos por outros estabelecimentos da empresa, cujo saldo credor foi transferido em conformidade com o que prevê a legislação (art. 116, § 3º do RICMS/97). Mantida a Decisão pela improcedência da infração. 2. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. OMISSÕES TANTO DE ENTRADAS QUANTO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO SOBRE A DIFERENÇA DE MAIOR EXPRESSÃO MONETÁRIA, A DAS SAÍDAS. O demonstrativo elaborado pela fiscalização identifica a movimentação das mercadorias por denominação e código fiscal e não ensejam necessidade de agrupamento. Não comprovado documentalmente ocorrência de saídas por furto, quebras, extravios ou perecimento. Não justificável a necessidade de agrupamento de mercadorias. Infração caracterizada. Rejeitado a nulidade suscitada. Mantida a Decisão recorrida. Recursos **NÃO PROVIDOS**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata se de Recurso de Ofício em razão da Decisão proferida pela 1^a JJF na qual desonerou em parte os valores exigidos na infração 1 e totalidade dos valores relativos à infração 3, consoante determina o art. 169, I, “a”, do RPAF/99, e de Recurso Voluntário, interposto pelo contribuinte, relativo à infração 2 julgada Procedente, com base no art. 169, I, “b”, do citado Regulamento. O Auto de Infração lavrado em 30/12/11, exige ICMS no valor de R\$2.551.164,85, em decorrência de quatro infrações, sendo objeto dos Recursos:

1. *Deixou de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS, relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subsequentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente a parte proporcional da redução - R\$336.162,21.*
2. *Falta de recolhimento do imposto, relativo à omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, decorrente de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadoria*

(2008/2009), levando-se em conta, para cálculo do imposto, o maior valor – o das saídas tributáveis - R\$368.603,82.

3. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, referente à transferência incorreta de saldo credor do período anterior R\$1.800.332,68.

A 1ª JJF na Decisão prolatada (fls. 895/906) fundamentou que:

VOTO (VENCIDO QUANTO AO ITEM 2º)

O fato objeto do 1º item deste Auto é a falta de estorno de crédito fiscal de ICMS relativo a entradas de mercadorias cujas saídas subsequentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente à parte proporcional da redução.

Diante dos equívocos apontados pela defesa, o fiscal autuante prestou informação (fls. 770/772) dizendo que, no item 1º, reconhece a procedência parcial das alegações da defesa, e propõe a redução do valor do imposto a ser lançado, “conforme planilhas, primeira e ultima páginas impressas e anexas ao presente processo, assim como cópias integrais anexas em CD, a ser fornecida ao contribuinte”.

O autuado havia alegado falta de clareza do lançamento, reclamando do critério adotado pela fiscalização. Ao tomar ciência da revisão do lançamento, alegou a necessidade de uma nova revisão, questionando que no CD que lhe foi entregue identificou apenas os valores excluídos e o saldo final, não sendo informado o que o fiscal acatou ou não.

O processo foi remetido em diligência para que o fiscal autuante prestasse esclarecimentos e informasse, relativamente a cada mês, os valores remanescentes, com os demonstrativos pertinentes. O fiscal não cumpriu a diligência. Diante da recusa do fiscal em atender ao que foi solicitado pelo órgão julgador, houve nova diligência, desta vez à Assessoria Técnica (ASTEC) deste Conselho. Em cumprimento à diligência, a auditora designada pela ASTEC prestou informação (fl. 851) observando que juntou as planilhas da 1ª infração.

Deu-se ciência dos novos elementos ao contribuinte, e este se manifestou (fls. 886/892) dizendo que, após a diligência, restou confirmada a redução do imposto do item 1º, no valor de R\$ 68.966,07, que antes era de R\$ 336.162,21. Informou que efetuaria o pagamento do valor remanescente.

Já no item 2º, o fato consiste na falta de recolhimento do imposto [ICMS] relativo a omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e sem a respectiva escrituração, “decorrente da falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas” [sic], fato esse apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécies de mercadorias em exercícios fechados (2008 e 2009), levando-se em conta para o cálculo do imposto a diferença de maior valor monetário, o valor das saídas.

O autuado alegou que o levantamento apresentou resultado distorcido, pois houve mercadorias que entraram com um código e saíram com outro código. Requereu que fosse adotado o critério da similaridade. Observou que o critério da similaridade vem sendo reconhecido pelo CONSEF, agrupando mercadoria similares, por categorias. Questionou também a existência de perdas e furtos.

Em atenção ao requerimento do contribuinte, o órgão julgador determinou a realização de diligência, pontuando que a pretensão do autuado tem respaldo no art. 3º, III, da Portaria nº 445/98, solicitando-se que, tomando por referência a descrição constante no Registro de Inventário, fosse refeito o levantamento quantitativo, agrupando as mercadorias do mesmo gênero, seguindo a orientação do art. 3º, inciso III, da Portaria nº 445/98.

O fiscal autuante recusou-se a cumprir a diligência.

Considero que neste caso há um sério impasse no tocante ao critério adotado no levantamento quantitativo que determinou os débitos lançados neste Auto. O art. 3º da Por. 445/98 recomenda criterioso rigor no levantamento quantitativo. Examinando-se os demonstrativos fiscais, nota-se que existe uma variedade considerável de ventiladores, capacetes, cuecas, meias, soutiens, calcinhas, bermudas, fogões. Destaco alguns tipos:

- a) ventilador Loren teto PR (código 102368), ventilador Loren teto BC (código 102369), ventilador Loren teto M (código 102373), ventilador Loren teto mad PT03PAS CU (código 102371), ventilador Loren teto mad BC03PAS CU (código 102373);
- b) ventilador Faet 30CM EUR (código 111565);
- c) ventilador Britania Protect 30 110v (código 107256), ventilador Britania Protect 30 220v (código 107258), ventilador Britania coluna (código 224993);
- d) capacete Peels F-17 N.58/02 (código 110201), capacete Peels F-17 N.60/02 (código 110202);
- e) cueca Lua Nua inf estamp (código 111602), cueca Lua Nua inflisa P/M (código 111603);

- f) meia Lupo masc 1250 (código 112559), meia Lupo inf 2005 (código 113972), meia Lupo Kids 4/10 2410 (código 284093);
- g) meia Pimpolho Bebe 0/15 7250 (código 388427), meia Pimpolho Bebe 0/15 7379 (código 388431), meia Pimpolho Bebe 16/20 7253 (código 388433), meia Pimpolho 1/32/25 7252 (código 388429);
- h) soutien Del Rio 4046/42503 (código 285151), soutien Del Rio 4046/42607 (código 325048);
- i) calcinha Tampinha rend c/3 P (código 313121), calcinha Tampinha c/3 PP/P/M (código 351504);
- j) bermuda Meltex MNO 6/16 2561 (código 384782), bermuda Meltex MNO 6/16 2561 (código 384784), bermuda Meltex MNO 4/10 5235 (código 384800), bermuda Meltex MICR MNO 4/1 (código 384803);
- l) fogão Esmaltec Hawaii Super (código 358011), fogão Esmaltec Hawaii Super (código 360318).

Isso aí apenas no tocante a mercadorias da mesma marca, variando apenas quanto a certas características peculiares a cada tipo.

No tocante à similaridade, nota-se que existem inúmeros tipos de cadeiras, lençóis, fronhas, toalhas, tangas, calcinhas, soutiens, meias, biquínis, shorts, batas, bermudas, vestidos, calças, blusas, blusões, camisetas.

Com relação a mercadorias como ventiladores e fogões, certamente não há problema, porque, como se trata de mercadorias que têm garantia, os documentos são emitidos com rigor, indicando-se no documento fiscal com precisão o tipo, marca e modelo do bem vendido. Porém no caso de artigos de vestuário, em que existem códigos distintos para tamanhos (P,M,G), cores, tipos de estampa e outros detalhes, sabe-se que é comum haver trocas, muitas vezes por mercadorias de mesmo valor, variando apenas em relação ao tamanho, cor ou tipo de estampa.

Diante da infinidade de itens semelhantes, é natural que haja eventuais “trocas” ou equívocos na classificação, implicando a identificação de uma mercadoria em lugar de outra. Se, por exemplo, no caso das bermudas, uma bermuda “Bermuda Meltex MNO 6/16 2561 (código 384782)” for classificada no inventário, na entrada ou na saída como “, Bermuda Meltex MNO 6/16 2561 (código 384784)”, esse erro implicará duas diferenças, uma para mais num item, e outra para menos no outro item. Esse erro não acarretaria diferença quantitativa se as mercadorias fossem agrupadas por gênero, conforme pleiteou o autuado.

O ideal – a regra geral – é que o levantamento quantitativo seja feito por espécie, sem agrupamento, em virtude da questão do preço médio. Porém, em situações especiais, é preciso adotar-se um critério justo, de modo a não se denunciar infração onde não existe infração.

Em suma, em face de itens semelhantes como esses, é razoável que, em atenção ao pleito do contribuinte, o levantamento quantitativo seja feito por gênero, e não por espécies.

Existem vários tipos de roteiro de fiscalização, aplicáveis de acordo com a natureza de cada contribuinte, inclusive de acordo com o ramo de atividade. Em se tratando de uma empresa do ramo de supermercado como esta, caso ela pretenda sonegar ICMS, é natural que o faça utilizando créditos fiscais indevidos, manipulando alíquotas, reduzindo indevidamente a base de cálculo, vendendo mercadorias tributáveis como não tributáveis, e assim por diante. Porém, como pode uma empresa como G. Barbosa comprar ou vender mercadorias sem Notas? Como?

Vender ou comprar mercadorias sem documentos fiscais somente é possível em se tratando de empresas familiares, em que o dono é quem supervisiona o que entra e o que sai, ficando o caixa aos cuidados de pessoa de sua confiança. Porém, no caso de uma empresa como o autuado, admitindo-se a saída de mercadorias sem Notas, o Estado seria o menos prejudicado, pois perderia apenas 17%, enquanto que a empresa estaria perdendo 100%.

Afirma que a Port. 445/98 recomenda certas precauções a serem tomadas na realização de levantamento quantitativo de estoque e transcreve o art. 3º para descarar que na apuração de débitos, requer critério rigoroso na quantificação das mercadorias; atentar para a unidade de medida a ser adotada (unid. Dz, Kg, ton, grosas, sacos, caixas, metros, litros, etc.), e que:

III - nos casos em que o contribuinte não especifique com exatidão as mercadorias comercializadas, ou quando uma mercadoria possa ser identificada por mais de uma denominação, ou ainda quando determinada mercadoria comporte vários subgrupos ou diversas referências, deve-se fazer o agrupamento de cada item de forma a reunir num mesmo item todas as espécies de mercadorias afins.” (grifei)

Destaco o inciso III. Esse inciso contempla três situações, estando estas conectadas pela conjunção alternativa “ou”. Isso significa que basta o atendimento de uma delas. Também destaco o verbo deve-se. A portaria não prevê que o agrupamento “pode” ser feito – a portaria prevê que o agrupamento “deve” ser feito.

Diante da orientação dada pelo dispositivo supracitado, concluo que o critério a ser seguido pelo auditor não pode ser único, para todos os casos, seja qual for o ramo de atividade. O critério adotado no levantamento

fiscal precisa ser consentâneo com a situação de cada estabelecimento. Em situações como esta, ou o levantamento fiscal é feito pelo gênero, abrangendo os vários tipos ou espécies de mercadorias da mesma natureza, ou então se aplica outro roteiro de auditoria.

Em atenção ao que prevê expressamente a Portaria 445/98, o órgão julgador, atendendo ao requerimento do contribuinte, determinou em diligência que a fiscalização procedesse de acordo com o inciso III do art. 3º da referida portaria. O fiscal simplesmente se recusou a cumprir a diligência. Considero caracterizado um caso típico de incerteza quanto ao fato, e por conseguinte quanto a eventuais valores porventura devidos.

É nulo, portanto, o lançamento do item 2º, nos termos do art. 18, IV, “a”, do RPAF. A repartição examinará se existem elementos que justifiquem a renovação do procedimento. É evidente que se o contribuinte sanar alguma irregularidade porventura existente, mesmo mediante denúncia espontânea, antes de nova ação fiscal, exime-se de sanções.

No item 3º, o autuado é acusado de utilizar indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a transferência incorreta de saldo credor do período anterior. Porém, de acordo com a informação fiscal, o fato é outro. Trata-se de créditos transferidos de outros estabelecimentos. O fiscal reconhece que o contribuinte anexou cópias das Notas de transferência, embora ponha em dúvida se os créditos existiam.

Em princípio, este lançamento seria nulo, pois o Auto acusa uma coisa, enquanto que o fato concreto foi outro: não se trata, conforme consta no Auto, de transporte incorreto de saldo credor de um mês para outro, e sim de transferência de créditos entre estabelecimentos da mesma empresa. Porém, no mérito, o lançamento é improcedente. O autuado fez ver que agiu conforme prevê o § 3º do art. 116 do RICMS. Foi feita menção ao julgamento da 5ª Junta, através do Acórdão JJF 0214-05/12 (fls. 823/831), relativo ao item 7º do AI 140779.0005/11-3, do qual foi Relator o eminentíssimo conselheiro Fernando Antônio Brito de Araújo, que, em caso semelhante, tendo como parte essa mesma empresa, em face das Notas Fiscais emitidas pelos estabelecimentos de origem dos créditos, declarou insubsistente o lançamento.

No presente caso, o próprio autuante reconhece que foram apresentadas cópias das Notas Fiscais das transferências. O CONSEF não pode ter dois pesos e duas medidas, sobretudo relativamente à mesma empresa.

Conforme já assinalei, o lançamento do item 3º seria nulo, por vício na descrição do fato, porém no mérito é improcedente.

Com relação à infração 4, ressaltou que a mesma foi reconhecida pela empresa, ficando mantida.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

VOTO VENCEDOR (ITEM 2º)

Com a devida vénia, apesar do bem elaborado voto proferido pelo relator, o meu entendimento não aponta no mesmo sentido, considerando que, na presente exigência tributária, apurada através de levantamento quantitativo por espécie de mercadorias, relativo aos itens ventiladores, capacetes, cuecas, meias, soutiens, calcinhas, bermudas, fogões, foi adotado o critério de contagem por gênero, abrangendo os vários tipos ou espécies de mercadorias da mesma natureza (similaridade). Sob a justificativa de que não foi cumprida a diligência determinada pelo órgão julgador para que a fiscalização procedesse de acordo com o inciso III do art. 3º da portaria 445/98, o lançamento de ofício foi considerado nulo pela incerteza quanto ao fato e valores devidos, nos termos do art. 18, IV, “a”, do RPAF BA.

Com efeito, o ato normativo que regula os procedimentos para a elaboração do Levantamento Quantitativo por Espécie de Mercadorias, Portaria nº445 de 10 de agosto de 1998, orienta acerca das recomendações a serem observadas, no agrupamento de itens, conforme segue:

“Art. 3º A apuração de débitos do ICMS mediante esse tipo de auditoria requer os seguintes cuidados:

(...)

III - nos casos em que o contribuinte não especifique com exatidão as mercadorias comercializadas, ou quando uma mercadoria possa ser identificada por mais de uma denominação, ou ainda quando determinada mercadoria comporte vários subgrupos ou diversas referências, deve-se fazer o agrupamento de cada item de forma a reunir num mesmo item todas as espécies de mercadorias afins.”
(grifei)

No caso presente, exige-se falta de recolhimento de ICMS relativo a omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e sem a respectiva escrituração, “decorrente da falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas”, apurada mediante levantamento quantitativo de estoques por espécies de mercadorias em exercícios fechados (2008 e 2009), levando-se em conta para o cálculo do imposto a diferença de maior valor monetário, o valor das saídas, lançado imposto no valor de R\$ 368.603,82.

A argüição da defesa é de distorção na auditoria de estoques pela existência de mercadorias, cuja entrada foi feita com um determinado código e a respectiva saída por outro código, o que ensejou a diferença apurada,

omissões que podem ser reduzidas ou mesmo anuladas pela aplicação do critério da similaridade. Reclama ainda das perdas ou extravio de mercadorias, que se tornaram impróprias para o consumo ou que foram furtadas, extraviadas; além disso, na atividade de supermercados, aduz que as perdas são agregadas à margem de comercialização e não podem ser novamente tributadas.

Antes, a alegação do autuado com relação às perdas, quebras, furtos, extravios, não podem prosperar. Não têm procedência, pois, as argüições defensivas, no sentido de que as diferenças encontradas sejam reflexos dos fatores existentes na atividade própria de supermercados ou de comércio varejista, tais como perdas, furtos e extravios e que, a desconsideração de tais perdas, implica bitributação pelo recolhimento do ICMS através do valor do produto final agregado e pela exigência do ICMS com base no levantamento quantitativo de estoques.

Em si mesmos considerados, extravios, perdas e avarias de mercadorias, alem de outros eventos que lhes retirem a possibilidade de serem comercializados (perecimento, furto, roubo, motivos de força maior, etc.), não tipificam o fato imponível do ICMS. Contudo, não haverá ICMS a recolher em face às alegações de quebras, perdas de estoques, obsolescência, ocorrência de sinistros não cobertos por seguros, desde que o evento esteja comprovado por laudos ou documentos emitidos por autoridades competentes. No caso específico do ICMS, inclusive, as diferenças de estoques devem ser justificadas, por meio de razões perfeitamente compatíveis com o tipo da atividade desenvolvida no estabelecimento, além da emissão da competente nota fiscal possibilitando o estorno do crédito aproveitado quando da aquisição das respectivas mercadorias, colocadas agora fora de comércio. Observo que as provas das alegadas perdas/quebras, no período da ação fiscal não foram colacionadas aos autos.

Em se tratando de levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias, cujos dados foram extraídos da escrita fiscal e eletrônica do contribuinte, além de ter à sua disposição todos os demonstrativos que embasaram a exigência, observo que o contribuinte não apresentou uma impugnação objetiva, demonstrando cabalmente as quantidades e os valores das mercadorias ditas sem condições de comercialização ou perdidas. Somente mediante tais providências, seria possível o exame, a justificação, parcial ou total, das diferenças relativas às mercadorias imprestáveis, na omissão de saídas detectadas no levantamento de estoques em tela, até porque, após a identificação de mercadorias perecidas, sinistradas, furtadas, o contribuinte deveria estornar o crédito fiscal correspondente, mediante as providências retro mencionadas.

Por outro lado, o agrupamento de itens por similaridade, conforme requisitado pela defesa do contribuinte, é aplicado somente nos casos em que o contribuinte não especifique com exatidão as mercadorias comercializadas, quando uma mercadoria possa ser identificada por mais de uma denominação, ou quando comporte vários subgrupos ou diversas referências (art. 3º, III, Portaria 445/98). No caso em tela, os produtos relacionados estavam perfeitamente identificados e não comportavam o agrupamento solicitado pelo contribuinte autuado.

A auditoria de estoque é um levantamento feito, em regra e prioritariamente, por espécie de mercadorias, até mesmo para fazer justiça fiscal e não consolidar preços médios divergentes em desfavor do contribuinte. O agrupamento por itens em “levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias” é medida excepcional, aplicável somente naquelas situações recomendadas na Portaria retro mencionada.

Nessa senda, a aplicação do chamado “critério de similaridade” será sempre uma medida de racionalidade que implica maior proximidade possível do princípio da verdade material, cabível no confronto entre omissões de saída e entrada com produtos que ostentavam a mesma natureza, guardem entre si similaridade e não estejam marcados por denominação ou códigos que os individualizassem. Não é o que se observa no presente levantamento fiscal.

O preposto fiscal, encarregado do feito, selecionou previamente para o levantamento quantitativo de estoques os produtos que não pudesse ser confundidos por verossimilhança; produtos que tinham descrição e codificação específicas, características que os individualizam, a exemplo de Ventilador FAET 30CM EUR (código 111565); Capacete PEELS F-17 N.58/02 (código 110201), Cueca LUA NOVA infantil estampada (código 111602), Cueca LUA NOVA infantil lisa P/M (código 111603); meia LUPO masculina 1250 (código 112559), Soutien DEL RIO 4046/42503 (código 285151), Calcinha TAMPINHA renda c/3 P (código 313121), bermuda MELTEX MNO 6/16 2561 (código 384782) ou fogão ESMALTEC Hawaii Super (código 358011). Conta ainda os preços médios de cada produto, de sorte ainda mais claramente, distingui-los uns dos outros.

Desta forma, incabível a alegação defensiva de que houve distorção no levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias atual, face o registro de produtos com códigos diversos na entrada e na saída dessas mesmas mercadorias, uma vez que isto não restou provado nos autos. Ademais, o critério de similaridade é inaplicável no caso, porquanto as mercadorias selecionadas para o exame fiscal estão identificadas por denominação, elementos e código que as individualizam.

Posto isso, resta a infração 02 caracterizada e procedente a constituição do crédito tributário, no valor de R\$368.603,82.

Diante do exposto, o Auto de Infração é PROCEDENTE EM PARTE.

A 1^a JJF recorreu de ofício da presente Decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art. 169, I, “a”, do RPAF/BA.

No Recurso Voluntário interposto (fls. 919/929), o recorrente inicialmente comenta a autuação e ressalta que após a informação fiscal reconheceu o valor remanescente apontado pelo autuante, com relação à infração 1, que reduziu o débito de R\$267.196,10 para E\$68.933,07 o que foi acatado pela 1^a JJF. Requer Não Provimento do Recurso de Ofício.

Com relação à infração 2, destaca que na impugnação inicial solicitou que fosse feito o agrupamento de mercadorias do mesmo gênero (art. 3º, III da Portaria nº 445/998), tendo a 1^a JJF determinado a realização de diligência neste sentido, mas não foi cumprida pelo autuante.

Entende que este procedimento caracteriza cerceamento do direito de defesa, fato que foi reconhecido pelo relator. Relaciona itens que apresentam variedades (ventiladores, capacetes, cuecas, meias, soutiens, calcinhas, bermudas e fogão) que são das mesmas marcas “variando apenas quanto a certas características), além de outros itens similares (cadeiras, lençóis, fronhas, toalhas, biquínis, shorts, batas, bermudas, vestidos, calças, blusas, blusões, camisetas).

Argumenta que o levantamento quantitativo de estoque ficou distorcido porque existem produtos com códigos distintos para tamanhos (P, M, G), cores, tipos de estampa e outros detalhes, sendo comum haver trocas, às vezes por mercadorias de mesmo valor (preço), variando apenas quanto ao tamanho, cor ou tipo de estampa.

Cita por exemplo o produto bermuda Meltex MNO 6/16 com códigos 384782 e 384784 cujas diferenças indicam omissões de entrada e saída com diferenças para mais ou para menos, que conforme entendimento do relator, se considerado não acarretaria diferença quantitativa.

Entende que seu pleito é razoável, o que levou a conclusão do relator que a infração 2 é nula (incerteza do cometimento da infração – art. 18, IV, “a” do RPAF/BA), o que não foi seguido pelos demais membros da 1^a JJF, julgando a Procedente. Requer que a infração seja declarada nula.

Quanto à infração 3, que acusa utilização indevida de crédito fiscal de ICMS pela transferência incorreta de saldo credor do período anterior, ressalta que na informação fiscal ficou esclarecido que se trata de transferências de créditos de outros estabelecimentos, fato reconhecido pelo autuante diante da juntada das notas fiscais de transferências.

Destaca que o relator concluiu que o procedimento estava em conformidade com o disposto no art. 116, §3º do RICMS/97, situação idêntica à decidida no Acórdão JJF 0214-05/12 concluindo que o lançamento é Improcedente o que foi seguido pelos demais membros da JJF.

Requer que seja negado provimento ao Recurso de ofício, homologando a Decisão.

No tocante à infração 4, ressalta que a mesma foi reconhecida e efetuará o pagamento. Requer provimento do Recurso.

A PGE/PROFIS no Parecer às fls. 933/934 ressalta que o Recurso Voluntário é restrito à infração 2.

Manifesta que o levantamento quantitativo de estoques foi feito com base em itens selecionados que contêm descrições e codificações específicas, que não se confundem, e as razões recursais não junta provas, nem argumentos jurídicos capazes de modificar a Decisão ora recorrida.

Opina pelo conhecimento e Improvimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Inicialmente cabe apreciar o Recurso de Ofício interposto pela 1^a JJF, referente à desoneração de parte dos valores exigidos na infração 1 e totalidade da infração 3.

Quanto à infração 1, que acusa de estorno de crédito fiscal decorrente de saídas contempladas com Redução de Base de Cálculo (RBC), no valor correspondente à parte proporcional da redução.

Verifico que na impugnação a empresa alegou que tendo escrito com RBC as operações com diversas mercadorias (charque, arroz, farinha de mandioca, vinagre e sal) com carga tributária de 7% e também com leite em pó e margarina, que a fiscalização não considerou o valor contábil.

Na informação fiscal o autuante reconheceu o equívoco apontado pela empresa, refez os demonstrativos originais (fls. 20/82), tendo inserido uma coluna indicativa do porcentual da RBC (fls. 773/776) para compatibilizar a proporcionalidade já lançada nos livros fiscais da empresa, o que reduziu o débito de R\$336.162,21 para R\$68.966,07, valor que foi questionado, mas confirmado na diligência realizada pela ASTEC, conforme demonstrativos acostados às fls. 852/881.

Pelo exposto, a desoneração de parte dos valores exigidos na infração 1 decorre de erro material na metodologia utilizada para apuração do estorno de crédito que foi saneada e deve ser mantida.

No tocante à infração 3, que acusa utilização indevida de crédito fiscal transferido, sem a devida comprovação documental, a empresa juntou com a defesa cópias das notas fiscais e alegou que foi feito em conformidade com o art. 116, §3º, c.c. o art. 114-A, § 2º do RICMS/97.

O autuante contestou afirmando que a juntada das notas fiscais de transferências dos saldos credores “*não comprova se de fato havia saldo credor no livro da apuração do remetente*”.

A JJF apreciou na Decisão que a infração é seria nula por acusar utilização indevida de crédito fiscal referente à transferência incorreta de *saldo credor do período anterior*, mas que de acordo com a informação fiscal, o fato é outro: transferência de créditos de outro estabelecimento. E que, tendo sido comprovado à origem dos créditos, decidiu pela improcedência da infração.

Quanto à fundamentação da nulidade, entendo ser incorreta, visto que na descrição dos fatos da mencionada infração, a fiscalização indicou que as cópias do livro RAICMS (fls. 252/261) registram “*transferência saldo crédito... sem a respectiva documentação comprobatória que autorize o lançamento e identifique a origem dos mesmos*”. Logo, conclui se que o sujeito passivo tomou conhecimento com clareza da infração que estava sendo acusado, possibilitando exercer o seu direito de defesa, o que fez, ao apresentar provas na impugnação.

Com relação à apreciação da improcedência da infração, entendo estar correta e não merece reparo, visto que a empresa juntou com a defesa cópia da notas fiscais, demonstrativos indicando o valor dos saldos credores transferidos, identificando o estabelecimento emissor (fls. 733/764) e o crédito fiscal escrito no estabelecimento autuado (fls. 252/261).

Pelo exposto, conforme ressaltado pelo relator, a fiscalização deveria ter exigido à documentação comprobatória durante os trabalhos de auditoria e averiguar a correção dos valores de créditos que foram transferidos de outros estabelecimentos da empresa. Não identifiquei no processo nenhuma intimação nesse sentido.

Os documentos fiscais e demonstrativos apresentados junto com a defesa comprovam a regularidade na transferência dos créditos fiscais e não tendo havido indício ou comprovação de inidoneidade dos documentos fiscais, considero correta a Decisão proferida descharacterizando a infração 3.

Pelo exposto, não dou provimento ao Recurso de Ofício interposto pela 1ª JJF.

Quanto ao Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo, relativo à infração 2, verifico que o recorrente não adentrou ao mérito e reapresentou os mesmos argumentos da impugnação para reforçar o pedido de nulidade que foi acatado pelo relator, cujo voto foi vencido.

Na defesa a empresa alegou que o levantamento quantitativo de estoques (2008/2009) ficou distorcido por não considerar mercadorias que deram entrada com um código e saíram com outro. Também, que não foi considerada saídas decorrentes de furto, extravio e perecimento.

O relator entendeu que havia incerteza na caracterização da infração e votou pela sua nulidade.

Na situação presente, quanto ao argumento de que ocorreu saídas por furto, extravio, perecimento, a 1ª JJF fundamentou que caso isso tivesse ocorrido à empresa deveria identificar e

comprovar estas ocorrências e emitir os documentos fiscais pertinentes. Logo, conforme apreciado na Decisão, não tendo apresentado qualquer documento fiscal/contábil para comprovar o alegado, este argumento de nulidade não pode ser acatado.

Quanto a nulidade requerida por não ter sido feito agrupamento de mercadorias verifico que o voto vencedor fundamentou que o art. 3º, III da Port. 445/98 prevê que no levantamento quantitativo de estoque, as mercadorias devem ser agrupadas “*nos casos em que o contribuinte não especifique com exatidão as mercadorias comercializadas, ou quando uma mercadoria possa ser identificada por mais de uma denominação, ou ainda quando determinada mercadoria comporte vários subgrupos ou diversas referências*”.

Em algumas situações, conforme ressaltado pelo recorrente, o CONSEF tem acolhido o pedido de agrupamento de mercadorias a depender das circunstâncias das ocorrências dos fatos.

Na situação presente, conforme apreciado no voto vencedor, é possível identificar por códigos os produtos que deram entrada e saída e que não podem ser confundidos, a exemplo de ventilador (111565), capacete (110201), fogão (358011). Quanto a esses não restam dúvidas.

Com relação a outros produtos (Cueca/código 111602; 111603); meia (112559), Soutien (285151), Calcinha (313121), bermuda (384782), além de outros (cadeiras, lençóis, fronhas, toalhas, biquínis, shorts, batas, bermudas, vestidos, calças, blusas, blusões, camisetas), verifico que conforme apreciado no voto vencedor, são identificados por códigos e usualmente possuem etiquetas contendo código de barras o que possibilita identificação no momento da entrada e da saída (scanner). Logo, não comportam o agrupamento solicitado pelo sujeito passivo.

Dessa forma, não tendo trazido ao processo qualquer fato novo ou fundamento de direito no Recurso interposto, entendo que conforme apreciado na Decisão ora recorrida, a empresa recebeu cópia do demonstrativo elaborado pela fiscalização indicando as quantidades de mercadorias que compunham os estoques (inicial e final); que deram entrada ou saída consignada em notas fiscais de entrada e de saída, sendo facultado ao recorrente comprovar a improcedência da infração (art. 4º, §4º da Lei 7.014/96).

Logo, entendo que não há incerteza quanto ao cometimento da infração, motivo pelo qual, não acato o pedido de nulidade suscitado e considero correta a Decisão proferida pela 1ª JJF

Posto isso, voto pelo NÃO PROVIMENTO dos Recursos de Ofício e Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade **NÃO PROVER** os Recursos de Ofício e Voluntário apresentados e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 140779.0004/11-7, lavrado contra **CENCOSUD BRASIL COMERCIAL LTDA. (G. BARBOSA)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$479.636,03**, acrescido das multas de 60% sobre R\$111.032,21 e 70% sobre R\$368.603,82, previstas no art. 42, incisos II, “a”, VII, “b” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos demais acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de dezembro de 2013.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – RELATOR

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO-SÉ – REPR. DA PGE/PROFIS