

PROCESSO - A. I. Nº 206951.0003/16-6
RECORRENTE - MATRIZ DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JFJ nº 0089-03/17
ORIGEM - INFAZ VITÓRIA DA CONQUISTA
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 05/03/2018

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C/JF Nº 0010-12/18

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. OMISSÕES DE SAÍDAS TRIBUTÁVEIS. Quanto aos itens descritos como “alhos”, constata-se omissão de saídas de ALHO CHINES, ALHO N 4 , ALHO FRESCO, e omissão de entradas de 54 CX do item considerado apenas como ALHO, que deve ser agrupado pelo critério da Portaria nº 445, reduzindo-se a omissão apontada no lançamento inicial. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATORIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão proferida pela 3ª JFJ – Junta de Julgamento Fiscal (Acórdão de fls. 280/85) que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em referência, lavrado em 15/06/2016, quando foi lançado o valor total de R\$131.130,81, decorrente de 03 itens, tendo sido contestada apenas a infração 3 abaixo descrita:

03 - Falta de Recolhimento do imposto relativo às operações de saída 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, no valor de R\$9.996 no exercício de 2012 e R\$31.110,00 no exercício de 2013, totalizando esta infração em R\$41.106,00.

Após apresentação da defesa (fls.220/235) e da informação fiscal (fls. 238/39), o Auto de Infração foi julgado Procedente em Parte pela 3ª JFJ, conforme voto abaixo, em resumo:

VOTO

No mérito, de acordo com as alegações defensivas, o autuado não impugnou as infrações 01 e 02, tendo apresentado contestação somente em relação à infração 03. Dessa forma, considero procedentes os itens não impugnados, considerando a inexistência de lide a ser decidida. A infração 03 trata da falta de recolhimento do ICMS 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 em exercícios fechados (2012 e 2013). Demonstrativo à fl. 196. Quanto ao exercício de 2012, a autuante acatou a alegação defensiva de que a diferença do levantamento quantitativo resume-se a 1.400 caixas de omissão de saídas no item de código 1.

Tal diferença deve-se ao cômputo em duplicidade da nota fiscal nº 8.506, cuja entrada de 1.400 caixas do produto foi considerada erroneamente no código 1 e, de maneira correta, no código 5. Analisou todo o trabalho e constatou que a diferença apurada no exercício de 2012 realmente não foi confirmada, porque a NF de nº 8506 está lançada duas vezes. Corrigindo esse equívoco, não há diferença. Neste caso, em relação ao exercício de 2012 está elidida a exigência fiscal. Acato as conclusões da autuante, considerando a existência da alegada duplicidade da NF 8506 no levantamento fiscal (fl. 191 do PAF). Sobre o exercício de 2013, o defendente alegou que as 2.800 unidades referentes à omissão de saídas do produto de código 1, foram apuradas em razão do cômputo equivocado das entradas relativas às notas fiscais 1478 e 1629 (fls. 232 e 234), cujo remetente realizou a reentrada e as mercadorias nunca chegaram no estabelecimento do impugnante. Juntou aos autos, além das notas fiscais 1478 e 1629, as de nº 1.665 e 1.664 (fls. 233 e 235), relativas às devoluções.

A autuante informou que foram emitidas as notas fiscais de entrada pela própria empresa remetente da mercadoria quase dois meses após a emissão dos primeiros documentos fiscais, o que causa estranheza. Também estranha porque o impugnante não emitiu nota de devolução, já que o mesmo é inscrito como contribuinte do ICMS. Observo que no caso de devolução de mercadorias, o contribuinte inscrito no cadastro do ICMS emitirá nota fiscal com destaque do imposto, se for o caso, mencionando o motivo da devolução, o

número, a série e a data do documento fiscal originário, e ainda o valor total ou o relativo à parte devolvida, sobre o qual será calculado o imposto, tomando por base de cálculo e alíquota as mesmas consignadas no documento originário (Art. 451 do RICMS-BA/2012). Por outro lado, o contribuinte que receber, em retorno, mercadoria que por qualquer motivo não tiver sido entregue ao destinatário deverá emitir nota fiscal, por ocasião da entrada, com menção dos dados identificativos do documento fiscal originário: número, série, data da emissão e valor da operação (Art. 450 do RICMS-BA/2012). Pelo que consta nos autos, ficou caracterizado que houve retorno das mercadorias, quando a mercadoria não é entregue ao destinatário, o que deve ser comprovado mediante a nota fiscal de entrada emitida pelo remetente. Ou seja, as Notas Fiscais 1.665 e 1.664 (fls. 233 e 235), comprovam que, efetivamente, as mercadorias retornaram ao estabelecimento fornecedor, devendo ser excluídas do levantamento fiscal as notas fiscais 1478 e 1629 (fls. 232 e 234).

O defendente também alegou que o código 12 apresenta 300 unidades de omissão de saídas impropriedades, uma vez que a auditora considerou a nota fiscal nº 27 no código 12, quando o correto é 6, de modo que a exclusão da entrada respectiva anulará a suposta omissão de saída. Afirmou que a mercadoria com o código 14, a omissão é explicada pelo câmpulo equivocado de entradas da nota fiscal nº. 25, cujo código do item é o 5. No código 16, por sua vez, houve consideração equivocada das notas fiscais nº 6216 e 13469, cujas entradas deveriam constar, respectivamente, dos códigos 5 e 6. Disse que foi considerada indevidamente a nota fiscal nº. 16146 no levantamento do código 8, quando seus itens possuem códigos 15 e 9.

Na informação fiscal, a autuante esclareceu que não procedem as alegações defensivas, como pode ser constatado nos documentos cópias anexas. A descrição dos produtos nos documentos está exatamente igual a do demonstrativo "LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ENTRADA fl.197 do PAF. NF nº 25 (fl. 247) item 14 ALHO N.4; NF nº27 (fl. 248) ALHO CHINES; NF nº 6216 (fl. 245) ALHO ARGENTINO, portanto importado item 16; NF 13469 (fl. 246) ALHO FRESCO IMPORTADO (também item 16) precisamente como está no documento Em relação à ocorrência de omissão de saída da mercadoria com o código 8, o defendente alegou que no demonstrativo da auditora foi considerada a nota fiscal nº 16146 (fl. 244), cujos itens são do código 15 e 9, e foi indevidamente computada no levantamento como tendo código 8. Entretanto, a cópia do documento fiscal comprova que se trata da mercadoria AMENDOIM EM GRÃOS.

De acordo com as cópias dos documentos fiscais acostadas aos autos, ficou comprovado que o levantamento fiscal está conforme a descrição das mercadorias, acatando-se a informação da autuante de que a descrição dos produtos nos documentos está exatamente igual a do demonstrativo. Assim, considerando a exclusão do produto de código 1, em razão da comprovação do retorno das mercadorias, o débito relativo ao exercício de 2013 fica reduzido para R\$13.974,00. Infração subsistente em parte. Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

O contribuinte Recorreu a uma das câmaras deste Conselho de Fazenda, alegando as seguintes razões de defesa - que na informação fiscal, o Autuante apontou que não prosperam as alegações a respeito do exercício de 2013; que, em relação ao terceiro e quarto parágrafos da impugnação, o contribuinte lançou as notas fiscais no código correto e, por isso, o valor da infração deve ser reduzido a R\$31.110,00.

Que após as devidas manifestações da Autuante e da Autuada, 3ª Junta de Julgamento Fiscal do CONSEF julgou o auto ora combatido procedente em parte. Do julgamento, restaram procedentes as infrações 1 e 2, não impugnadas pela Autuada, ora Recorrente.

Que quanto à infração 3, acatou as conclusões da Autuante quanto à existência de duplicidade na NF 8506, relativa ao exercício de 2012, e reconheceu a comprovação de retorno das mercadorias relativas às Notas Fiscais nºs 1478 e 1629, excluindo as mercadorias de código 1 e reduzindo o débito para R\$13.974,00. Contudo, acolheu o restante das alegações da Autuante para julgar ainda subsistente parte da infração 03.

Ocorre que, apesar da inquestionável capacidade profissional dos ilustres julgadores, cometeram equívocos na apreciação do *quantum* alegado em relação à infração 3, que restará totalmente improcedente conforme razões expostas a seguir.

Alega que Nota Fiscal de Entrada nº 27, remetida pelo CNPJ 16.721.513/0001-21, apesar da descrição "alho chinês", foi classificada pelo Impugnante como um tipo de alho "genérico" e, por isso, foi lançada em seu sistema com código de produto 6. Isso porque, apesar de o produto vir descrito pelo fornecedor como "alho chinês", segundo os critérios de agrupamento dos itens utilizados pelo Recorrente, não deveria ser tratado dessa forma. A decisão quanto à forma de tratar na saída um produto adquirido de terceiro é do Recorrente, e não da Autuante, que, a partir da descrição posta pelo fornecedor do Recorrente, decide tratar-se do item com código 12.

Que essas divergências quanto à forma como a Autuante classificou os itens adquiridos de terceiros para revenda nos códigos internos do Recorrente, ocorrem e explicam todas as divergências no presente levantamento quantitativo. Deve ser compreendido que todos os produtos são *hortifruti* (alho e amendoim) e que se classificam nos códigos de produtos internos, sob os critérios do Recorrente e em conformidade à forma como apresenta tais mercadorias para revenda diante de seus clientes, não se vinculando às descrições postas nas notas de entrada emitidas por seus fornecedores.

Aduz ainda que o mesmo problema ocorre com as mercadorias da nota fiscal nº. 25, tratada pelo fornecedor como "alho nº. 4", enquanto o Recorrente revende pelo código 5, também referente a um tipo de alho genérico. Mais uma vez, o comerciante recebe as mercadorias de terceiros e classifica-as para controle de estoque no código de saída que melhor expressa a forma como apresenta tais produtos aos seus clientes.

Cita o caso do alho nº. 4, que alega tratar-se de uma classificação do Ministério da Agricultura em conformidade a critérios determinados a serem vistos no produto agrícola. Apesar de o fornecedor entender que o produto remetido ao Recorrente seja o alho nº. 4, o Recorrente, por sua vez, conforme seus critérios, prefere classificar como um "item genérico", por não reconhecer nele, por completo, as características que permitam aos clientes, sem questionamentos, adquiri-los como sendo o "alho nº. 4".

Isso ocorre com outros itens, de modo que o Autuante não pode proceder alterando a forma como o Recorrente classificou os itens adquiridos de terceiros em seus códigos internos. Veja-se que o Recorrente não está tratando notas de "cebola" como "alho", mas notas de "alho nº. x", "alho saco", "alho chinês", como "alho".

Os nobres julgadores devem considerar que o Recorrente não comercializa produtos industrializados, cuja descrição e classificação em códigos internos não lhe dá margens de classificação como ocorre na presente hipótese. Inclusive, pelo fato de os itens serem perfeitamente individualizados e marcados por um código único e padronizado, que é o código de barras EAN.

Que conforme as razões expostas, o auto de infração é manifestamente improcedente, devendo ser considerados, também, os seguintes equívocos: os problemas acima descritos repetem-se em vários outros itens, tais como o código 14, cujas omissões são explicadas pelo cômputo equivocado de entradas da Nota Fiscal nº 25, cujo código do item é o 5. No código 16, por sua vez, houve consideração equivocada das Notas Fiscais nºs 6216 e 13469, cujas entradas deveriam constar, respectivamente, dos códigos 5 e 6, sendo excluídas do levantamento quantitativo relativo ao código 16, como consideradas pela auditora.

Por fim, note-se a ocorrência de omissões no código 8. Neste particular, o demonstrativo da auditora considerou a nota fiscal nº. 16146, cujos itens são de código 15 e 9, e foi indevidamente computada no levantamento como tendo código 8, em que constaram as respectivas omissões de entrada. Frise-se, ainda, que a quantidade apresentada de 130 unidades para a referida nota fiscal não consta no documento.

Em resumo:

- a) no exercício de 2012, a diferença do levantamento quantitativo deve-se ao cômputo em duplicidade da Nota Fiscal nº 8.506, cuja entrada de 1.400 caixas do produto foi considerada erroneamente no código 1 e, de maneira correta, no código 5. Excluindo-se a entrada considerada no código 1, corrige-se o equívoco e não se pode mais falar em omissão de saída;
- b) no exercício de 2013, as 2.800 unidades que constam em omissão de saídas do produto de código 1 devem-se ao cômputo equivocado da entradas relativas às Notas Fiscais nºs 1478 e 1629, sujeitas a reentrada realizada pelo remetente, cujas mercadorias nunca chegaram ao estabelecimento do Impugnante; o código 12 apresenta 300 unidades de omissão de saídas improcedentes, uma vez que o auditor considerou a Nota Fiscal nº 27 no código 12 quando o

correto seria o código 6; o problema se repete com vários outros itens, a exemplo do código 14, cujas omissões são devidas ao câmputo equivocado de entradas da Nota Fiscal nº 25, que têm código 5; no código 16, deveriam constar, na verdade, os códigos 5 e 6 para as Notas Fiscais nºs 6216 e 13469; a omissão de saída da mercadoria com código 8 é devida a equívoco na consideração da Nota Fiscal nº 16146 cujos itens são dos códigos 15 e 9.

Ex positis, requer a Recorrente que seja acolhido o presente recurso, conforme razões expostas, para total improcedência do Auto de Infração nº 206951.0003/16-6 quanto à infração 3.

Requer-se, também, o funcionamento no presente processo administrativo da Procuradoria Fiscal como “*custus legis*”, fiscalizando o perfeito cumprimento da legislação tributária, para enriquecer esta lide, o que certamente poderá fazer com suas sempre judiciosas manifestações.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário, em que o Recorrente inconformado com a decisão de procedência parcial da única infração contestada (item 3), e que foi reduzida no julgamento *a quo*, exonerando totalmente o exercício de 2012, porém remanescendo parte do exercício de 2013, inicialmente com valor lançado de R\$31.110,00, sendo reduzido para o valor final da infração, de R\$13.974,00. Pede no Recurso, pela improcedência desse valor residual.

Analisando-se o demonstrativo original às fls. 196, constata-se que o valor que permanece no lançamento, corresponde ao ALHO CHINES, ALHO Nº 4, ALHO FRESCO IMPORTADO 4%, AMENDOIM EM GRÃOS. Analisando-se o demonstrativo das omissões às fls.205, constata-se que houve apenas omissões de SAÍDAS quanto ao item AMENDOINS EM GRÃOS T de 130 SC, contudo houve omissões de entrada e saída quanto aos itens considerados como ALHO. O primeiro item ALHO com omissão de 2.800 CX foi inteiramente acatado na decisão a quo, sendo mantidas as omissões de saídas de 300 CX de ALHO CHINÊS, 500 cx DE ALHO N 4, 900 Cx DE ALHO IMPORTADO FRESCO 4%.

O Recorrente diz que “*essas divergências quanto à forma como a Autuante classificou os itens adquiridos de terceiros para revenda nos códigos internos do Recorrente ocorrem e explicam todas as divergências no presente levantamento quantitativo. Deve ser compreendido que todos os produtos são hortifruti (alho e amendoim) e que se classificam nos códigos de produtos internos, sob os critérios do Recorrente e em conformidade à forma como apresenta tais mercadorias para revenda diante de seus clientes, não se vinculando às descrições postas nas notas de entrada emitidas por seus fornecedores*” e apresenta diversas explicações acerca das classificações dos produtos, havendo forte evidência de que há mesmo uma inexatidão quanto à classificação das entradas e saídas dos produtos.

Na Portaria nº 445, de 10 de Agosto de 1998, que disciplina o procedimento de levantamento quantitativo de estoque consta o seguinte:

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 a reunir num mesmo item as espécies de mercadorias afins.

Percebe-se pela defesa, que os produtos que constam no levantamento são mercadorias afins, ALHO, ALHO CHINES, ALHO FRESCO, ALHO N 4, AMENDOIM EM GRÃOS DE AMENDOIM EM CASCA 25 KG, e que devem ser agrupados, de forma a se compensar eventuais omissões simultâneas de entrada e saídas constatadas no levantamento. Observando-se o demonstrativo das omissões, constata-se que no caso do item AMENDOIM, há 2 classificações mas, contudo, apenas omissões de saídas de um item, o AMENDOIM EM GRÃOS T, resultando inútil o agrupamento, devendo permanecer o valor encontrado de 130 SC de omissão de saídas, e o correspondente lançamento de R\$3.250,00.

Contudo, quanto aos itens descritos como “alhos”, constata-se omissão de saídas de ALHO CHINES, ALHO N 4 , ALHO FRESCO, e omissão de entradas de 54 CX do item considerado apenas como ALHO, que deve ser agrupado pelo critério da portaria 445, reduzindo-se a omissão apontada no lançamento inicial.

PRODUTO	UNID	OMISSÃO ENTRADAS	OMISSÃO DE SAÍDAS	PREÇO MÉDIO
ALHO CHINÊS	SC	0	300	39,50
ALHO N° 4	SC	0	500	55,00
ALHO FRESCO	SC	0	900	44,00
ALHOS	SC	54	0	26,00
TOTAL		54	1700	
TOTAL OMISSÃO AGRUPADA		1646		

Para efeitos de cálculo do preço médio, adoto o menor valor de preço médio dos itens de saída, já que embora o preço do item ALHOS seja inferior (R\$26,00) tal item sequer foi cobrado no lançamento pois apareceu no levantamento como omissão de entradas, e assim, adoto o preço de R\$39,50 por ser o valor mais baixo entre os preços médios das omissões de saída, conforme cálculo abaixo:

CÁLCULO DO IMPOSTO DEVIDO	
OMISSÃO EM SC	1646
PREÇO MÉDIO MÍNIMO	39,50
TOTAL (R\$)	65.017,00
ICMS ALÍQUOTA 17%	11.052,89

Assim demonstrado, acolho parcialmente o Recurso e reduzo o item 3 de R\$13.974,00 para R\$11.052,89 mantidos os demais valores que não foram objeto deste Recurso.

Face ao exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª 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** o Auto de Infração nº **206951.0003/16-6**, lavrado contra **MATRIZ DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$101.077,70**, acrescido das multas de 60% sobre R\$90.024,81 e 100% sobre R\$11.052,89, previstas no art. 42, incisos II, alíneas “d” e “f” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores já recolhidos via parcelamento.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de janeiro de 2018.

MAURICIO SOUZA PASSOS- PRESIDENTE

ILDEMAR JOSÉ LANDIN – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS