

PROCESSO	- A. I. N° 207162.0002/15-8
RECORRENTE	- AMORA CONFECÇOES LTDA.
RECORRIDAE	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 3ª JJF nº 0211-03/17
ORIGEM	- INFAC VAREJO
PUBLICAÇÃO	- INTERNET 05/10/2018

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0212-11/18

EMENTA: ICMS. 1. APLICAÇÃO DE ALÍQUOTA DIVERSA DA PREVISTA. SAÍDAS DE MERCADORIAS ESCRITURADAS. RECOLHEU A MENOS. Comprovado tratar-se de saídas de perfume. Carga tributária de 27%. Infração subsistente. 2. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. EXERCÍCIO FECHADO. OMISSÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTADAS. Indeferido o pedido de diligência e perícia técnica. Infração devidamente caracterizada. Alegações defensivas não elide a acusação fiscal. Infração subsistente. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso Voluntário apresentado pelo Requerente contra a decisão prolatada pela 3ª JJF, de relação ao Auto de Infração nº 207162.0002/15-8, lavrado em 26/06/2015 referente à cobrança de ICMS no valor de R\$53.875,70, bem como aplicação de multa, pela constatação das seguintes infrações:

Infração 03 - 03.02.02 – Recolheu a menor ICMS em razão da aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Referente ao período de JAN/2013 a MAR/2014 e MAI/2014 a DEZ/2014. Multa aplicada de 60%. No valor de R\$1.508,56;

Infração 05 - 04.05.01 – Falta de recolhimento do imposto relativo às operações de saídas de mercadorias tributadas efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado. Referente ao período de JAN a DEZ/2013 e JAN a DEZ/2014. Multa aplicada de 100%. No valor de R\$44.102,66.

Após analisar a peça defensiva apresentada pelo Recorrente e a Informação prestada pelo autuante, assim se pronunciou a 3ª JJF:

VOTO

Compulsando os autos verifico que o presente processo administrativo fiscal está revestido das formalidades legais exigidas pelo RPAF/99, tendo sido o imposto, a multa e suas respectivas bases de cálculo, evidenciados de acordo com demonstrativos detalhados do débito e com indicação clara do nome, do endereço e da qualificação fiscal do sujeito passivo, além dos dispositivos da legislação infringidos.

De referência a infração 01 cuja acusação fiscal versa sobre recolhimento a menos do ICMS devido a título de antecipação parcial, incidente sobre as aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da federação para fins de comercialização, verifico que a Impugnante reconheceu integralmente o respectivo crédito fiscal lançado no valor de R\$ 6.478,22 (Seis Mil Quatrocentos e Setenta e Oito Reais e Vinte e Dois Centavos). De forma que está afastada da presente demanda.

Relativamente à infração 02 que diz respeito ao recolhimento a menos do ICMS devido por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, incidente nas aquisições de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária e proveniente de outras Unidades da Federação, restou apurado dos autos que o Autuante aquiesceu com a alegação defensiva de que não considerou em suas planilhas de cálculos os créditos fiscais destacado nas notas fiscais dos fornecedores.

Por conseguinte, o Autuante apresentou novas planilhas para corrigir o equívoco, que diz ter denominado

“Demonstrativo da Antecipação Total - 2013, ANEXO III-A”, verificável às fls. 136 a 137 do PAF, tendo afirmado haver contemplando os referidos créditos constantes das respectivas notas fiscais de produtos relacionados no Demonstrativo da Antecipação. Verifiquei que feitas às correções propostas acima, o montante devido no exercício de 2013 passou a ser de R\$185,40 e que o total da Infração 02 passou a ser de R\$ 672,72.

Constatou também que a Impugnante tomou conhecimento da correção do lançamento do crédito fiscal relativo à infração 02 e não se pronunciou a respeito, de modo que voto pela procedência parcial da infração 02 devendo seu débito ser corrigido de R\$ 1.706,80 para R\$ 672,72.

Quanto a infração 03 que refere-se a acusação fiscal de haver a Impugnante recolhido a menos o ICMS em razão da aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, verifiquei que a controvérsia reside na alíquota aplicada para as saídas de mercadorias cuja descrição no documento fiscal de vendas consta “PERFUME UNISEX”; “PERFUME MASC”; “PERFUME FEM”, para os quais a impugnante vinha aplicando a alíquota de 17%, tendo o Autuante entendido que em se tratando de perfume a alíquota do ICMS a ser aplicada seria de 25% cumulada da aplicação da alíquota relativa ao fundo de pobreza de 2%, conforme previsão no Art. 16, inciso II, alínea “h” da Lei 7014/96.

Constatou que a nota fiscal trazida pela defesa confirma sem deixar dúvidas de que a mercadoria objeto da infração 03 é de fato perfume, pois consta no corpo da referida nota fiscal de aquisição às fls. 105 a descrição da mercadoria “PERFUME MASC (29,1%) PUC” cujo NCM está descrito como 3307.20.10, que de fato confere com o código NCM de perfume. Portanto, voto pela procedência da infração 03.

Em relação à infração 04 informou à defesa que a Impugnante reconheceu o débito no valor de R\$ 79,46, devendo, portanto ser afastada da demanda relativa a este Processo Administrativo Fiscal - PAF, e por isso voto pela sua procedência.

Relativamente à Infração 05 que se refere ao levantamento quantitativo de estoque dos exercícios de 2013 e 2014, alegou a defesa que o Autuante ao considerar todo o código do produto para particularizar o levantamento quantitativo de estoques de cada mercadoria, deixou de agrupar as mercadorias semelhantes, e explicou que apenas os quatro primeiros dígitos deveriam ser computados no levantamento quantitativo do estoque, porque os demais dígitos apenas se referem a cor, tamanho, etc., mas não modificam o tipo da mercadoria.

Explica que as diferenças apontadas no levantamento fiscal ocorreram porque, quando recebe mercadorias em devolução de clientes, as adiciona à mesma conta das entradas, porém somente com o registro padrão (quatro dígitos), ainda que no documento fiscal de recebimento da troca, constem os dígitos adicionais de controle interno de estoque, como não poderia ser diferente.

Alegou ainda a defesa que, diante desta diferenciação, a autoridade lançadora considerou que mercadorias devolvidas (dos clientes) seriam itens lançados em conta apartada, não sendo adicionados às entradas do estoque de mercadorias escrituradas sob o mesmo registro padrão (quatro dígitos), o que resultou na suposta falta de compatibilidade entre entradas e saídas, assim como na existência de saldo negativo no estoque.

Neste sentido, diz que juntou aos autos levantamento indicando o “agrupamento de itens das notas fiscais”, com o objetivo de esclarecer as supostas omissões de receita e, dessa forma, fundamentar materialmente a impugnação referente ao item “INFRAÇÃO 5”, da defesa.

Todavia, não posso coadunar com a narrativa da Impugnante, porquanto:

1. a falta de computo de devoluções de vendas de mercadorias repercutiria em omissões de entradas de mercadorias, fato diametralmente oposto ao objeto da lançamento em tela que se ocupa de omissões de saídas de mercadorias, portanto, inclusive, em sendo computadas estas alegadas devoluções de vendas agravaría a acusação fiscal de omissões de saídas;
2. verifiquei da planilha apresentada pelo Autuante que se refere a relação de notas fiscais que fundamentam o resultado de OMISSÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS, denominado “ANEXO - VIII C - LISTA DE NFS DE ENTRADA NAS OMISSÕES DE SAÍDA 2013” e “ANEXO - VIII C - LISTA DE NFS DE ENTRADA NAS OMISSÕES DE SAÍDA 2014”, que, de fato, o autuante utilizou os códigos completos das mercadorias constantes das notas fiscais de devolução, todavia nenhum software poderia fazer diferente, visto que, qualquer um, apenas se basearia nos dados conforme constassem dos arquivos apresentados pela própria Impugnante;
3. o demonstrativo apresentado pela defesa não é suficiente para questionar a atuação pois carece de elementos que comprovem os dados que apresenta. Ou seja, deveria demonstrar as notas fiscais que lhe dariam sustentação e não o fez, o que resulta em seu descrédito, preferencialmente no formato;
4. não consta nenhuma demonstração material de erro de fato constante do farto material probante apresentado pelo Autuante.

De forma que, voto pela procedência da infração 05 em sua integralidade e indefiro o pedido de diligência

requerido, por entender que os elementos constates dos autos são suficientes para convicção desta JJF.

Destarte, concluo pela procedência parcial do presente Auto de Infração, restando como configuração final do respectivo lançamento de crédito tributário o seguinte: Infração 01 PROCEDENTE, valor de R\$6.478,22; Infração 02 reduzida de R\$1.706,80 para R\$ 672,72,(conforme nova planilha às fls. 136 e 137); Infração 03 mantida integralmente no valor de R\$1.508,56; Infração 04, mantida integralmente no valor de R\$79,46; Infração 05 mantida integralmente no valor de R\$44.102,66. Resultando no valor total de R\$52.841,62.

Ciente da decisão proferida pela 3^a JJF, e inconformado, o Requerente apresentou Recurso Voluntário em que apresenta suas razões para desconstituição do que lhe foi imputado.

Inicialmente, aborda a tempestividade da apresentação do seu recurso, com base no que dispõe o artigo 171, do RPAF.

De relação à Infração 3:

O Recorrente alega que o autuante considerou, erroneamente, os produtos que seriam classificados pelo NCM – 33072010, como se do NCM – 33030010, fossem, determinando assim a apuração de recolhimento a menor a título de Antecipação Parcial, tendo em vista que caso se considerasse como enquadrados no NCM – 33072010, a alíquota do ICMS seria de 17% e não de 25%, acrescido de mais 2%, a título do Fundo de Erradicação da Pobreza, quando enquadrados no NCM – 33030010.

Saliente-se que os produtos em foco são, identificados pelo Recorrente, como sendo “*PERFUME UNISEX*”; “*PERFUME MASC*”; “*PERFUME FEM*”, que, conforme nota fiscal anexada ao processo, foi enquadrada no NCM – 33072010.

De relação à Infração 5:

Em suas “Razões de Recurso” aborda a preliminar de nulidade do julgamento feito pela 3^a JJF, em face do indeferimento da diligência solicitada, que comprovaria sua alegação de que em ocorrendo o agrupamento não restariam valores a cobrar a título de omissão de saídas, ou seria em valor substancialmente inferior, afirmado que tal negativa configurou cerceamento de defesa.

Complementando a preliminar de nulidade pretendida afirma o Requerente: “*requer, preliminarmente, que seja declarada a nulidade da decisão e primeira instância, para que, reaberta a instrução, seja deferida a produção da prova pericial requerida.*”.

Adentrando ao mérito do processo, o Requerente afirma não haver a omissão de saídas alegada pelo autuante, ratificando que, conforme demonstrativo apresentado nos autos, fls. 138/143, em que agrupa os itens objeto do levantamento fiscal, tomando por base o Código raiz, busca demonstrar tal afirmativa.

Afirma que a diferença encontrada pelo autuante foi decorrente da desconsideração do praticado por seu fornecedor, Cia. Hering, que, no sentido de identificar a variação de um mesmo item, por cor, tamanho, etc., determinou a aposição de códigos adicionais ao código raiz, citando a título de exemplo:

“*se, hipoteticamente, camisas masculina infantil, cujo código padrão seria “XYZW”, fossem fornecidas em diversos tamanhos e cores ao contribuinte, seriam adicionados ao código padrão dígitos capazes de diferenciar estes tamanhos e cores, da seguinte maneira:*

1. Camisa masculina infantil, cor branca, tamanho “02”, código “XYZW0102”;
2. Camisa masculina infantil, cor preta, tamanho “02”, código “XYZW0202”;
3. Camisa masculina infantil, cor branca, tamanho “03”, código “XYZW0103”;
4. Camisa masculina infantil, cor preta, tamanho “03”, código “XYZW0203”.”

Afirma que, quando ocorreram devoluções por parte de clientes, os itens objeto das devoluções, foram lançados no item definido pelo código raiz, muito embora correspondessem individualmente a itens com códigos secundários, e, que, ao agrupar os itens com códigos secundários ao código raiz, não restaria omissão de saídas, reconhecendo que tal procedimento estaria incorreto, mas que não resulta em diferenças reais dos seus estoques e saídas.

Complementado sua apreciação a respeito desta infração, afirma:

“pede a recorrente que, neste órgão julgador, dê-se provimento ao recurso, levando-se em consideração os argumentos recém descritos para que, com base levantamento indicativo do “agrupamento de itens das notas fiscais”, exclua-se a diferença positiva entre saídas e entradas e o correlato apontamento de omissão de receitas, reformando-se, consequentemente, a decisão de primeira instância para dar provimento à impugnação apresentada.”

Complementando suas razões recursais o Requerente pede *“com arrimo no princípio da boa-fé e no artigo 42, §7º, da LICMS, o cancelamento, por este órgão julgador, o cancelamento ou, subsidiariamente, a redução das penalidades ora impugnadas.*

Por fim, em suas conclusões finais, aponta o Recorrente:

Dadas as considerações constantes desta peça, requer o contribuinte que seja conhecido e provido o recurso para, com base no artigo 156, inciso “IX” do CTN:

1. *preliminarmente, acolher a preliminar de nulidade, declarando-se a nulidade da decisão de primeira instância, diante do indeferimento do requerimento de produção de prova pericial;*
2. *no mérito, reconhecer a improcedência do AI, diante da inexistência de omissão de receitas e de erro na classificação de mercadorias;*
3. *em qualquer caso, acolher o pedido de cancelamento ou de redução das penalidades aplicadas.*

Por fim, requer a juntada da anexa mídia e que lhe seja oportunizada a realização de sustentação oral quando do julgamento do recurso.

VOTO

O processo em foco, decorrente da decisão proferida pela 3ª JJF, conforme Acórdão nº 0211-03/17, em face do reconhecimento pelo Recorrente do julgado de relação às Infrações 1, 2 e 4, resume-se à apreciação das Infrações 3 e 5.

De início afasto a preliminar de nulidade pretendida pelo Recorrente em face de o processo administrativo fiscal estar revestido de todas as formalidades legais exigidas pelo RPAF/99, com o imposto, a multa e suas respectivas bases de cálculo, evidenciados de acordo com demonstrativos detalhados do débito e com indicação clara do nome, do endereço e da qualificação fiscal do sujeito passivo, além dos dispositivos da legislação infringidos, que, inclusive, serviu de base para a defesa inicial e Recurso Voluntário apresentado.

Analisando a infração 03, o Recorrente ao afirmar que os produtos objeto da cobrança do ICMS a título de Antecipação Parcial seriam sujeitos à alíquota de 17%, não lhe cabe razão.

A tipificação dos produtos, segundo a Tabela TIPI ou NCM pressupõe a classificação dos produtos segundo sua composição física e sua destinação.

O Capítulo 33 da TIPI identifica os seguintes produtos: **Óleos essenciais e resinoides; produtos de perfumaria ou de toucador preparados e preparações cosméticas**

Na identificação e descrição dos produtos abrangidos pelo Capítulo estão definidas as **Notas**, que quando tratam das posições 33.03 a 33.07, assim definem:

3.- As posições 33.03 a 33.07 aplicam-se, entre outros, aos produtos, misturados ou não, próprios para serem utilizados como produtos daquelas posições e acondicionados para venda a retalho tendo em vista o seu emprego para aqueles usos, exceto águas destiladas aromáticas e soluções aquosas de óleos essenciais.

4.- Consideram-se “produtos de perfumaria ou de toucador preparados e preparações cosméticas”, na acepção da posição 33.07, entre outros, os seguintes produtos: saquinhos que contenham partes de planta aromática; preparações odoríferas que atuem por combustão; papéis perfumados e papéis impregnados ou revestidos de cosméticos; soluções líquidas para lentes de contato ou para olhos artificiais; pastas (ouates), feltros e falsos tecidos, impregnados, revestidos ou recobertos de perfume ou de cosméticos; produtos de toucador preparados, para animais.

Quando define a identificação dos produtos e sua classificação os grupos 33.03 e 33.07, são assim determinados:

3303.00	Perfumes e águas-de-colônia.
3303.00.10	<i>Perfumes (extratos)</i>
3303.00.20	<i>Águas-de-colônia</i>
33.07	<i>Preparações para barbear (antes, durante ou após), desodorantes (desodorizantes) corporais, preparações para banhos, depilatórios, outros produtos de perfumaria ou de toucador preparados e outras preparações cosméticas, não especificados nem compreendidos noutras posições; desodorantes (desodorizantes) de ambiente, preparados, mesmo não perfumados, mesmo com propriedades desinfetantes.</i>
3307.10.00	- <i>Preparações para barbear (antes, durante ou após)</i>
3307.20	- <i>Desodorantes (desodorizantes) corporais e antiperspirantes</i>
3307.20.10	<i>Líquidos</i>
3307.20.90	<i>Outros</i>
3307.30.00	- <i>Sais perfumados e outras preparações para banhos</i>
3307.4	- <i>Preparações para perfumar ou para desodorizar ambientes, incluindo as preparações odoríferas para cerimônias religiosas:</i>
3307.41.00	-- <i>Agarbate e outras preparações odoríferas que atuem por combustão</i>
3307.49.00	-- <i>Outras</i>
3307.90.00	- <i>Outros</i>
<i>01 - Soluções para lentes de contato ou para olhos artificiais</i>	

Como definido, o fato de o fornecedor classificar um produto enquadrado em um determinado NCM, que não lhe corresponde, em assim fazendo, ensejou o recolhimento a menor dos impostos devidos, sendo que os adquirentes são responsáveis pelo correto enquadramento dos produtos que adquirem para comercialização, não lhes sendo facultado beneficiar-se de erro cometido por seu fornecedor.

Desta forma não procede o pretendido pelo Requerente, devendo ser mantida a decisão proferida pela 3ª JJF.

Analisando a Infração 05, temos a considerar que o levantamento de estoque exercício fechado está disciplinado pela Portaria nº 445, de 10 de agosto de 1998, que dentre os considerados esclarece: *considerando que em tais levantamentos têm ocorrido dificuldades face à diversidade de espécies, denominações e nas diversas situações; unidades de medidas de mercadorias envolvidas e de procedimentos aplicáveis;*

Estabelece a Portaria nº 445/98, ao tratar as dificuldades na apuração de levantamentos de estoques em face da diversidade de determinados itens:

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.

O não atendimento ao pedido de diligência requerido pelo Recorrente ensejou que o mesmo fizesse seu próprio levantamento, apresentado às fls. 107/133, em que demonstra o agrupamento efetuado.

A apresentação de uma planilha em que se discrimina as quantidades de produtos movimentados nos períodos autuados, que o Recorrente afirma ser consequência do agrupamento de itens, sem que indique o detalhamento e a comprovação dos documentos fiscais que lhe deram origem, não pode fazer prova a seu favor.

Em face da não comprovação fática do que afirma o Recorrente na busca de elidir a Infração 5, não reconheço a procedência da sua peça recursal.

Desta forma, após as considerações e análises feitas mantenho a decisão da 3^a JJF no sentido de julgar o Auto de Infração PROCEDENTE EM PARTE, com a seguinte discriminação:

Infração	Valor Reclamado	Valor Remanescente
01	\$ 6.478,22	\$ 6.478,22
02	\$ 1.706,80	\$ 672,72
03	\$ 1.508,56	\$ 1.508,56
04	\$ 79,46	\$ 79,46
05	\$ 44.102,66	\$ 44.102,66
TOTAIS	\$ 53.875,70	\$ 52.841,62

Desta forma voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário apresentado.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração nº 207162.0002/15-8, lavrado contra AMORA CONFECÇÕES LTDA., devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de R\$52.841,62, acrescido das multas de 60% sobre R\$8.738,96 e 100% sobre R\$44.102,66, previstas no art. 42 incisos II, alíneas “d”, “a”, VII, “a” e III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala de Sessões do CONSEF, 16 de agosto de 2018.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

JOSÉ ROSENVALDO EVANGELISTA RIOS – RELATOR

VICENTE OLIVA BURATTO- REPR. DA PGE/PROFIS