

A. I. Nº - 281424.0004/16-9
AUTUADO - BOMPREÇO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA.
AUTUANTE - CARLITO NEVES DE LACERDA JÚNIOR
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 11. 09. 2017

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0144-01/17

EMENTA: ICMS. 1. ALÍQUOTA. ERRO NA APLICAÇÃO NAS SAÍDAS DE MERCADORIAS REGULARMENTE ESCRITURADAS. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Autuado elide parcialmente a autuação ao comprovar que parte das mercadorias arroladas na autuação estava sob o regime de Substituição Tributária. O próprio autuante na Informação Fiscal acatou parcialmente as alegações defensivas e excluiu os valores indevidamente exigidos. Refeitos os cálculos. Reduzido o valor do débito. Infração parcialmente subsistente. **2. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS.** A diferença das quantidades de saídas de mercadorias apurada mediante levantamento quantitativo de estoques constitui comprovação suficiente da realização de operações sem emissão da documentação fiscal exigível. Autuado alegou que o autuante não considerou o índice de perdas normais no processo de comercialização, armazenagem, expedição e distribuição, bem como o índice relativo à devolução dos produtos em face de validade de prazo vencida, deteriorização, contudo, não trouxe qualquer elemento probatório da sua alegação. Alegou, também, que o autuante não observou o agrupamento de mercadorias no levantamento realizado, entretanto, não traz qualquer elemento de prova capaz de confirmar a sua argumentação sobre quais produtos afins deveriam ser agrupados e o não agrupou. Procede a afirmativa do autuante de que em relação a alguns itens, o autuado utilizou códigos diferentes para um mesmo produto, contudo, para estas situações realizou no levantamento agrupamentos, conforme consta nos relatórios que elaborou. Infração subsistente. **3. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA.** Infração caracterizada. Não acolhida a preliminar de nulidade arguida. Indeferido o pedido de realização de diligência/perícia. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 23/11/2016, formaliza a exigência de crédito tributário no valor histórico total de R\$340.276,35, em decorrência do cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado:

1. Recolheu a menos ICMS em razão de aplicação da alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de janeiro a dezembro de 2015, sendo exigido ICMS no valor de R\$93.292,01, acrescido da multa de 60%;

2. Falta de recolhimento do imposto relativo a omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entrada de mercadoria em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias no exercício de 2015, sendo exigido ICMS no valor de R\$242.478,34, acrescido da multa de 100%;

3. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária, nos meses de janeiro a maio, julho a dezembro de 2014, janeiro a dezembro de 2015, sendo exigido ICMS no valor de R\$4.506,00, acrescido da multa de 60%.

O autuado, por intermédio de advogado legalmente constituído, apresentou defesa (fls. 156 a 186). Reporta-se sobre a tempestividade da peça defensiva. Discorre sobre os fatos que ensejaram a autuação. Afirma que a infração 1 é improcedente porque o autuante incluiu mercadorias cuja tributação foi feita pela alíquota correta, tendo desconsiderado o fato dos produtos autuados, por exemplo, estarem sujeitos à substituição tributária ou possuírem redução de base de cálculo, razão pela qual exige uma diferença indevida de ICMS.

Alega que os seguintes produtos estão sujeitos ao regime de substituição tributária:

- Revestimento de piso de borracha e de material têxtil –
- PASSADEIRA 45X110

Diz que segundo o RICMS-BA, os itens acima indicados estão sujeitos ao regime de substituição, nos termos do item 24.25 do Anexo I.

Salienta que o dispositivo é bastante claro quando lista as classificações dos produtos que quer enquadrar no regime de tributação referido, especificando inclusive as subclassificações NCM 5703 - Tapetes e outros revestimentos para pisos (pavimentos), de matérias têxteis, tufados, mesmo confeccionados.

Assevera que não há dúvidas de que os produtos em questão se amoldam perfeitamente aos itens acima, o que se conclui até de maneira intuitiva, posto que se trata, especificamente, de pisos/tapetes para banheiro, feitos de material têxtil e de borracha.

Registra que para ratificar a veracidade da argumentação, colacionou documento fiscal que comprova a classificação do referido produto na NCM 5703, expressamente indicada na legislação de regência, bem como o destaque do imposto por substituição tributária (doc. 03).

Conclusivamente, diz que não é difícil notar que o produto incluído no levantamento realizado pela Fiscalização está livre de tributação na saída, já que a responsabilidade para tanto está a cargo dos estabelecimentos fornecedores.

- Itens de colchoaria:

Sustenta que da mesma forma, o autuante, equivocadamente, entendeu que os produtos ED SONECA SOLTEIRO MICROF e ED MICROFIBRA SONECA QUEEN seriam tributados pela alíquota de 17%, quando, na verdade, tais itens já tiveram seu imposto recolhido pelo contribuinte substituto.

Observa que o item 15.4 do Anexo Único do RICMS/2012 trazia as seguintes mercadorias como sujeitas à sistemática especial de tributação: Protetores de colchões – 9404.9.

Assinala que na NCM 9404.9 consta: Suportes para camas (somiês); colchões, edredões, almofadas, pufes, travesseiros e artigos semelhantes, equipados com molas ou guarnecidos interiormente de quaisquer matérias, compreendendo esses artigos de borracha ou de plásticos, alveolares, mesmo recobertos.

Conclusivamente, diz que, por essa razão, não prospera a exigência fiscal de falta de recolhimento do ICMS, posto que descabida a autuação e tributação à alíquota de 17% para o item acima descrito, devendo ser julgado improcedente o Auto de Infração.

➤ Mochilas:

Afirma que deve ser excluído da autuação o produto a seguir, na medida em que não possui tributação normal, conforme indicado pelo autuante:

MALA TINKERBEL 90765, MALA VINGADORE 90770 - Regime ST (RICMS/BA – Anexo I – item 27.5.

Alega que segundo o RICMS-BA, os itens abaixo indicados estão sujeitos ao regime de substituição, disposta no item 27.5 do Anexo Único:

Maletas e pastas para documentos e de estudante e artefatos semelhantes – 4202.1 e 4202.9.

Afirma que o dispositivo é bastante claro quando lista as classificações dos produtos que quer enquadrar no regime de tributação referido, especificando inclusive as subclassificações: apenas as NCMs 4202.1 e 4202.9, conforme transcrição que apresenta.

Assevera que não há dúvidas de que os produtos em questão se assemelham aos artefatos para estudantes, o que se conclui até de maneira intuitiva, posto que se destinam, especificamente, para acomodação de materiais escolares, além de guardar outros objetos de uso cotidiano de estudantes, em especial de crianças, já que a designação “TINKERBEL” e “VINGADORES” referem-se aos personagens de desenhos animados.

Conclusivamente, diz que o lançamento fiscal deve ser julgado improcedente neste ponto.

➤ Limpeza roupa:

Afirma que segundo o RICMS-BA, o item PAS ROUPA PASS CONFO PUMP 500ml., está sujeito ao regime de substituição, nos termos do item 40.3 do Anexo I, conforme transcrição que apresenta.

Conclusivamente, diz que percebe-se a perfeita subsunção do fato à norma, quando se está diante de ceras e preparações líquidas destinadas à limpeza de roupas, na medida em que o produto autuado é um pulverizador para facilitação ao passar as roupas, deixando-as, limpas e perfumadas.

Conclusivamente, afirma que não há imposto a ser recolhido, devendo ser julgado improcedente o Auto de Infração também neste ponto.

Prosseguindo, reporta-se sobre os produtos com suposto erro na adoção da alíquota de 7%, em vez de 17%, no caso leite do tipo longa vida, composto lácteo e leite em pó.

Observa que a justificativa fiscal para a autuação está no fato de que a legislação estadual (RICMS/2012) só permite a redução da base de cálculo para o leite em pó produzido no Estado a Bahia. Neste sentido, reproduz o art. 268, XXV e XXIX, do RICMS/BA/12.

Consigna que é o caso dos itens LTE PO INT PIRACANJU NAC 800G, COM LAC NESLAC 800GR 800 GR, LEITE DAMARE DES.1L, LT 0 LACTO ITALAC 1L, NINHO 3 PBIO3 FASES 400G, e demais produtos semelhantes que foram autuados.

Sustenta que improcede a limitação imposta pelo Estado da Bahia, por meio de uma carga tributária majorada e diferenciada nas operações interestaduais, posto que viola a vedação constitucional disposta no art. 150, V, e art. 152, da Carta Magna. Invoca a doutrina e jurisprudência para fundamentar o seu entendimento. Consigna que a situação posta pelo Estado já foi objeto de análise do Poder Judiciário, em casos semelhantes ao presente, diferindo apenas em relação ao produto (leite longa vida). O MM

Juiz da 2ª Vara da Fazenda Pública de Salvador, em 25/08/2014, julgou procedente a Ação Anulatória nº 0375591-23.2013.8.05.0001, promovida pelo Wal Mart Brasil Ltda., empresa do mesmo grupo empresarial da Impugnante, contra o Estado que exigia o recolhimento a menor de ICMS em razão de suposto erro na aplicação de alíquota cabível nas saídas do referido produto. Reproduz excertos da decisão. Assinala que, do mesmo modo, recentemente, em setembro/2015, o Juiz da 11ª Vara da Fazenda Pública de Salvador, nos autos dos Embargos à Execução Fiscal nº. 0346138-46.2014.8.05.0001, nos quais a própria Impugnante figura no polo ativo da demanda, decidiu pela impossibilidade da diferenciação de alíquota relativamente ao leite longa vida, entendimento que deve ser aplicado ao presente caso. Reproduz excertos da decisão. Registra que o Tribunal de Justiça da Bahia vem confirmando este entendimento, conforme recente acórdão sobre o tema, em caso idêntico ao presente e que participou como parte (doc. 04). Reproduz. Diz que no mesmo sentido já se posicionou o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Diz ainda que a questão também já foi decidida pelo Superior Tribunal Federal, ou seja, pela inconstitucionalidade do tratamento diferenciado para as operações internas e interestaduais para o mesmo produto. Reproduz.

Sustenta que, desse modo, a improcedência se impõe porque, considerando que o Estado da Bahia confere tratamento diferenciado ao leite produzido fora do Estado, em favor do produzido internamente, afronta aos arts. 1º, 5º, 150, II e V, 155, II, § 2º, XII, “g” e 152, todos da Carta da República, dispositivos hierarquicamente superiores à legislação estadual.

Conclusivamente, afirma que como foram incorretamente questionadas as alíquotas aplicadas em tais produtos, não se pode acolher a exigência fiscal por ser totalmente ilíquida e incerta, devendo o Auto de Infração ser declarado improcedente.

No tocante à infração 2, assevera que não houve omissão de saída, mas sim a inobservância, pelo autuante, que uma mesma mercadoria possa ser identificada por diferentes códigos, ou ainda quando determinada mercadoria comporte vários subgrupos ou diversas referências, prática comum na sua atividade, deve-se fazer o agrupamento de cada item a reunir num mesmo item as espécies de mercadorias afins.

Alega, ainda, que não foi levado em consideração o índice de perdas normais no processo de comercialização, armazenagem, expedição e distribuição da empresa.

Quanto às perdas e quebras inerentes à atividade comercial, diz que ponto significativo da improcedência da autuação é a não consideração das perdas do processo de comercialização da empresa, bem como o índice relativo à devolução dos produtos devido ao prazo de validade vencido, deteriorização, quebras de estoque etc.

Diz que uma constante na vida das empresas é a quantidade de mercadorias que são perdidas em face da produção e comercialização normal, sendo notório que qualquer estabelecimento comercial, no exercício de sua atividade apresenta perdas, muitas delas inerentes a própria atividade e outras tantas excepcionais.

Salienta que tanto é verdade que ABRAS - Associação Brasileira de Supermercados emitiu laudo afirmando a existência de perdas normais no exercício da atividade de supermercados (doc. 05).

Alega que o autuante deixou de considerar a baixa de estoque, em decorrência das perdas normais ocorridas do processo de comercialização e armazenagem dos produtos, não havendo que se falar em omissão de saída, em especial porque não houve operação de circulação jurídica de mercadoria.

Ou seja, o equívoco do autuante consiste em considerar que a diferença do estoque consiste em saídas das mercadorias, que deve ser tributada, quando, na verdade, sobre elas não incidiria qualquer imposto, em decorrência de perdas normais que lhe acometeram.

Consigna que não se pode confundir saídas de mercadorias sem tributação com perdas, ainda que anormais. Se anormal, sobre a perda deve ser exigido o estorno do crédito fiscal, e jamais exigir o

pagamento do ICMS. Razão pela qual não assiste razão ao Fisco em exigir imposto, ou, ainda, o estorno do crédito.

Diz que, além disso, é notória a existência de perdas num processo de comercialização e, conforme preceitua o art. 374, I, do CPC, “não dependem de prova os fatos notórios”. Afirma que, assim sendo, se não carece de prova a existência de perdas, caberia ao Fisco provar que as perdas são anormais ou mesmo que não são perdas. Jamais simplesmente desconsiderar sua existência, inverter o ônus da prova e concluir que, ao contrário de perdas, ocorreram saídas de mercadorias sem a devida tributação.

Sustenta que ao inverter, desconsiderando as baixas de estoque inerentes à comercialização do produto, a Fiscalização distorce a verdade material relativa à sua atividade, fato que torna a infração ilíquida e incerta, devendo ser julgada totalmente improcedente.

Registra que nesse mesmo diapasão concluiu a 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho da Fazenda Estadual da Bahia - CONSEF, reconhecendo que o procedimento de auditoria de estoque deve observar a quebra de peso, as perdas normais e, por conseguinte, que estas não devem ser reconhecidas como omissão de saídas. Reproduz ementas de julgados, bem como excerto do voto no Acórdão JJF Nº. 2112-02/01, evidenciando a necessidade de que seja considerado o índice de perdas normais.

Assinala que o Tribunal Administrativo Tributário de Pernambuco – TATE ao julgar autuação semelhante, concluiu que, equivocadamente, o autuante presume como venda sem nota fiscal (omissão de saída) o montante correspondente a perdas, e julga improcedente a autuação na parcela correspondente as perdas. Reproduz excertos do mencionado julgado.

No mesmo sentido, destaca posicionamento da 1ª Câmara do Conselho de Recursos Fiscais do Estado do Ceará reconhecendo que o procedimento de auditoria de estoque deve observar a quebra de peso, as perdas normais e, por conseguinte, que estas não devem ser reconhecidas como omissão de saídas. Reproduz o julgado.

No que concerne à desconsideração da existência de um mesmo produto com códigos diversos, o que afronta a Portaria nº. 445/98, afirma que o autuante deixou de considerar um fato de extrema relevância na atividade da empresa, no caso a prática normal, na busca de promover a venda de suas mercadorias, de fazer promoções do tipo leve mais e pague menos, embalagens comemorativas, atendimento via máquinas automáticas etc. Em razão desse fato, para controle dos estoques e identificação do produto, utiliza-se diferentes códigos.

Assevera que diante desse quadro o Fisco não poderia presumir omissão de saída de mercadoria pela simples diferença entre as operações de compra e venda, sem analisar os códigos utilizados para identificar a mesma mercadoria quando da entrada e da saída. Ou seja, deixou de verificar que existem códigos diversos para o mesmo produto, os quais deveriam ter sido considerados como um único produto e não vários.

Acrescenta que, além disso, o trabalho realizado despreza as determinações fixadas na Portaria nº. 445, de 10/08/1998, na qual o Secretário da Fazenda determina que nos levantamentos de estoques, em razão da dificuldade face à diversidade de espécies, denominações e unidades de medidas de mercadorias envolvidas, o Auditor Fiscal deve fazer o agrupamento dos itens, reunindo num mesmo item as espécies de mercadorias afins. Reproduz o art. 3º da referida portaria.

Observa que a portaria determina que “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”.

Aduz que o erro do levantamento fiscal que deve ser afastado corresponde exatamente à desobediência do autuante às normas fixas na Portaria nº 445/98. E isso porque o Autuante procedeu a um levantamento de estoque parcial, no qual foram considerados, exclusivamente, os itens que eram convenientes à conclusão pretendida, onde aponta omissões de saída e de entrada.

Alega que as operações, com um mesmo produto, são realizadas com códigos diferentes, dependendo de forma de comercialização/transferência. Assim, requer a realização diligência e/ou perícia.

Conclusivamente, consigna que, por esse motivo improcede a exigência fiscal.

Continuando, diz que mesmo diante da comprovação da insubsistência da exigência fiscal, ainda subsiste mais uma impropriedade, desta vez com relação à multa aplicada no percentual de 60% (Infração 01 e 03) e 100% (Infração 02) sobre o valor principal.

Afirma que duas razões afastam a possibilidade de aplicação de multa em tal patamar: (i) a ausência de comprovação de flagrante intuito de fraude a justificar a aplicação de multa em tela; e (ii) a exorbitância da penalidade aplicada, em violação ao princípio do não-confisco.

Alega que multas aplicadas de modo desproporcional servem única e exclusivamente como medida usurpadora do patrimônio do contribuinte, e não como medida educadora.

Conclusivamente, requer o reconhecimento da improcedência da autuação, no que atine à multa fixada, ou, subsidiariamente, para sua redução a patamar razoável (entre 20% e 30%).

Invoca e reproduz o art. 112 do CTN para afirmar que deve ser levado em consideração também o benefício da dúvida, pois referido dispositivo é claro ao determinar que em caso de dúvida a interpretação da norma jurídica deve favorecer ao contribuinte. Alega que assim também entende os Tribunais Superiores. Reproduz.

Dz que o direito está prenhe de certeza. Mas se alguma dúvida restar, de acordo com a determinação contida no art. 112, do CTN, que se aplique a interpretação mais favorável ao Contribuinte, julgando improcedente o Auto de Infração.

Finaliza a peça defensiva requerendo a nulidade e/ou improcedência da exigência fiscal. Requer, sucessivamente, em não sendo acolhido o pedido anterior, seja reduzida ou mesmo afastada a multa aplicada, em respeito ao princípio da razoabilidade, proporcionalidade e do não confisco. Requer, ainda, que em caso de dúvida se interprete a norma jurídica da forma mais favorável à empresa (art. 112 do CTN). Protesta pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, em especial a juntada aos autos de documentos, bem como a realização de perícia técnica a fim de demonstrar a inexistência das irregularidades apontadas em seu desfavor.

O autuante prestou Informação Fiscal (fls. 257 a 269). Consigna que o impugnante traz questionamentos em relação a alguns produtos da infração 1, que trata de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, nas saídas no ECF.

Explica que separou os produtos entre os quais não concorda com os argumentos defensivos e aqueles que concorda, sendo que, neste último caso, elaborou novos demonstrativos para a referida infração.

No que tange aos produtos que concorda com os argumentos defensivos consigna o seguinte:

- PASSADEIRA 45X110 (fl. 158).

Produto da Substituição Tributária. Item 24.25, do Anexo 1, do RICMS/12.

- MALA TINKERBEL 90765 e MALA VIGADORE 90770 (fls 160 a 161). Produto da Substituição Tributária. Item 27.5, do Anexo 1, do RICMS/12.

Esclarece que em decorrência dessas constatações, os produtos acima referidos foram excluídos e um novo relatório para o exercício de 2015 foi elaborado e anexado às fls. 273 a 286, reduzindo a Infração 1 de R\$ 93.292,01 para R\$ 92.190,92. Registra que este novo relatório com discriminação por produto, detalhado por data, está contido em novo CD-R anexado à fl. 290. Acrescenta que novo Demonstrativo de Débito também foi elaborado e anexado às fls. 270 a 272.

Quanto aos produtos que não concorda consigna o seguinte:

- PAS ROUPA PASS CONFO PUMP 500ml (fl. 161).

Diz que o autuado alega que este produto, que é um facilitador para passar roupas, está enquadrado no item 40.3, do Anexo I, do RICMS/12. Afirma que este entendimento está equivocado, pois o item 40 deste Anexo trata das tintas e vernizes que se encontram sujeitas ao regime de substituição ou antecipação tributária. Sustenta que inquestionavelmente o referido produto não pode estar inserido neste grupamento.

Observa que o facilitador para passar roupas esteve inserido no regime de substituição ou antecipação tributária até 31/01/2015, e pertencia ao item "25.9 - Facilitadores e goma para passar roupa - 3505.1 3506.91.2 3905.12". A partir de 01/02/2015, portanto, o produto passou a sofrer tributação normal.

Ressalta que para dirimir quaisquer dúvidas sobre o assunto basta verificar os DANFEs do fornecedor, no caso Centro Distribuidor da empresa, a exemplo do que acostou às fls. 288 e 289, onde se verifica que os produtos têm tributação normal.

Conclusivamente, diz que no prospera, portanto, o entendimento do autuado. .

- ED SONECA SOLTEIRO MICROF e ED MICROFIBRA SONECA QUEEN (fl. 159).

Consigna que o autuado alega que os referidos produtos (edredons) estão inseridos no item 15.4, do Anexo I, do RICMS/12. Afirma que este entendimento está incorreto. Diz que o Item 15.4 não inclui edredom na sua descrição. Registra que Parecer da DITRI já foi exarado em relação a esta questão (PARECER Nº 22786/2012 DATA: 27/09/2012), e demonstra, literalmente, que edredons e cobre-leitos não estão incluídos no regime de substituição tributária. Reproduz referido Parecer.

Assevera que resta claro que o produto edredom deve possuir tributação normal. Acrescenta que o próprio autuado, inclusive, na grande maioria das vezes, confere esta forma de tributação ao produto, conforme pode-se observar nas cópias dos cupons fiscais que apresenta.

Conclusivamente, diz que é inequívoco, portanto, que o produto em comento deve sofrer tributação normal, estando incorretas as considerações do impugnante.

No que tange ao argumento defensivo referente aos produtos "Leite Tipo Longa Vida", "Leite em Pó" e "Composto Lácteo em Pó", diz que o autuado infringiu o art. 268, incisos XXV e XXIX, do RICMS/2012/BA, que concedem redução de base de cálculo, reduzindo a carga tributária a 7% apenas aos produtos fabricados no Estado da Bahia.

Frisa que o autuado alega que há uma "limitação imposta pelo Estado, por meio de uma carga tributária majorada e diferenciada nas operações interestaduais", o que não condiz com a realidade, pois não há majoração nenhuma na carga tributária, mas sim uma redução de base de cálculo para os produtos que tem sua industrialização realizada no Estado. Salienta que o benefício é estabelecido internamente, e não uma majoração dos produtos que venham de fora do Estado.

Quanto à alegação defensiva de que Constituição não permite a distinção entre produtos internos e de outros Estados, sendo assim inconstitucional tal diferenciação, uma vez que atropela o princípio da isonomia, diz o autuante que não lhe que nem ao Conselho de Fazenda a análise da constitucionalidade do lançamento tributário. Observa que o próprio Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629, em seu artigo 167, inciso I, traz esta vedação, conforme transcrição que apresenta.

Aduz que, assim sendo, resta evidente que para que haja a redução da base de cálculo o produto deve ser fabricado na Bahia. Por ser norma de benefício fiscal, a regra deve ser interpretada de

forma literal, e não deve resultar em dispensa de pagamento de tributo devido, a teor do art. 108, § 2º c/c art. 111, CTN.

Sustenta que, por outro lado, não é o caso de se falar em óbices ao tráfego de mercadorias em função de procedência ou de destino. Registra que este tem sido o reiterado entendimento do CONSEF, conforme esclarece a decisão proferida no Acórdão JJF Nº 0056-05/14 da 5ª Junta de Julgamento Fiscal, conforme transcrição que apresenta.

Assinala que o entendimento do CONSEF está plenamente consolidado em reiteradas decisões sobre este assunto. Menciona, por exemplo, a 2ª Junta de Julgamento Fiscal, em decisão através do Acórdão JJF Nº 0293-02/12, julgando caso idêntico da empresa autuada ratifica o seu entendimento.

Conclusivamente, diz que, dessa forma, não devem ser acolhidos os argumentos defensivos concernentes aos produtos "Leite Tipo Longa Vida", "Leite em Pó" e "Composto Lácteo em Pó".

Relativamente à infração 2, diz que da análise dos argumentos defensivos, verifica-se que, realmente, é notório que os fatores citados como quebras, deterioração, perecimento, dentre outros, de produtos, são fatos relevantes dentro de qualquer estabelecimento, seja ele industrial ou comercial.

Aduz que, também, reveste-se de evidente notoriedade que esses mesmos fatos relevantes devem estar efetivamente registrados na escrita oficial do contribuinte, bem como, estar amparados pela emissão de documentos fiscais, que pudessem se consubstanciar em força probatória dos citados fatos.

Consigna que a legislação do ICMS/BA, ao tratar especificamente do assunto, regulamenta como deve o contribuinte proceder, obrigatoriamente, quando esses eventos, em regra geral, acontecerem. Neste sentido, invoca e reproduz o art. 312, inciso IV, do RICMS/BA/12, Decreto n. 13.780/12. Acrescenta que o RICMS/BA/12, Decreto n. 13.780/12., determina no seu artigo 83, inciso IX, a forma pela qual o contribuinte deve estornar o crédito fiscal das mercadorias mencionadas no inciso IV, artigo 312, acima aduzido.

Salienta que analisando os dispositivos legais supracitados, verifica-se que, no caso dos eventos ali mencionados, deve o contribuinte emitir documento fiscal com o fito de dar baixa no estoque relativo às mercadorias envolvidas nos eventos e estornar ou anular o crédito fiscal correspondente. Afirma que é compulsória, portanto, a emissão de documento fiscal. Assinala que para este fim, existe um CFOP 5927 – “Lançamento efetuado a título de baixa de estoque decorrente de perda, roubo ou deterioração”, e que simplesmente a empresa não faz uso.

Ressalta que esta é a regra geral. Diz que é evidente que existem outros eventos semelhantes que podem acontecer nas empresas que também caracterizam a perda da mercadoria, sendo o caso das “quebras” aduzidas pelo autuado.

Esclarece que a atividade do autuado é a de comércio varejista de mercadorias em geral, com predominância de produtos alimentícios – hipermercado – e que na elaboração do levantamento quantitativo do estoque de mercadorias, objeto desta infração, foram retirados desse levantamento todos os produtos fabricados internamente pelo estabelecimento, bem como, os seus insumos. Acrescenta que, dessa forma, todas as mercadorias como frios, carnes, e os diversos produtos que foram adquiridos pelo autuado para fabricar outros produtos, não entraram nos trabalhos desenvolvidos na fiscalização. Ou seja, somente fazem parte do levantamento mercadorias adquiridas exclusivamente para comercialização.

Observa que no caso da perda dessas mercadorias adquiridas exclusivamente para comercialização, a legislação do ICMS do Estado da Bahia não prevê, portanto, não permite a manutenção do crédito lançado nas suas respectivas entradas. Diz que, assim sendo, deveria o autuado, no caso da existência de perdas, ter procedido à baixa do estoque através do CFOP 5927, conforme já explicitado.

Assevera que é evidente que o autuado não cumpre a legislação neste específico caso. Diz que a prova desta afirmação está no Demonstrativo de fl. 77 que traz todos os CFOPs utilizados pelo autuado em sua escrituração, no qual se verifica, claramente, que na discriminação dos CFOPs de saídas utilizados pela empresa durante o exercício de 2015, não há lançamentos com o CFOP 5927, evidenciando que a empresa não procedeu aos corretos lançamentos, em casos de perdas, quebras, roubo ou extravio e deterioração alegados.

Quanto aos julgamentos invocados pelo impugnante, apresenta as seguintes considerações:

- a) *Não se está aqui defendendo a não observância das perdas de mercadorias em levantamento quantitativo de estoque. O que se pugna neste momento é que para essas perdas serem levadas em consideração elas devem estar efetivamente comprovadas na escrituração e nos documentos oficiais da empresa para conferirem autenticidade ao que se está afirmando, o que não ocorre no presente caso;*
- b) *As decisões tratam de produtos específicos de determinadas atividades que não se coadunam com a atividade da atuada, com exceção da carne (julgamento de fls. 173 e 174), produto este que foi efetivamente retirado do levantamento quantitativo de estoque, conforme já dito anteriormente.*

No que concerne às devoluções, esclarece que todas foram contempladas, já que estas interferem na movimentação dos estoques, tanto que os CFOPs 5202 e 6202 podem ser claramente vistos no Demonstrativo de fl. 77, na parte de CFOPs considerados no levantamento".

Quanto à alegação defensiva de afronta à Portaria nº 445/98, observa que a peça defensiva traz o dispositivo legal, mas não menciona um exemplo sequer que sirva de base para provar que algum item não foi devidamente agrupado, como estabelece o mandamento legal. Ou seja, não traz ao processo um único exemplo de produto que deveria ter sido agrupado e que não fora, mostrando apenas o caráter protelatório da defesa, pois nenhuma prova foi trazida em relação a esta alegação.

Assinala que não obstante a falta de evidências da defesa, a empresa utiliza codificação e descrição específicas para a maioria de seus produtos, estando assim fora da previsão do dispositivo acima, pois o mesmo apenas deve ser utilizado quando não se especificar com exatidão suas mercadorias comercializadas.

Explica que para os itens em que a empresa utilizou códigos diferentes para produtos com a mesma descrição, foram realizados os agrupamentos constantes do Demonstrativo de fls. 53 a 55 "Omiss. saída apurada mediante levant. quant. de estoques - Lista de grupos de estoques" (demonstrativo completo no DVD-R anexo à pág. 141) por se tratarem do mesmo produto. Consigna que se percebe então que o impugnante não observou que os agrupamentos devidos foram efetivamente realizados. Em relação aos demais itens não se aplica o agrupamento por não serem afins, estando corretamente discriminados e codificados, não tendo relação com a observação do inciso III do art. 3º da Portaria 445/98, já transcrito.

Destaca, ainda, que o autuado é uma empresa de grande porte do Segmento Supermercados, no que é de conhecimento geral sua informatização em termos de codificação de produtos e automatização no momento do *checkout* quando do registro dos produtos no Equipamento Emissor de Cupom Fiscal – ECF, não havendo assim solidez nesta alegação.

Quanto à argumentação defensiva atinente às multas, salienta que estas têm previsão na Lei n. 7.014/96, conforme detalhamento que apresenta abaixo:

- artigo 42, inciso II, alínea “a”, da Lei 7.014/96 (INFRAÇÃO 01);

- artigo 42, inciso III, da Lei 7.014/96 (INFRAÇÃO 02);
- artigo 42, inciso VII, alínea “a”, da Lei 7.014/96 (INFRAÇÃO 03);

Ressalta que não há previsão legal que autorize a não aplicação ou a redução pleiteada, e falece competência ao autuante para se pronunciar a respeito da ilegalidade ou inconstitucionalidade da mencionada lei. Assim, por haver norma legal em vigor e com eficácia plena não se pode atender a solicitação do impugnante.

Relativamente a pretensão defensiva de aplicação da interpretação mais favorável ao contribuinte caso haja dúvida na interpretação da norma, manifesta o entendimento de que, não há como prosperar a aplicação desse princípio, uma vez que não existem dúvidas quanto às infrações imputadas, nos termos do artigo 112 do CTN.

Finaliza a peça informativa opinando pela procedência do Auto de Infração, com exceção dos valores já admitidos como indevidos..

O autuado cientificado da Informação Fiscal se manifestou (fls.294 a 300). Consigna que ao prestar a devida Informação Fiscal o autuante excluiu apenas os itens “PASSADEIRA 45X110” e “MALA TINKERBEL 90765 e MALA VIGADORE 90770” e pugnou pela manutenção do restante da autuação.

Afirma, no entanto, que a manutenção dos argumentos apresentados pela fiscalização, não merecem prosperar, pelos fundamentos que apresenta. Reitera em todos os seus termos os argumentos apresentados na peça de Defesa inicial quanto a esta infração 1, relativamente aos produtos mantidos pelo autuante.

Finaliza a Manifestação reiterando todos os pedidos formulados na Defesa inicial, em especial o julgamento pela improcedência do Auto de Infração, tendo em vista as razões referidas, que demonstram a fragilidade da acusação fiscal, posto que se encontra em perfeita harmonia com a legislação vigente, bem como por todas as demais razões trazidas à colação.

O autuante se pronunciou sobre a Manifestação do autuado (fls.303 a 305). Observa que em relação à infração 1, o autuado somente reitera seus argumentos aduzindo que os produtos ED SONECA SOLTEIRO MICROF, ED MICROFIBRA SONECA QUEEN e PAS ROUPA PASS CONFO PUMP 500ml estariam sujeitos ao regime de substituição tributária. Reitera que este entendimento é um equívoco, conforme já foi explanado e provado através de documentos fiscais e parecer da DITRI na 1ª Informação fiscal, especificamente em fls. 259 a 262. Afirma que os referidos produtos devem sofrer tributação normal, sendo incorretas as argumentações defensivas.

Consigna que o autuado também reitera as suas alegações anteriores pertinentes à inconstitucionalidade da legislação interna que concede redução de base de cálculo na saída dos produtos "Leite Tipo Longa Vida", "Leite em Pó" e "Composto Lácteo em Pó", reduzindo a carga tributária a 7% apenas aos produtos fabricados no Estado da Bahia.

Salienta que todos os argumentos referentes a essa matéria já foram amplamente discutidos na 1ª Informação Fiscal, especificamente às fls. 262 a 264, onde se demonstrou, entre outros fundamentos, a incompetência dos órgãos julgadores administrativos para declarar a inconstitucionalidade de normas que tratam do assunto.

Quanto à infração 2, diz que o autuado não tece qualquer alegação sobre os argumentos trazidos aos autos na 1ª Informação Fiscal.

Finaliza opinando pela procedência do Auto de Infração, com exceção dos valores já admitidos como indevidos na 1ª Informação Fiscal.

VOTO

Inicialmente, no que concerne à arguição de nulidade do lançamento de ofício, não acolho a pretensão defensiva, haja vista que inexistiu qualquer das hipóteses de nulidade do lançamento,

previstas no art. 18, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 6.297/99.

Quanto à revisão fiscal (diligência/perícia), observo que o autuado nada trouxe em termos valorativos ou quantitativos que pudesse suscitar a possibilidade de realização do trabalho revisional pretendido, razão pela qual indefiro o pedido, com fulcro no art. 147, I, “a”, “b” II, “a”, do RPAF/99.

No mérito, relativamente à infração 1, verifico que o impugnante alega que na Informação Fiscal o autuante acatou a argumentação defensiva apenas quanto aos produtos PASSADEIRA 45X110” e “MALA TINKERBEL 90765 e MALA VIGADORE 90770” e manteve os demais produtos objeto de impugnação, no caso PAS ROUPA PASS CONFO PUMP 500ml e . ED SONECA SOLTEIRO MICROF e ED MICROFIBRA SONECA QUEEN.

Considero que a exclusão feita pelo autuante se apresenta correta, assim como a manutenção dos produtos acima referidos também se apresenta correta. Os esclarecimentos prestados pelo autuante estão de acordo com a legislação do ICMS e os elementos acostados aos autos.

No tocante à alegação defensiva atinente ao leite longa vida, leite em pó e composto lácteo, cabe as seguintes observações:

- leite longa vida fabricado em outra unidade da federação deve ser tributado pela alíquota de 17%, haja vista que a redução prevista no inciso XXIX do art. 267 do RICMS/12 somente se aplica aos fabricados no Estado da Bahia;

- leite em pó teve, a partir de janeiro de 2014, a aplicação da redução de base de cálculo prevista no inciso XXV do art. 268 do RICMS/BA/12, Decreto n. 13.780/12, restringida aos fabricados neste Estado. Assim sendo, fica mantida a exigência fiscal sobre a diferença da alíquota nas saídas em que foram aplicadas indevidamente a redução de base de cálculo sobre o leite em pó não fabricado neste Estado;

- composto lácteo, a partir de janeiro de 2014, a redução sobre o composto lácteo ficou restringida àqueles produtos fabricados neste Estado, conforme Decreto nº 14.898/13, que deu nova redação ao inciso XXV do art. 268 do RICMS/BA/12, Decreto nº 13.780/12.

Diante disso, considero correto o resultado apresentado pelo autuante na Informação Fiscal, sendo, desse modo, parcialmente subsistente a infração 1 no valor do ICMS devido de R\$92.190,92.

No respeitante à infração 02, verifico que o autuado apenas suscitou a realização de diligência/perícia - cuja análise já foi feita acima com o indeferimento de pedido - contudo, não trouxe qualquer elemento comprobatório da necessidade de atendimento de sua solicitação.

No que tange a alegação defensiva de que o autuante não considerou o índice de perdas normais no processo de comercialização, armazenagem, expedição e distribuição, bem como o índice relativo à devolução dos produtos em face de validade de prazo vencida, deteriorização, etc, verifico que o autuado apenas alegou, contudo, não trouxe qualquer elemento probatório da sua alegação.

Quanto à argumentação defensiva atinente ao agrupamento de mercadorias não observado no levantamento, constato que também assiste razão ao autuante quando diz que o autuado apenas transcreve o dispositivo da Portaria 445/98, referente à sua afirmação, entretanto, não traz qualquer elemento de prova capaz de confirmar a sua argumentação sobre quais produtos afins deveriam ser agrupados e não o foram.

Relevante o registro feito pelo autuante, no sentido de que em relação a alguns itens, o contribuinte utilizou códigos diferentes para um mesmo produto, contudo, para estas situações realizou no levantamento agrupamentos, conforme consta nos relatórios de fls. .

Diante disso, a infração é procedente.

Relativamente à infração 3, constato que o autuado não impugnou objetivamente, confirmando o

seu silêncio a veracidade da acusação fiscal, consoante o art. 140 do RPAF/99. Infração subsistente.

No que concerne à argumentação defensiva atinente ao caráter confiscatório da multa, observo que as multas aplicadas têm previsão no art. 42, da Lei nº 7.014/96, falecendo competência a este órgão julgador administrativo para apreciar questões de inconstitucionalidade de ato normativo. Quanto ao pedido de redução ou cancelamento, é certo que por se tratar de multa por descumprimento de obrigação principal a competência para apreciação é da Câmara Superior deste CONSEF.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **281424.0004/16-9**, lavrado contra **BOMPREGO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$339.175,26**, acrescido das multas de 60% sobre R\$ 96.696,92 e 100% sobre R\$242.478,34, previstas no art. 42, II, “a”, VII, “a” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos devidos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de agosto de 2017.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

MARCELO MATTEDI E SILVA - JULGADOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ - JULGADOR