

PROCESSO - A. I. N° 281424.0004/16-9
RECORRENTE - BOMPREÇO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0144-01/17
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 01/11/2018

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0239-11/18

EMENTA: ICMS. 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. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a decisão de piso que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 23/11/2016, o qual formaliza a exigência de crédito tributário no valor histórico total de R\$340.276,35, em decorrência do cometimento das seguintes infrações:

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%;

Após a devida instrução processual, a 1^a Junta de Julgamento Fiscal decidiu pela Procedência Parcial pelos seguintes argumentos abaixo transcritos:

VOTO

Inicialmente, no que concerne à arguição de nulidade do lançamento de ofício, não acolho a pretensão defensiva, haja vista que inocorre 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 constitucionalidade 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.

Irresignado, o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário objetivando a reapreciação da decisão de piso, sob os argumentos a seguir:

Inicialmente atesta a tempestividade da peça recursal e faz um breve relato dos fatos que ensejaram a autuação.

Quanto a infração 1, no pertinente aos produtos sujeitos à substituição tributária, resumiu sua defesa nos seguintes tópicos:

- itens de colchoaria:

Alega que 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.

Informa que o item 15.4 do anexo único do RICMS/12 trazia “protetores de colchões – 9404.9”, sendo a NCM relativa a: “*Suportes para camas (somiês); colchões, edredões, almofadas, pufes, travesseiros e artigos semelhantes, equipados com molas ou garnecidos interiormente de quaisquer matérias, compreendendo esses artigos de borracha ou de plásticos, alveolares, mesmo recobertos.*”

Por essa razão defende a inexigência 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 ora impugnado.

- limpeza roupa

Aduz que o item o PAS ROUPA PASS CONFO PUMP 500ml, está sujeito ao regime de substituição, nos termos do item 40.3 do Anexo I.

Quanto aos produtos com suposto erro na adoção da alíquota 7%, ao invés de 17%, explica que, em relação ao leite longa vida, improcede a limitação imposta pelo Estado, 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.

Deste modo, defende que o benefício concedido ao leite longa vida produzido neste Estado (da Bahia) deve se estender também aos demais Estados, atribuindo-se tratamento igualitário aos produtos beneficiados independentemente da procedência.

No pertinente à infração 2, a qual versa sobre levantamento quantitativo de estoque - 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 mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, afirma que:

Primeiro, no levantamento de estoque as perdas devem ser consideradas; segundo, ao Autuante caberia a discussão do índice de perdas normais, jamais simplesmente desconsiderar sua existência; terceiro, sobre as perdas, não pode ser presumida a omissão de saídas, no máximo a exigência do estorno do crédito; e quarto, as perdas não são exclusividade da atividade comercial, ocorrerá no transporte, na armazenagem, na exposição dos produtos ao cliente etc.

E mais, defende que não se pode confundir vendas sem notas fiscais com perdas, ainda que anormais. Se anormal, sobre a perda deve ser exigido o estorno do crédito fiscal, jamais acusar a Recorrente de omissão de saídas.

Afirma, ainda, que houve desconsideração da existência de um mesmo produto com códigos diversos, em total afronta à Portaria nº 445/98.

Ademais, discorre sobre a exorbitância da multa aplicada e, por fim, requer: 1) o reconhecimento e declaração/decretação da improcedência do crédito tributário de parte remanescente da infração 1 e a totalidade da Infração 2, diante da impropriade da exigência fiscal; 2) Sucessivamente, a Recorrente pede, 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; 3) Requer, outrossim, que em caso de dúvida se interprete a norma jurídica da forma mais favorável à Recorrente (art. 112 do CTN) e 4) Protesta a Recorrente pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário em relação aos valores remanescentes da autuação.

Na infração 1, os itens combatidos pela recorrente são: edredons (ED SONECA SOLTEIRO MICROF e ED MICROFIBRA SONECA QUEEN) e facilitadores de passar roupas (PAS ROUPA PASS CONFO PUMP 500ml).

Quanto aos edredons, afirma que o item 15.4 do anexo único do RICMS/12 trazia “protetores de colchões – 9404.9”, sendo a NCM relativa a: “*Suportes para camas (somiês); colchões, edredões, almofadas, pufes, travesseiros e artigos semelhantes, equipados com molas ou garnecidos interiormente de quaisquer matérias, compreendendo esses artigos de borracha ou de plásticos, alveolares, mesmo recobertos.*”

Todavia, como bem salientado pelo próprio autuante em sede de informação fiscal, o item edredom não se encontra descrito no item 15.4, conforme entendimento exposto, inclusive, no Parecer DITRI 22786/2012. Ademais, compulsando os cupons fiscais apresentados pela fiscalização (fl. 261), a própria recorrente dá tratamento de tributação normal a estes itens, reconhecendo, tacitamente, que não fazem jus a redução suscitada.

Em relação aos facilitadores de passar, conforme demonstrou o agente fiscal, tais itens estiveram na substituição tributária até 31/01/2015, no item “25.9 – Facilitadores e goma para passar roupa – 3505.1 3506.91.2 3905.12”, sendo que a partir de 01/02/2015 passou a sofrer tributação normal.

Os produtos elencados no item 40 do anexo único do RICMS/12 dizem respeito a tintas e vernizes, sendo improcedentes as alegações trazidas pelo recorrente.

No pertinente ao item “leite longa vida” produzido em outro Estado, não cabe o entendimento do Recorrente.

A Recorrente defende tratar-se de hipótese de redução da base de cálculo, prevista no art. 268, inciso XXIX do RICMS/12 (vigente à época dos fatos geradores). Vejamos o disposto na norma, grifado por esta relatora:

“Art. 268. É reduzida a base de cálculo:

...
XXIX - das operações internas com leite de gado tipo longa vida (esterilizado), fabricado neste Estado, de forma que a carga tributária incidente na operação corresponda ao percentual de 7% (sete por cento);
...”

Conforme observado de forma clara na norma em apreço, o benefício fiscal exige o requisito de que o leite tenha sido fabricado no Estado da Bahia.

A Recorrente, todavia, defende que tal redução deve ser aplicada também nas operações relativas ao “leite longa vida” produzidos em outros estados da federação, sendo tal condicionante (redução apenas para os produtos fabricados no Estado da Bahia) uma afronta ao Princípio Constitucional da “vedação ao estabelecimento de diferença tributária entre bens, em razão da procedência ou do seu destino”.

Saliento que, em conformidade com o disposto no art. 167, incisos I e III do RPAF/99, não se inclui na competência desse colegiado a apreciação de alegação de constitucionalidade da norma, sendo-lhe vedado negar aplicação a ato normativo (de qualquer natureza) emanado de autoridade superior. É o que se observa do artigo supramencionado abaixo colacionado, por mim grifado:

“Art. 167. Não se incluem na competência dos órgãos julgadores:

I - a declaração de constitucionalidade;

...
III - a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior."

Na infração 02 que trata do levantamento quantitativo realizado, a empresa alega que não foram consideradas as perdas e quebras inerentes à atividade comercial nos trabalhos realizados, tendo a fiscalização agido em desconformidade com a legislação estadual.

Ocorre que, conforme determina o art. 312 do RICMS/12, ao contribuinte cabe registrar em sua escrita contábil as perdas, deteriorações, quebras, etc., bem como emitir documento fiscal de tais situações para dar baixa em seu estoque e estornar ou anular o crédito fiscal correspondente.

Em que pese tenha apontado tais situações, o recorrente não trouxe nenhum elemento probatório que pudesse comprovar as alegações trazidas.

Assim também agiu o contribuinte no pertinente à afirmação de que não foram realizados os devidos agrupamentos de mercadorias, conforme determina a Portaria nº 445/98.

A recorrente, em nenhum momento, aponta quais itens deveriam sofrer agrupamento ou os itens que não foram agrupados pela autuação, incorrendo em alegações genéricas.

Ademais, o autuante pontuou que a empresa utiliza codificação e descrição específicas para a maioria de seus produtos, não fazendo sentido a alusão ao art. 3º, III da precitada Portaria, eis que o mesmo só pode ser invocado quando não se especifique, com exatidão, as mercadorias comercializadas.

Por tais razões, mantenho a infração nos moldes da decisão da Junta de Julgamento Fiscal pela manutenção integral da infração 2.

Sobre cancelamento ou redução da multa imposta e seu caráter exorbitante, tendo em vista que esta instância de julgamento não possui competência para decidir sobre pedido de redução ou cancelamento de penalidade por descumprimento de obrigação principal (art. 158, do RPAF/BA), deixo de apreciá-la.

Em relação a pretensão do contribuinte de aplicar a decisão mais favorável ao contribuinte (art. 112 do CTN), o mesmo não tem aplicabilidade no caso em comento, uma vez que inexistem dúvidas em relação a matéria.

Assim, pelo exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 281424.0004/16-9, lavrado contra **BOMPREÇO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total 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, incisos II, "a", VII, "a" e III da Lei nº 7.014/96, e dos devidos acréscimos legais, devendo ser homologado o valor recolhido.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de setembro de 2018.

FERNANDO ANTÔNIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

LAÍS DE CARVALHO SILVA - RELATORA

VICENTE OLIVA BURATTO - REPR. DA PGE/PROFIS