

PROCESSO - A. I. N° 269197.0001/12-9
RECORRENTE - ATACADÃO DISTRIBUIÇÃO, COMÉRCIO E INDÚSTRIA LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0255-01/12
ORIGEM - IFEP – DAT/SUL
INTERNET - 04.07.2013

3ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0249-13/13

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO. APLICAÇÃO DE MULTA PERCENTUAL. Exclusão dos valores referentes às mercadorias ave de codornas. Assiste razão ao sujeito passivo, pois a NCM 02.07 e também a 01.05 enquadradas pelo fisco e acatadas em Primeira Instância são específicas para galos, perus, patos, gansos e galinha d'angola. Entende, então, que a codorna deve ser classificada de forma geral, em outras carnes e miudezas comestíveis congeladas, não estando sujeita a substituição tributária do artigo 353, inciso II, item “9”, do RICMS-BA/97, de acordo com a indicação NCM 0208.90.00. Modificada a Decisão recorrida. Infração parcialmente caracterizada. 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. Infração caracterizada. Mantida a Decisão. 3. CRÉDITO INDEVIDO. MERCADORIAS SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Entende que a codorna deve ser classificada de forma geral, em outras carnes e miudezas comestíveis congeladas estando de acordo com a indicação NCM citado. Redução do débito quanto à ave de codornas. Infração parcialmente caracterizada. Modificada a Decisão recorrida. Rejeitadas as alegações de nulidade. Recurso PARCIALMENTE PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de Recurso Voluntário, em razão da Decisão proferida pela 1ª JJF, constante no Acórdão nº 0255-01/12, que concluiu pela Procedência do Auto de Infração, lavrado em 19/03/2012, em razão de quatro irregularidades, das quais o Recorrente se insurge das três primeiras:

INFRAÇÃO 1. Falta de recolhimento de ICMS que deveria ter sido pago por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, relativo a mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, devidamente registrada na escrita fiscal e com saída posterior tributada normalmente. Período: junho a dezembro de 2010. Multa: 60%;

INFRAÇÃO 2. 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. Período: Exercício fechado de 2010. Valor: R\$ 9.366,54. Multa: 100%;

INFRAÇÃO 3. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por antecipação tributária. Período: junho a dezembro de 2010. Valor: R\$ 2.800,82. Multa: 60%;

Após análise dos argumentos delineados pelo Autuado e pelo fiscal Autuante, a 1^a JJJ proferiu a Decisão transcrita abaixo (fls. 144/150):

Preliminarmente, o autuado suscitou a nulidade do lançamento de ofício por inobservância do princípio da legalidade. Argui que o Auto de Infração não foi lavrado no local da ocorrência das infrações, impedindo-lhe de se fazer representar durante a ação fiscal. Diz que não foram cumpridas as determinações contidas nos artigos 108, I, e 196, do CTN.

Verifico que Auto de Infração em exame foi lavrado em estrita observância aos dispositivos legais aplicáveis, não havendo a alegada inobservância do princípio da legalidade. O autuante descreveu as infrações de forma clara, elaborou demonstrativos que auxiliam o entendimento das acusações e a apuração dos valores exigidos. Não houve qualquer violação ao princípio da legalidade ou de qualquer outro princípio aplicável à constituição do crédito tributário, tendo o direito de defesa sido exercido em sua plenitude.

Não há qualquer irregularidade no fato de ter sido o presente Auto de Infração lavrado na repartição fazendária, pois, nos termos do §1º do artigo 39 do RPAF-BA, “O Auto de Infração será lavrado no estabelecimento do infrator, na repartição fazendária ou no local onde se verificar ou apurar a infração”.

Quanto à representação do sujeito passivo durante a ação fiscal, esse argumento também não se sustenta, já que o caso em análise trata de lançamento tributário de ofício, no qual cabe à autoridade administrativa verificar a ocorrência do fato gerador, apurar a base de cálculo do tributo, o montante devido e indicar a multa cabível. Ao contribuinte cabe efetuar o pagamento do crédito tributário ou, sendo o caso, impugnar a exigência fiscal consoante previsto na legislação tributária.

No mérito, quanto à Infração 1, o autuado assevera que a exigência fiscal não procede quanto às mercadorias “CAPA AUTOMOTIVA (AUTOM. CAPA P/CARRO AUTO FACIL – NCM 6307.90.10)”, “CAPA PARA VOLANTE – NCM 3926.90.90” e “AVE CODORNA (RF. AVE CODORNA CONG. 1x1 3KG – NCM 0208.90.00)”, pois não estão enquadrados no regime de substituição tributária.

Certamente não pode prosperar tal argumentação defensiva, haja vista que sendo o Estado da Bahia signatário do Protocolo 41/08, nas aquisições de peças automotivas indicadas no anexo único do Protocolo 41/08, oriundas de um dos Estados signatários, caberá ao remetente efetuar a substituição tributária, recolhendo o ICMS para o Estado da Bahia, através de GNRE, que acompanhará a Nota Fiscal, ou no dia 09 do mês subsequente, caso tenha inscrição de substituto tributário (ST) na Bahia.

Contudo, cabe-me consignar que as referidas mercadorias também estão enquadradas no regime de substituição tributária pela legislação interna, consoante previsto no art. 353, inciso II, item 30, do RICMS-BA/97, cuja redação atual, dada através da alteração nº 102 (Decreto nº 11089, de 30/05/08, DOE de 31/05/08 a 01/06/08), efeitos a partir de 01/06/08, assim dispõe:

"Art. 353. São responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos por substituição, devendo fazer a retenção do imposto, nas operações de saídas internas que efetuar, para fins de antecipação do tributo relativo à operação ou operações subsequentes a serem realizadas pelos adquirentes neste Estado:

(...)

II - o contribuinte alienante, neste Estado, das mercadorias abaixo relacionadas, exceto na hipótese de já tê-las recebido com o imposto antecipado:

(...)

30 - peças, componentes e acessórios para uso em veículos automotores;"

Desse modo, no âmbito do Estado da Bahia, todas as mercadorias caracterizadas como peças, componentes e acessórios para uso em veículos automotores, estão enquadradas no regime de substituição tributária. Ou seja, tratando-se de aquisições interestaduais de peças, componentes e acessórios para uso em veículos automotores, mesmo que não indicadas no Protocolo 41/08, estão sujeitas à substituição tributária, por força da legislação interna, no caso, o art. 353, inciso II, item 30, do RICMS-BA/97, acima aduzido.

Diante disso, as capas para volante de automóvel e as capas para veículos são acessórios automotivos e, portanto, estão incluídas no regime de substituição tributária, não merecendo qualquer reparo a autuação quanto a estes itens de mercadorias.

Quanto à ave codorna, constato que a autuação também, se apresenta correta, pois tal mercadoria se enquadra na posição 0207, como outras aves abatidas e, assim, está elencada no artigo 353, inciso II, item “9”, do RICMS-BA/97.

Portanto, uma vez comprovado que as mercadorias arroladas na autuação estavam enquadradas no regime de substituição tributária e que o autuado não efetuou o pagamento do ICMS referente às operações subsequentes,

porém efetuou a operação de saída com a tributação normal, é cabível a multa equivalente a 60% do valor do imposto não recolhido no momento previsto na legislação, conforme apontado no Auto de Infração em lide.

Dianete do exposto, a Infração 01 subsiste integralmente.

A Infração 02 trata de falta de pagamento de imposto, tendo sido a irregularidade apurada por meio de levantamento quantitativo de estoques. Em sua defesa, o autuado afirma que o autuante não adotou os procedimentos previstos na Portaria 445/98, tendo sido aplicada linearmente a alíquota de 17%.

Esses argumentos defensivos não se sustentam, pois, ao contrário do afirmado na defesa, o levantamento quantitativo foi realizado em conformidade com a Portaria 445/98, tendo sido o imposto apurado com a aplicação da alíquota correspondente às mercadorias incluída no levantamento quantitativo. Uma análise dos demonstrativos de fls. 25 a 56 deixa claro que não houve a suposta aplicação linear da alíquota de 17%, conforme foi alegado na defesa. Do mesmo modo, comprova que não houve exigência de imposto sobre omissão de saída de mercadoria isenta ou com o imposto pago por substituição tributária.

O demonstrativo de fls. 57 a 64 atesta que o preço unitário médio foi apurado, o que afasta o argumento defensivo de que o autuante não tinha calculado esse dado.

Considerando que os argumentos defensivos não se mostram capazes de elidir a omissão de operações de saídas, resta comprovada a ocorrência de operações de saídas de mercadorias sem o respectivo documento fiscal. Salienta que 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.

Quanto à Infração 03, a qual se refere à utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$2.800,82, referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária, observo que o autuado reconheceu como devido o valor de R\$530,52 e impugnou o restante da exigência fiscal sob o argumento de que a mercadoria, "CAPA AUTOMOTIVA (AUTOM. CAPA P/CARRO AUTO FACIL – NCM 6307.90.10)", não faz parte do Protocolo ICMS 41/2008, e que a mercadoria "AVE CODORNA (RF. AVE CODORNA CONG. 1x1 3KG – BCM 0208.90.00)", não está inclusa no art. 353, II, "9", do RICMS-BA/97.

No caso dessa infração aplica-se integralmente o que foi dito na análise da infração 01, ou seja, todas as mercadorias caracterizadas como peças, componentes e acessórios para uso em veículos automotores, estão enquadradas no regime de substituição tributária, seja por força do Protocolo nº 41/08, seja por força da legislação interna, no caso, o art. 353, inciso II, item 30, do RICMS-BA/97. Quanto à ave codorna, se enquadra na posição 0207, como outras aves abatidas e, desse modo, está elencada no artigo 353, inciso II, item "9", do RICMS-BA/97.

Dessa forma, a infração 03 é integralmente subsistente.

No que tange à infração 04, observo que foi reconhecida como procedente pelo autuado, portanto, inexistindo lide quanto a esse item do lançamento. Infração subsistente.

Em relação à arguição de desproporcionalidade, de caráter confiscatório e de constitucionalidade das multas, saliento que as penas indicadas no Auto de Infração são as previstas no artigo 42, da Lei nº 7.014/96, para as infrações que foram imputadas ao autuado, não cabendo a este órgão julgador administrativo a apreciação questões relacionadas à constitucionalidade da legislação tributária estadual, a teor do disposto no art. 167, I, do RPAF-BA. Ressalto que o autuado pode, caso assim deseje, ingressar com pedido para redução ou dispensa de multa por descumprimento da obrigação tributária principal, dirigido à Câmara Superior deste CONSEF, nos termos do artigo 159 do RPAF/99, inexistindo previsão normativa para sua apreciação nesta instância de julgamento administrativo fiscal, motivo pelo qual não o analiso.

A aplicação da taxa SELIC no cálculo dos acréscimos moratórios incidentes sobre o débito tributário está em conformidade com o disposto no art. 102, §2º, II, da Lei Estadual nº 3.956/81 (COTEB), com as alterações introduzidas pela Lei nº 7.753/00, fugindo à competência deste colegiado a apreciação da constitucionalidade desses dispositivos legais, a teor do disposto no art. 167, inc. I, do RPAF-BA.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, devendo ser homologados os valores efetivamente recolhidos.

Inconformado com a Decisão proferida em primeira instância, interpõe o Autuado Recurso Voluntário, com o objetivo de que seja julgado improcedente o presente PAF.

Invoca o princípio da legalidade para sustentar que o auto é nulo por ter sido lavrado com base em decreto e não em Lei.

No mérito, quanto à infração 3, defende que as mercadorias listadas abaixo não estão sujeitas ao regime de substituição tributária:

- “CAPA AUTOMOTIVA (AUTOM. CAPA P/CARRO AUTO FACIL - NCM 6307.90.10)” e “CAPA PARA VOLANTE - NCM 3926.90.90” não fazem parte dos Protocolos nºs 41/08 e 97/10, que dispõem sobre a substituição tributária nas operações interestaduais com autopeças;
- “AVE CODORNA (RF. AVE CODORNA CONG. 1x1 3KG - NCM 0208.90.00)” não está incluso no art. 353, II, “9”, do RICMS-BA/97.

Afirma que, como são mercadorias sujeitas ao regime normal de tributação, o crédito fiscal foi aproveitado na escrita fiscal de forma regular.

Cita a ementa do Acórdão JJF Nº 0116-04/12, por entender tratar de processo idêntico e que a 4ª Junta julgou que os produtos “CAPA AUTOMOTIVA” e “CAPA PARA VOLANTE” não estão sujeitos ao regime da substituição tributária.

Diz que o entendimento do CONSEF é de que os referidos produtos sejam excluídos do levantamento fiscal por falta de acordo ou protocolo que preveja a substituição tributária. Transcreve a ementa do Acórdão JJF Nº 0146-03/03.

No que tange a Infração 1, argui que as mercadorias elencadas acima, por serem sujeitas ao regime normal de apuração, a operação de saída é tributada normalmente. Entende que a obrigação acessória deve seguir a mesma sorte da obrigação principal e pelo exposto, não caberia a multa indicada na autuação.

Referente a Infração 2, diz que o autuante deixou de lhe fornecer elementos suficientes para se determinar com segurança a infração.

Copia os mesmos argumentos trazidos em sede de defesa no sentido de que o autuante não adotou os procedimentos previstos na Portaria nº 445/98, a qual dispõe sobre o alcance dos procedimentos na realização de levantamentos quantitativos de estoques por espécie de mercadorias; não relata a composição da base de cálculo do imposto e aplica de forma linear a alíquota interna de 17%, sem considerar as diversas situações tributárias das mercadorias comercializadas.

Informa que forneceu à fiscalização os livros contábeis e fiscais e os arquivos magnéticos, por conseguinte, a suposta omissão de saídas e a apuração do imposto que ora se exige é descabida, sem amparo legal e sem prova material.

Transcreve o Acórdão JJF Nº 0234-03/12, para servir de paradigma e levar a uma revisão fiscal em razão do descumprimento da Portaria nº. 445/98.

Discorre sobre o princípio da não cumulatividade do direito tributário.

Assevera que inexistiu ilegalidade em seus procedimentos, de modo que a autuação em parte é improcedente, o que sustenta afastar a aplicação de qualquer multa. Eventualmente, prosperando a autuação, considera que há uma inadequada capitulação da multa. Informa que não foi considerada a natureza tributária da multa e o seu consequente aspecto de proporcionalidade entre o dano e o resarcimento. Cita artigo da Constituição que diz que é vedado aos entes federativos utilizar tributo, com efeito, de confisco.

Por fim, argumenta que é inconstitucional a aplicação da taxa SELIC para fins tributários, incita que nada adianta a esfera administrativa insistir nessa aplicação, pois é inconstitucional e ilegal.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra o Acórdão nº 0255-01/12, prolatado pela 1ª JJF, que julgou procedente o presente Auto de Infração, em razão de quatro irregularidades, das quais o Recorrente se insurge quanto às três primeiras: falta de recolhimento de ICMS que deveria ter sido pago por antecipação tributária, relativo a mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária; 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 e utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por antecipação tributária.

Rejeito a argumentação de que o Auto de Infração contraria o princípio da legalidade tendo em vista que as infrações imputadas têm previsão expressa no RICMS/97, encontrando-se definido o autuado, os montantes e os fatos geradores dos débitos tributários reclamados. Especificadamente nessa questão, o art. 19 do RPAF/99, é expresso nesse sentido, a saber: “*A indicação de dispositivo regulamentar equivale a menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente, não implicando nulidade o erro da indicação, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal.*” Noto que o Auto de Infração trás não só as disposições contidas no RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, mas também a Lei nº 7.014/96, que fundamenta esse imposto no Estado da Bahia.

Considerarei em conjunto as infrações 1 e 3, que se referem, respectivamente, a falta de recolhimento de ICMS que deveria ter sido pago por antecipação tributária, relativo a mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária e utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por antecipação tributária.

Toda celeuma gira em torno de verificar se as mercadorias objeto da autuação estão ou não sujeitas ao regime da substituição tributária.

Os Protocolos ICMS 41/08 e 97/10, que dispõem sobre a substituição tributária nas operações interestaduais com peças, partes, componentes, acessórios, realizadas entre contribuintes situados nas unidades federadas que celebraram este protocolo, do qual a Bahia é signatária, atribuíram ao remetente, na qualidade de sujeito passivo por substituição, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS, relativo às operações subsequentes.

A NCM que o Recorrente informa como de Capa Automotiva, nº. 6307.90.10, realmente não está nos protocolos citados, e nem poderia, haja vista que o capítulo 63 trata-se de outros artefatos têxteis confeccionados; sortidos; artefatos de matérias têxteis, calçados, chapéus e artefatos de uso semelhante, usados; trapos, conforme tabela abaixo:

63.07	Outros artefatos confeccionados, incluindo os moldes para vestuário.
6307.10.00	- Rodilhas, esfregões, panos de prato ou de cozinha, flanelas e artefatos de limpeza semelhantes
6307.20.00	- Cintos e coletes salva-vidas
6307.90	- Outros
6307.90.10	- De falso tecido

Do mesmo modo a NCM3926.90.90, não pode ser indicada para capa para volante, pois o capítulo 39 é de Plásticos e suas obras, mediante tabela abaixo:

39.26	Outras obras de plásticos e obras de outras matérias das posições 39.01 a 39.14.
3926.90.90	Outras
	Ex 01 - Forma para fabricação de calçados
	Ex 02 - Máscara de proteção
	Ex 03 - Revestimento para canais de irrigação, de PVC flexível ou semelhante, com ilhos para fixação no solo
	Ex 04 - Cinto, colete, bôia e equipamento semelhante de salvamento
	Ex 05 - Brincos e pulseiras para identificação de animais
	Ex 06 - Cabos para ferramentas, utensílios e aparelhos
	Ex 07 - Parafusos e porcas
	Ex 08 - Recipiente com serpentina e depósito para gelo, próprio para gelar bebidas
	Ex 09 - Leques e ventarolas
	Ex 10 - Bolsas para coleta de sangue e seus componentes e bolsas de diálise peritoneal (infusão e drenagem)
	Ex 11 - Kits para aférese

Assim, o que deve ser considerado não é a NCM indicada na nota fiscal e sim a descrição da mercadoria. Pela descrição, percebe-se claramente que os produtos capa automotiva e capa para volante fazem parte do anexo dos Protocolos ICMS 41/08 e 97/10, por serem acessórios automotivos e, portanto, estão incluídas no regime de substituição tributária.

Ademais, vale observar que, conforme bem pontuou a JJF, as referidas mercadorias também estão enquadradas no regime de substituição tributária pela legislação interna, consoante previsto no art. 353, inciso II, item 30, do RICMS-BA/97,*in verbis*:

“Art. 353. São responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos por substituição, devendo fazer a retenção do imposto, nas operações de saídas internas que efetuar, para fins de

antecipação do tributo relativo à operação ou operações subsequentes a serem realizadas pelos adquirentes neste Estado:

(...)

II - o contribuinte alienante, neste Estado, das mercadorias abaixo relacionadas, exceto na hipótese de já tê-las recebido com o imposto antecipado:

(...)

30 - peças, componentes e acessórios para uso em veículos automotores;"

Assim sendo, não há como acolher a tese defensiva de que as suas mercadorias não estariam abrangidas pela norma tributária que determina a sujeição passiva por substituição, relativamente a operações interestaduais realizadas pelo Recorrente com contribuinte localizado no Estado da Bahia.

Quanto ao produto ave codorna congelada o Recorrente, indica o NCM 0208.90.00:

02.08	Outras carnes e miudezas comestíveis, frescas, refrigeradas ou congeladas.
0208.10.00	- De coelhos ou de lebres
0208.30.00	- De primatas
0208.40.00	- De baleias, golfinhos e botos (mamíferos da ordem dos cetáceos); de peixes-boi (manatins) e dugongos (mamíferos da ordem dos sirênios); de otárias e focas, leões-marinhos e morsas (mamíferos da subordem dos pinípedes)
0208.50.00	- De répteis (incluindo as serpentes e as tartarugas marinhas)
0208.60.00	- De camelos e de outros camelídeos (<i>Camelidae</i>)
0208.90.00	- Outras

Por outro lado, o autuante em sua informação fiscal diz que enquadrou a ave de codorna na NCM 02.07 porque ela faz parte da posição 01.05, assim descritas:

02.07	Carnes e miudezas, comestíveis, frescas, refrigeradas ou congeladas, das aves da posição 01.05.
01.05	Galos, galinhas, patos, gansos, perus, peruas e galinhas-d'angola (pintadas), das espécies domésticas, vivos.

Vejo que nesse aspecto, assiste razão ao Recorrente. O NCM 02.07 e também o 01.05 enquadrado pelo autuante e acatado pela JJJ é específico para galos, perus, patos, gansos e galinha d'angola. Como não houve menção a codorna, nem a expressão “outros”, entendo que a codorna deve ser classificada de forma geral, em outras carnes e miudezas comestíveis congeladas, não estando sujeita a substituição tributária do artigo 353, inciso II, item “9”, do RICMS-BA/97.

Do exposto, reforço parcialmente as infrações 1 e 3, para excluir do levantamento os valores referentes à mercadoria ave de codorna, subsistindo o débito da seguinte forma:

INFRAÇÃO 01			
Data Ocorr. (a)	Valor A.I. (b)	Exclusões (c)	Valor Devido d (b-c)
30.06.10	191,31	0,00	191,31
31.07.10	287,16	3,56	283,60
31.08.10	483,61	26,73	456,88
30.09.10	71,75	20,82	50,93
31.10.10	224,36	41,65	182,71
30.11.10	3,01	0,00	3,01
31.12.10	297,31	0,00	297,31
Valor Remanescente para a Infração 01			1.465,75

INFRAÇÃO 03			
Data Ocorr. (a)	Valor A.I. (b)	Exclusões (c)	Valor Devido d (b-c)
30.06.10	121,45	0,00	121,45
31.07.10	254,77	59,40	195,37
31.08.10	954,64	445,47	509,17
30.09.10	410,22	347,08	63,14
31.10.10	815,36	700,87	114,49
30.11.10	13,54	0,00	13,54
31.12.10	230,84	0,00	230,84
Valor Remanescente para a Infração 03			1.248,00

No que tange a infração 2, as alegações trazidas no Recurso não são suficientes para elidir a infração. Observo que o Recorrente em nada inova em relação aos argumentos apresentados em

sede do Recurso Voluntário, na medida em que, repete todas as arguições da impugnação inicial, que foram corretamente enfrentadas e afastadas pela 1^a Junta de Julgamento Fiscal.

O levantamento quantitativo foi efetuado em consonância com a Portaria nº 445/98 e pelos demonstrativos colacionados aos autos não resta dúvida que inexiste aplicação linear da alíquota de 17%, bem como não houve exigência de imposto sobre omissão de saída de mercadoria isenta ou com o imposto pago por substituição tributária.

O RPAF/BA no art. 123, garante ao sujeito passivo tributário o direito de impugnar o lançamento decorrente de ação fiscal, com supedâneo em provas, documentos, levantamentos e demonstrativos, que entenda necessários à comprovação das suas alegações.

Ocorre que, no caso presente, o recorrente nada trouxe ao processo que comprovasse suas alegações, configurando-se a presunção de veracidade da imputação, pois a mera negativa do cometimento da infração ou alegações desacompanhadas de provas documentais se apresentam como insuficientes para desautorizar a legitimidade da autuação fiscal, segundo estabelece o art. 143 do RPAF/BA, nesse diapasão não desonerando o autuado da responsabilidade pelo pagamento do imposto.

A arguição de que as multas aplicadas têm caráter confiscatório não subsiste. O art. 150, IV, da CF, veda aos entes federativos a utilização do tributo, com efeito, de confisco. Sabe-se que a multa por infração tributária consiste em sanção a ato ilícito, razão pela qual não está sujeita ao princípio da vedação ao confisco, que abarca somente os tributos.

Ademais, não se pode falar em multas confiscatórias também pelo fato delas serem legalmente previstas para as infrações apuradas, com disposição expressa no artigo 42, II, III, VII, da Lei nº 7.014/96.

Afasto a alegação de constitucionalidade da taxa SELIC constante na peça recursal, em razão deste órgão colegiado não ter competência para declarar constitucionalidade, consoante art. 167, I, do RPAF.

Em assim sendo, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, para reformar, em parte, a Decisão recorrida nos termos acima exarados, devendo ser homologados dos valores efetivamente recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3^a 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 269197.0001/12-9, lavrado contra **ATACADÃO DISTRIBUIÇÃO, COMÉRCIO E INDÚSTRIA LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$25.280,16**, acrescido das multas de 100% sobre R\$9.366,54 e 60% sobre R\$15.913,62, previstas no art. 42, incisos III, II, “a” e VI, “a”, da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 10.847/07, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$1.465,75**, prevista no inciso II, “d”, do artigo e Lei acima referidos, com os acréscimos moratórios na forma prevista pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados dos valores efetivamente recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de junho de 2013.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

RAISA CATARINA OLIVEIRA ALVES FERNANDES – RELATORA

MARIA OLÍVIA TEIXEIRA DE ALMEIDA – REPR. DA PGE/PROFIS