

PROCESSO	- A. I. Nº 269191.0018/12-2
RECORRENTE	- ATACADÃO DISTRIBUIÇÃO, COMÉRCIO E INDÚSTRIA LTDA. (O ATACADÃO)
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0065-02/14
ORIGEM	- IFEP - DAT/SUL
INTERNET	- 16/09/2014

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0273-12/14

EMENTA: ICMS. LIVROS E DOCUMENTOS FISCAIS. OPERAÇÃO TRIBUTADA TIDA COMO NÃO TRIBUTADA. Exigência parcialmente subsistente, após exclusão dos valores lançados como “Outros Débitos” no Livro de Apuração. Rejeitada a preliminar de ilegalidade. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo contra a Decisão da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração, lavrado em razão do cometimento de duas infrações, das quais apenas a 02, abaixo transcrita, foi objeto de razões recursais:

Infração 2 – Deixou de recolher ICMS, no valor de R\$18.154,26, em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, apuradas a partir dos lançamentos de ECF – Emissor de Cupom Fiscal, no exercício de 2010, conforme demonstrado às fls. 22 a 34 do PAF.

Inconformado com a Decisão de primeiro grau, o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário, argumentando, em sede preliminar que o a cobrança por conter equívocos não possui respaldo legal. Apresenta como base de sua alegação o artigo 5º da Constituição Federal, que estabelece que “*Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*”.

Invoca o artigo 97, V do CTN, que reafirma o dispositivo constitucional e consagra o direito penal, “*onde nulla poena sine lege*”, para ao final, concluir sua preliminar requerendo que o Auto de Infração, na parte que lhe é desfavorável, inexista e não surta nenhum efeito no mundo jurídico.

No mérito, informa inicialmente, que do valor de R\$ 4.730,58, crédito tributário estabelecido no acórdão recorrido, reconhece de: R\$ 1.112,81, referente à infração 1; e de R\$ 367,71, referente à infração 2.

Alega que prosperando a Decisão recorrida, o Estado da Bahia estará obrigando o sujeito passivo a recolher o ICMS no valor de R\$ 1.357,63 em duplicidade, com multa de 60% e acréscimos legais.

Ressalta, em relação ao mérito, que conforme informado na defesa, no mês de outubro de 2010 ocorreu um problema inesperado no sistema de apuração do ICMS da empresa relacionado com alguns produtos listados na planilha que anexa, totalizando o valor do imposto de R\$ 1.768,58.

Prossegue dizendo que a solução encontrada pelo contribuinte foi apurar o valor devido do imposto e efetivar o recolhimento do ICMS de acordo com a apuração que se extrai da planilha colacionada.

Explica que o referido fato foi lançado a débito do imposto no livro Registro de Apuração do ICMS, na Linha ICMS sobre vendas e coluna auxiliar, com o valor de R\$ 1.768,58. Afirma que utilizou da planilha do aujuante para confrontar com a planilha apurada à época, e com isso demonstrar que os valores que ora se exige estão compostos na mesma, bem como imposto devido recolhido dentro do prazo regulamentar.

Sustenta que o valor de R\$ 1.768,58, que integra o levantamento fiscal em debate, deve ser excluído da imposição fiscal, considerando que este foi recolhido com o imposto do mês de outubro de 2010 no montante de R\$ 171.543,60, conforme se depreende dos documentos colacionados aos autos, nova planilha e cópia do RAICMS anexada.

Aduz que, no caso de manutenção da imposição fiscal, é imprescindível que exclua do levantamento fiscal o valor de R\$ 1.357,63, levando-se em conta que este valor faz parte da relação de produtos transcrita em seu Recurso Voluntário e sua manutenção representaria cobrança de imposto em duplidade, o que é reprovado pela legislação tributária.

Argui que inexistiu ilegalidade no procedimento adotado pelo contribuinte, de modo que a autuação em parte é improcedente, e por isso afasta a aplicação de qualquer multa ou penalidade.

Anota que pelo caráter da eventualidade, sendo mantida a cobrança, foi inadequada a capitulação da multa aplicável, já que a multa é das mais graves previstas na legislação e inaplicável ao caso.

Diz que se deixou de considerar a natureza tributária da multa, e seu consequente aspecto da proporcionalidade entre o dano e o ressarcimento. Cita, sob esse aspecto, a doutrina de Sacha Calmon Navarro e o art. 150 da Constituição Federal.

Expõe que é abusiva a aplicação da taxa de juros baseada na SELIC, e que a aplicação desta como taxa de juros tem sofrido fortes revezes no Judiciário, por ser inconstitucional e por ser inaplicável para fins tributários. Traz como exemplo a Decisão da 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, no Resp nº. 215.881/PR (DJU 19/06/2000).

Conclui que não adianta a esfera administrativa insistir na aplicação da taxa de juros baseada na SELIC, face a inconstitucionalidade e ilegalidade da aplicação da SELIC. Solicita que na eventualidade de manutenção da procedência da autuação, que sejam excluídos os juros e as multas aplicadas.

Por fim, requer a reforma da Decisão recorrida para julgar procedente em parte o Auto de Infração, para em consequência excluir do lançamento o imposto levantado no valor de R\$ 1.357,63, a fim de que reste os créditos tributários de R\$ 1.112,81, referente à infração 1 e o valor de R\$ 367,71, referente à infração 2.

VOTO

Preliminarmente à análise do mérito, constato que o Recorrente alega que o lançamento possui vício de legalidade, entretanto, não apresenta qualquer indicação de onde ou de que forma esta se verificou.

Desta forma, tendo em vista que o lançamento foi realizado em obediência a todos os procedimentos estabelecidos pelo Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia e, com aplicação dos dispositivos de hipótese de incidência, alíquotas e base de cálculo, previstos na Lei n.º 7.014/96, nenhum vício de ilegalidade nele se vislumbra, de forma que não há como ser acolhida a preliminar suscitada.

Quanto ao mérito, da análise do Recurso de Recorrente depreende-se que a parcela incontroversa é de R\$ 1.357,63, uma vez que:

- 1) a JJF reduziu o valor do auto de R\$ 31.749,66 para R\$ 4.730,58, não tendo esta Decisão sido objeto de Recurso de Ofício, face à dispensa contida no art. 3º do Decreto nº 13.997/12;
- 2) em seu Recurso Voluntário o recorrente reconhece como devida a parcela de R\$ 3.372,75, insurgindo-se apenas quanto ao lançamento no valor de R\$ 1.357,63.

Dos autos se verifica que o recorrente alega que, devido a problemas ocorridos em seu sistema de informação alguns itens deixaram de ser adequadamente tributados, sendo necessário proceder ao lançamento de ajuste devedor, na coluna “Outros Débitos” de seu livro de apuração,

no valor de R\$ 1.768,58.

Estes mesmos itens, por não apresentarem tributação na saída, foram incluídos no levantamento laborado pelo autuante, resultando em duplicidade de tributação.

Como forma de verificar a similitude entre os valores lançados e aqueles autuados procedi ao confronto entre ambos, na forma exemplificada a seguir:

DADOS LANÇADOS PELO AUTUANTE							DADOS LANÇADOS PELO RECORRENTE				ICMS Lançado em Outros Débitos	Diferença
Cod.Reg.ECF	Mês	Produto	Descrição	Qtde	VI.Prod	Aliq	ICMS Devido	Código	Descrição			
82943	10	23879802	ABRIDOR GARRAFA INOX 3113 VIEL 1x1 1UND	3,00	6,87	17	1,17	23875	ABRIDOR GARRAFA INOX VIEL 3113	1,16	0,01	
85741	10	31934924	ACENDEDOR FIAT LUX BASTAO 1x1 10UND	1,00	3,90	17	0,66	31934	ACENDEDOR FIAT LUX BASTAO	0,66	0,00	
83780	10	26037985	ACHOC.PO NESCAU 2.0 1x1 400GS	5,00	17,25	17	2,93	26037	ACHOC.PO NESCAU 2.0	2,93	0,00	
81796	10	20074911	ACHOC.PO NESCAU EMB.3702 1x1 200G	3,00	7,05	17	1,20	20074	ACHOC.PO NESCAU ACTIGEN LATA 3702	1,20	- 0,00	
86331	10	33158986	ACHOC.PO TODDY SACHE 1x1 300G	1,00	2,19	17	0,37	33158	ACHOC.PO TODDY SACHE	0,37	0,00	
81109	10	17798833	ADOCANTE ASSUGRIN SACAR I.U. 1x1 100ML	1,00	1,45	17	0,25	17798	ADOCANTE ASSUGRIN SACAR I.U.	0,24	0,01	
85790	10	32168966	ALICATE REBITADOR C/REBITES 1x1 1UND	1,00	14,90	17	2,53	32168	ALICATE REBITADOR C/REBITES	2,53	0,00	
79862	10	14475937	ALUM.ADES KIDS CHOCOLATE TP 1x1 200ML	2,00	2,58	17	0,44	14475	ALUM.ADES KIDS CHOCOLATE TP	0,43	0,01	
81322	10	18579958	ALUM.ADES VITAMINA BANANA TP 1x1 200ML	1,00	1,25	17	0,21	18579	ALUM.ADES VITAMINA BANANA CALTP	0,20	0,01	
85729	10	31928984	ALUM.SUPRA SOY S/LACTOSE CHOCOLATE 1x1 300G	1,00	13,90	17	2,36	31928	ALUM.SUPRA SOY S/LACTOSE CHOC.	2,36	0,00	
84644	10	28438994	ALUM.YOKI MAIS VITA LARANJA 1x1 1L	2,00	5,30	17	0,90	28438	ALUM.YOKI MAIS VITA LARANJA TP-10	0,90	0,00	
84639	10	28436973	ALUM.YOKI MAIS VITA MACA 1x1 1L	1,00	2,65	17	0,45	28436	ALUM.YOKI MAIS VITA MACA TP-1068	0,45	0,00	
80326	10	15594923	ALUM.YOKI MAIS VITA MILHO VTP-1248 1x1 1L	1,00	2,65	17	0,45	15594	ALUM.YOKI MAIS VITA MILHO VTP-12	0,45	0,00	
83921	10	26490986	ALUM.YOKI MAIS VITA MORANGO 1x1 1L	1,00	2,65	17	0,45	26490	ALUM.YOKI MAIS VITA MORANGO TP-10	0,45	0,00	
83916	10	26488989	ALUM.YOKI MAIS VITA ORIGINAL 1x1 1L	5,00	13,25	17	2,25	26488	ALUM.YOKI MAIS VITA ORIGINAL TP-1066	2,25	0,00	
83913	10	26487929	ALUM.YOKI MAIS VITA UVA 1x1 1L	4,00	10,00	17	1,70	26487	ALUM.YOKI MAIS VITA UVA TP-1067	1,70	-	
79214	10	12610951	MAIZENA 3173 1x1 500G	1,00	3,40	17	0,58	12610	AMIDO MILHO MAIZENA	0,57	0,01	
79218	10	12616913	MAIZENA 3174 1x1 200G	1,00	1,69	17	0,29	12616	AMIDO MILHO MAIZENA	0,28	0,01	
80093	10	15012934	ASSAD.QUAD.GD.C/TAMPA 2.6L NADIR 65 1x1 1UND	1,00	13,90	17	2,36	15012	ASSAD.NADIR C/TPA.QUAD.2.6L6513	2,35	0,01	
79196	10	12572954	AVEIA YOKI FLOCOS FINOS 068 1x1 250G	2,00	3,10	17	0,53	12572	AVEIA YOKI FLOCOS FINOS-663	0,52	0,01	
78793	10	11519902	AZEITE OLIVA FAISAO REAL EX.VIRG.VD 1x1 500ML	6,00	41,70	17	7,09	11519	AZEITE OLIVA FAISAO REAL EX.VIRGEM	7,09	- 0,00	
84689	10	28597995	AZEITE OLIVA GALLO E.V.RESERVA VD 1x1 500ML	1,00	14,50	17	2,47	28597	AZEITE OLIVA GALLO E.V.RESERVA VD	2,46	0,00	
86336	10	33196980	AZEITONA Q.D ALDEIA E.VIRGEM 1x1 500ML	1,00	7,90	17	1,34	33196	AZEITONA Q.D ALDEIA E.VIRGEM	1,34	0,00	
84934	10	29589933	AZEITONA VERDE PRAMESA FAT.BALDE 1x1 2KG	2,00	43,80	17	7,45	29589	AZEITONA VERDE PRAMESA FAT.BALDE	7,44	0,01	
84263	10	27538987	AZEITONA VERDE QUERO SACHE 1x1 100G	2,00	2,50	17	0,43	27538	AZEITONA VERDE QUERO SACHE	0,42	0,00	
83885	10	26350982	AZEITONA VERDE QUERO VIDRO 1x1 200G	2,00	5,58	17	0,95	26350	AZEITONA VERDE QUERO VIDRO	0,95	- 0,00	
83883	10	26349944	AZEITONA VERDE QUERO VIDRO 1x1 500G	1,00	5,69	17	0,97	26349	AZEITONA VERDE QUERO VIDRO	0,96	0,01	
80404	10	15785987	BACIA 1.5L RED.PLASNEW 705 1x1 1UND	2,00	1,98	17	0,34	15785	BACIA PLASNEW 1.5L REDONDA 705	0,33	0,01	
81485	10	19187951	BZ.BACIA 1.1L RED.PLASVALE 127 1x1 1UND	1,00	7,20	17	1,22	19187	BACIA PLASVALE 1.1L REDONDA 127	1,22	0,00	
79265	10	12838971	BALA DORI HORTELA 1x1 700G	1,00	3,75	17	0,64	12838	BALA DORI RECH.HORTELA MINT	0,64	- 0,00	

Do confronto realizado entre a memória de cálculo do valor lançado, onde constam as informações de código, descrição e valor do imposto que compuseram o valor lançado como “Outros Débitos” em seu livro de apuração e a planilha que serviu de base para o lançamento relativo ao mês de outubro de 2010, verifica-se que:

- Os itens apresentados na planilha do autuante coincidem com aqueles apresentados pelo recorrente em seu Recurso, divergindo por vezes, apenas na forma de sua descrição;
- Os valores de ICMS constantes na planilha do recorrente quando apresentam divergências estas são de alguns centavos quando comparados aos números apresentados pelo autuante;
- Os quatro primeiros números dos códigos de mercadorias informados pelo autuante são idênticos àqueles constantes da listagem apresentada pelo recorrente desde a sua impugnação.

Neste particular preciso divergir do ilustre julgador da JJF que entendeu que o erro corrigido pelo recorrente com o complemento do imposto lançado no livro de apuração não se confunde com a *“falta de tributação, em razão de operações tributáveis como não tributáveis, por tratar-se de modalidades de operações distintas, uma com tributação oferecida a menos e a outra sem tributação, não cabendo à exclusão do imposto recolhido, como pleiteia o defendente”*.

Em verdade, a tributação oferecida a menos, decorreu da saída realizada sem tributação, cuja correção foi feita pelo próprio contribuinte, antes do curso da ação fiscal e em data anterior ao prazo de recolhimento do imposto.

Desprezar tal lançamento resultaria, como afirma o recorrente, na duplicidade de recolhimento do imposto, o que não deve ser permitido por este Conselho de Fazenda.

No que se refere às arguições acerca da aplicação de multa, em seu entender, exorbitantes e com caráter confiscatório, e dos juros calculados à taxa SELIC, afasto a discussão do presente julgamento uma vez que, com base no art. 167, I do RPAF/BA, falece competência a este Conselho de Fazenda para análise de constitucionalidade de norma.

Desta forma, voto no sentido de DAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário apresentado para afastar o valor de R\$ 1.357,63, da Infração 2, julgando, em consequência, PARCIALMENTE PROCEDENTE o Auto de Infração. Assim, o Auto de Infração é no montante de R\$3.372,95, sendo

na infração 1 o valor de R\$1.112,84 (mantida pela JJF) e a infração 2 é no valor de R\$2.260,11 (R\$3.617,74 - 1.357,63).

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 269191.0018/12-2, lavrado contra **ATACADÃO DISTRIBUIÇÃO, COMÉRCIO E INDÚSTRIA LTDA. (O ATACADÃO)**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$3.372,95**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, “a” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado os valores efetivamente recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 03 de setembro de 2014.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

EVANY CÂNDIDA VIEIRA DOS SANTOS - RELATORA

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS