

A. I. Nº - 206875.0005/17-3
AUTUADO - BARCELONA COMÉRCIO VAREJISTA E ATACADISTA S/A - SUCEDIDA POR
SENDAS DISTRIBUIDORA S/A
AUTUANTE - CLODOMAR FERNANDES COSTA
ORIGEM - IFEP SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 24.11.2017

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0178-05/17

EMENTA: ICMS. BASE DE CÁLCULO E ALÍQUOTA. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO E DE SEUS VALORES. SAÍDAS DE MERCADORIAS REGULARMENTE ESCRITURADAS ATRAVÉS DE EQUIPAMENTOS EMISSORES DE CUPONS FISCAIS (ECF). RECOLHIMENTO A MENOR DO IMPOSTO. Parte da exigência fiscal foi reconhecida e objeto de posterior pagamento pelo sujeito passivo. Em relação às demais ocorrências, a imputação fiscal foi parcialmente elidida. Exclusão das operações com produtos que foram objeto de retenção, pelo regime da substituição tributária, de responsabilidade do fornecedor dos produtos ou cujo pagamento do ICMS se deu por antecipação na etapa de aquisição das mercadorias. Exclusão também das operações beneficiadas com isenção, redução de base de cálculo, alíquotas reduzidas. Não acolhido o pedido de exclusão ou redução da penalidade por descumprimento da obrigação principal por violação ao princípio constitucional do não confisco. Matéria que foge à competência das instâncias administrativas de julgamento. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração lavrado em 23/02/2017 para exigir ICMS no valor principal de R\$170.331,89, contendo as seguintes imputações:

Infração 01 – Recolheu a menor ICMS em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto. Ocorrência verificada nos meses de janeiro, fevereiro e março de 2016. Débito a menor em operações de saídas processadas através de ECF – Demonstrativo Analítico – fls. 06 a 17v. Valor exigido: R\$203,09, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inc. II, letra “a”, da Lei nº 7.014/96.

Infração 02 - Recolheu a menor ICMS em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto. Ocorrência verificada nos meses de janeiro, fevereiro e março de 2016. Valor exigido: R\$170.128,80, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inc. II, letra “a”, da Lei nº 7.014/96. Demonstrativo de apuração do imposto anexado às fls. 18 a 28 do PAF.

O contribuinte foi notificado do lançamento em 08/03/2017, através de intimação pessoal e ingressou com defesa administrativa, protocolada em 05/05/2017, em petição subscrita por advogados com procuração nos autos (docs. fls. 47 a 52).

Após ressaltar a tempestividade da peça impugnatória e fazer uma síntese dos fatos que motivaram a autuação, a defesa reconheceu de plano a procedência da infração 01, informando que providenciará, oportunamente, a quitação do débito lançado.

No tocante à infração 02 a defesa argumentou que grande parte das operações com as mercadorias indicadas no Demonstrativo de Apuração do Imposto gozam de benefícios fiscais previstos na legislação do ICMS (isenções, reduções de base de cálculo, alíquotas reduzidas etc.).

A título de exemplo citou as operações beneficiadas com isenção pelo art. 265, inc. II, letra “b”, do RICMS/BA, que alcança as saídas internas de farinha de mandioca, com amparo nas disposições do Convênio ICMS 59/98.

Mencionou também a existência de cobrança indevida, via tributação integral, das operações beneficiadas com redução da base de cálculo e com alíquotas reduzidas, a exemplo dos produtos arroz, feijão, milho, macarrão, sal de cozinha, farinha, fubá de milho e farinha de mandioca, tributados, nas operações internas à alíquota de 7%, por força no disposto art. 16, inc. I, da Lei nº 7.014/96.

Salientou ainda a existência de cobrança sobre operações com mercadorias que tiveram o recolhimento do ICMS por antecipação no regime de substituição tributária, nos termos do Convênio ICMS nº 76/94.

Devido ao grande número de mercadorias envolvidas nesta controvérsia, a defesa apresentou na inicial amostragem das situações acima descritas, nas planilhas reproduzidas às fls. 38, 39 e 40 dos autos e nos Demonstrativos que compõem o Anexo 03 da impugnação (doc. fls. 142 a 158).

A defesa pede que o item 02 do Auto de Infração seja integralmente cancelado.

Em razões subsidiárias a defesa argumenta que a penalidade de 60% aplicada no Auto de Infração afronta a disposição constitucional positivada no art. 150, inc. IV da Carta Federal que proíbe a utilização do tributo com finalidade confiscatória, devendo-se estender a aplicação desta às multas tributárias.

Frisou que o princípio da vedação ao confisco decorre da proteção constitucional ao direito de propriedade, elencada no art. 5º da Carta Magna, pois impede que esta norma seja desrespeitada pelo Estado através da imposição de exações excessivas, caracterizando, assim, o confisco por via indireta. Sustenta que tributo com efeito confiscatório é aquele que pela sua taxa extorsiva corresponde a uma verdadeira absorção, no todo ou em parte, do patrimônio do indivíduo pelo Estado, sem a correspondente indenização ao contribuinte.

Transcreveu na peça defensiva trechos de doutrina de consagrados juristas pátrios a respeito desse tema, entre eles Sacha Calmon Navarro Coelho, Alexandre de Moraes, Ives Gandra da Silva Martins, Hugo de Brito Machado e Luiz Emygdio Franco da Rosa Junior.

Trouxe para exame do colegiado, trechos de decisões exaradas pelo Supremo Tribunal Federal (STF), prolatadas na ADI nº 1075-MC/DF – Relator Min. Celso de Mello e RE 833106, AgR, Relator Min. Marco Aurélio de Mello.

Finalizou a peça defensiva reiterando o pedido de provimento da impugnação empresarial, requerendo, também a produção de todos os meios de prova admitidos em direito.

Foi prestada INFORMAÇÃO FISCAL em 30 de maio de 2017. Com relação à infração impugnada pelo contribuinte, pontuou o autuante que a apuração de recolhimento a menor do ICMS decorreu de erros cometidos na quantificação da carga tributária nas operações de vendas de mercadorias efetuadas através de ECF (Equipamentos Emissores de Cupons Fiscais).

Informou o autuante que após ter efetuado a verificação dos itens que compõem a planilha juntada na impugnação empresarial, procedeu à correção dos valores lançados no A.I., acatando as argumentações apresentadas na referida planilha.

Em decorrência foi elaborado novo Demonstrativo de Débito da Infração 02, apensado às fls. 167 a 176, ocasião em que a cobrança do ICMS foi reduzida para o valor histórico de R\$11.796,56, fora atualização monetária e respectiva multa.

Quanto ao argumento da desproporcionalidade da multa aplicada, entende que essa questão é inapreciável na via administrativa, pois a penalidade aplicada decorre de disposição expressa da lei, não havendo possibilidade de qualquer margem de valoração pela autoridade fiscal.

Finalizou a peça informativa pedindo que o Auto de Infração seja mantido com as alterações

promovidas nesta fase.

A defesa foi cientificada da revisão operada pelo autuante na fase de informação fiscal e ingressou com nova petição nos autos, a título de manifestação. Esta peça se encontra anexada às fls. 180 a 182. Pugna o contribuinte pela homologação da redução do valor da Infração 02 reconhecida pelo Auditor Fiscal autuante, ao passo em que requer o julgamento pela improcedência da autuação, reiterando todos os argumentos de defesa veiculados na inicial.

Às fls. 189/190 foram anexados relatórios do sistema interno da SEFAZ-BA (SIGAT), com o detalhamento do pagamento efetuado pelo sujeito passivo no tocante ao débito que integra o item 01 do Auto de Infração.

VOTO

O Auto de Infração lide é composto de duas ocorrências conforme foi detalhadamente exposto no Relatório parte integrante e inseparável do presente Acórdão.

Na infração 01 a exigência fiscal foi formalizada em razão do contribuinte ter efetuado recolhimento a menos o ICMS por erro na apuração do imposto regularmente lançado na escrita fiscal, decorrente de operações de saídas processadas através de ECF (Equipamento Emissor de Cupom Fiscal). Valor exigido: R\$203,09. O contribuinte, na fase de defesa, reconheceu a procedência da cobrança e providenciou o pagamento do imposto lançado, conforme atestam relatórios extraídos do sistema interno da SEFAZ-BA (SIGAT), juntados às fls. 189/190. Os valores recolhidos pelo sujeito passivo deverão ser objeto de homologação pela repartição fiscal de origem do processo (IFEP SUL).

Em relação à infração 02, cuja cobrança totalizou a cifra de R\$170.128,80, a acusação versa sobre a apuração de recolhimento a menor do ICMS decorrente de erros cometidos na quantificação da carga tributária nas operações de vendas de mercadorias efetuadas através de ECF (Equipamentos Emissores de Cupons Fiscais).

O contribuinte, na peça defesa, apontou a existência de cobrança do imposto sobre operações beneficiadas com isenção, redução de base de cálculo, alíquotas diferenciadas e sobre saídas de mercadorias que tiveram o recolhimento do ICMS por antecipação no regime de substituição tributária, nos termos dos Convênios firmados no âmbito do CONFAZ (Conselho Nacional de Política Fazendária).

Devido ao grande número de mercadorias envolvidas nesta controvérsia, a defesa apresentou na inicial amostragem das situações acima descritas, nas planilhas reproduzidas às fls. 38, 39 e 40 dos autos e o detalhamento de todas as situações no Demonstrativo que compõem o Anexo 03 da impugnação (doc. fls. 142 a 158).

Na fase de informação fiscal, o autuante, após ter efetuado a verificação dos itens que compõem a planilha juntada na impugnação empresarial, procedeu à correção dos valores lançados no A.I. acatando as argumentações apresentadas na peça de defesa. Procedeu à exclusão das operações beneficiadas com isenção, redução de base de cálculo, alíquotas reduzidas ou com imposto já recolhido pelo regime da antecipação/substituição tributária com encerramento da fase de tributação nas etapas subsequentes de circulação das mercadorias.

Em decorrência foi elaborado novo Demonstrativo de Débito da Infração 02, apensado às fls. 167 a 176, ocasião em que a cobrança do ICMS foi reduzida de R\$170.128,80, para o valor histórico de R\$11.796,56.

A cobrança do ICMS vinculada ao item 02 do A.I., em conformidade com a revisão operada pelo autuante na fase de informação fiscal, fica mantida em parte.

Enfrento agora a questão da onerosidade e do efeito confiscatório da multa aplicada no Auto de Infração, no percentual de 60%. Essa matéria não pode ser apreciada nessa instância administrativa, visto que ao julgador do contencioso fiscal é vedada a possibilidade de declarar a inconstitucionalidade de norma vigente no ordenamento jurídico, deixando de aplicá-la sob essa

exclusiva justificativa. Incide, nessa situação, as disposições do art. 167, incisos I e III, do RPAF, aprovado pelo Dec. nº 7.629/99, que afastam a competência dos órgãos julgadores administrativos para declarar a invalidade em tese de lei ou de outro ato normativo vigente no ordenamento jurídico, a negativa de aplicação de ato normativo emanado dos poderes Legislativo e Executivo e as decisões transitadas em julgado proferidas por membros do Poder Judiciário. Essa matéria poderá ser submetida pelo contribuinte às instâncias competentes do Poder Judiciário, através do manejo das ações próprias. Observo ainda que as multas por descumprimento de obrigação principal, previstas no art. 42 da Lei nº 7.014/96, aplicadas às situações de falta de pagamento ou pagamento a menos do ICMS, inclusive em relação à penalidade pecuniária que foi aplicada no presente Auto de Infração, no percentual de 60% do imposto, estão sujeitas às reduções de valor estabelecidas nos art. 45 da mesma Lei, desde que o contribuinte efetue o recolhimento ou pague o débito apurado nos prazos previstos na referida norma legal.

Pelas razões acima expostas nosso voto é pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, devendo ser homologado o valor recolhido.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206875.0005/17-3**, lavrado contra **BARCELONA COMÉRCIO VAREJISTA E ATACADISTA S/A – SUCEDIDO POR SENDAS DISTRIBUIDORA S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$11.999,65**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inc. II, letra “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado o valor recolhido.

Esta Junta recorre da presente Decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inc. I, “a”, do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, com a alteração promovida pelo Dec. nº 13.537/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de outubro de 2017.

TOLSTOI SEARA NOLASCO –PRESIDENTE EM EXERCÍCIO/RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – JULGADORA

JOSÉ CARLOS BACELAR - JULGADOR