

PROCESSO - A. I. N° 206875.0005/17-3
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - BARCELONA COMÉRCIO VAREJISTA E ATACADISTA S/A. – SUCEDIDO POR SENDAS DISTRIBUIDORA S/A.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 5ª JJF n° 0178-05/17
ORIGEM - IFEP – DAT/SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 22/03/2019

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO CJF N° 0022-12/19

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. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de Recurso de Ofício interposto em razão do Acórdão 5ª JJF N° 0178-05/17, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração, lavrado em 23/02/2017, para reclamar ICMS no valor histórico de R\$170.331,89, em decorrência de duas infrações distintas, sendo objeto do presente recurso apenas a Infração 02, descrita a seguir.

...

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.

A 5ª Junta de Julgamento Fiscal (JJF) apreciou a lide no dia 05/10/2017 (fls. 228 a 231) e decidiu pela Procedência em Parte da exigência, em decisão unânime. O Acórdão foi fundamentado nos termos a seguir reproduzidos.

“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 constitucionalidade 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 parcele 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.”

Como a redução do crédito tributário foi superior a R\$100.000,00 (cem mil reais), 5^a JJF interpôs Recurso de Ofício com supedâneo no art. 169, I, do RPAF/99, considerando a redação então vigente.

Às folhas 241/247, o Sujeito Passivo apresenta manifestação, tecendo as seguintes considerações.

Alega que em grande parte das mercadorias indicadas no demonstrativo de débito relativo à Infração 2 não foi aplicada a legislação tributária correta. Explica que o agente fiscal considerou recolhimento a menor efetuado em operações de saída sem observar, contudo, que tais saídas são beneficiadas com desonerações fiscais. Cita, para ilustrar as suas alegações o art. 265, inciso II, alínea “b” do RICMS/BA. Traz relação de notas fiscais, à folha 244.

Como se não bastasse tal equívoco, afirma que ocorreu também em relação ao benefício da redução da base de cálculo, prevista no art. 16, inciso I, alínea “a” do mesmo diploma regulamentar. Explica que tal redação garante a aplicação da alíquota de 7% às operações que o agente fiscal tributou a 17%. Apresenta relação de notas em que se revelaram tais ocorrências.

Relaciona, ainda, as mercadorias que tiveram o recolhimento do ICMS por antecipação tributária, nos termos do Convênio 76/94, cuja tributação já se encontrava encerrada. Apresenta tabela por

amostragem.

Por todo o exposto, requer que seja Negado Provimento ao Recurso de Ofício.

VOTO

Observo que a Decisão da 5ª JJF (Acórdão JJF Nº 0178-05/17) desonerou o sujeito passivo, reduzindo o crédito tributário de R\$170.331,89 para R\$11.999,65, (vide folha 233) fato este que justifica a remessa necessária do presente feito para reapreciação nesta corte, restando cabível o presente recurso.

Quanto ao mérito, a conduta infratora foi descrita como “*Recolheu a menor ICMS em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto ...*”. A 5ª JJF julgou o auto de infração procedente em parte, reduzindo o valor lançado em conformidade com a informação fiscal prestada pelo Autuante, às folhas 162/166.

Analizando o demonstrativo de débito originalmente acostado ao auto de infração (folhas 06/17, frente e verso), é possível notar que a autuação teve por objeto uma gama de mercadorias diferentes. Há mercadorias como “farinha de mandioca”, que se enquadram na isenção prevista no art. 265, inciso II, alínea “b”.

Há, também, mercadorias como “milho”, enquadradas na cesta básica, cuja tributação submete-se à alíquota reduzida de 7%.

Há, ainda, mercadorias com fase de tributação encerrada, tais como cervejas, produtos farmacêuticos e outros.

O próprio Autuante acolheu as razões de defesa e refez o demonstrativo de débito, excluindo as mercadorias com tratamento jurídico especial pela legislação, o que reduziu o montante lançado para R\$11.999,65.

Entendo que a decisão recorrida não merece reparo, uma vez que se pautou no exame dos documentos fiscais que acobertaram as operações autuadas, realizado pelo próprio preposto fiscal.

Do exposto, NEGO PROVIMENTO ao Recurso de Ofício.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou **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 recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$11.999,65**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” da Lei n.º 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado o valor recolhido.

Sala das Sessões do CONSEF, 31 de janeiro de 2019.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA – RELATOR

LEÔNCIO OGANDO DACAL – REPR. DA PGE/PROFIS