

A. I. N º - 299430.0027/17-2
AUTUADO - D & A DISTRIBUIDORA FARMACÊUTICA E LOGÍSTICA LTDA. - EPP
AUTUANTE - JORGE LUIZ SANTOS DA COSTA
ORIGEM - INFRAZ ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 21/08/2018

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0112-01/18

EMENTA: ICMS. IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO. O levantamento levado a efeito pela Fiscalização foi fundamentado na Escrituração Fiscal Digital (EFD) e documentos fiscais do autuado. Argumentos defensivos ficaram adstritos à preliminar de nulidade do lançamento e aspectos inerentes à inconstitucionalidade da multa imposta e inaplicabilidade da Taxa SELIC com índice para o cálculo dos juros dos débitos tributários. No tocante ao mérito o autuado nada aduziu ou apresentou que pudesse elidir a autuação. Não acolhida a preliminar de nulidade arguida. Quanto aos aspectos inerentes à inconstitucionalidade da multa imposta, o art. 167, I do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), aprovado pelo Decreto nº 7.629/99 determina que *não se incluem na competência dos órgãos julgadores a declaração de inconstitucionalidade*. Ademais, a referida multa tem previsão no art. 42 da Lei nº 7.014/96. Relativamente à aplicação da taxa SELIC, o Código Tributário do Estado da Bahia (COTEB) instituído pela Lei nº 3.956/81, expressamente prevê a aplicação da taxa SELIC, consoante o seu art. 102, II, além do que, já é entendimento firmado na jurisprudência dos Tribunais Superiores que referida taxa pode ser utilizada como índice para o cálculo dos juros dos débitos tributários. Infração subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 19/12/2017, formaliza a exigência de ICMS no valor total histórico de R\$35.668,01, em decorrência do cometimento da seguinte infração à legislação do ICMS imputada ao autuado: *Deixou de recolher o ICMS nos prazos regulamentares referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios*. Período de ocorrência: dezembro de 2016, janeiro a março de 2017.

O autuado apresentou defesa (fls. 18 a 37). Argui a nulidade do Auto de Infração por ausência de requisitos para sua validade. Consigna que a Constituição Federal de 1988, em seu art. 52, inciso LV, prevê aos litigantes em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, o direito ao contraditório e à ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. Diz que não foi outra a razão pela qual o Regulamento do Processo Administrativo Estadual fixou as premissas de formalização de lançamento, conforme o seu art. 39, cujo teor reproduz. Frisa que todos os requisitos de formalização do Auto de Infração não foram fixados despropositadamente, pois decorrem da intenção de conferir aos contribuintes uma segurança jurídica e, principalmente, obedecer aos ditames constitucionais. Sustenta que o seu desatendimento gera a nulidade do Auto de Infração, conforme determina o art. 18 do mesmo RPAF, cuja redação transcreve.

Salienta que o efetivo conhecimento das infrações supostamente cometidas, os períodos em que teriam ocorrido, suas bases de cálculo e alíquotas, bem como os seus embasamentos jurídicos, hão de ser expressamente formalizados no Auto de Infração, no momento de sua lavratura, sob pena de cerceamento do direito de defesa. Acrescenta que nesta esteira, muito embora o art. 39 do RPAF determine, o Auto de Infração em lide não permite o pleno exercício do seu direito de defesa. Alega que sofre prejuízo irreparável na apresentação de sua defesa, uma vez que o lançamento não está claro em relação aos fatos geradores que o originaram. Diz que nele consta apenas dados referentes à qualificação da empresa, valor de supostos débitos e multa, sem, contudo, informar de forma cristalina como se obteve esses valores.

Assevera que o Auto de Infração é nulo, também, por não preencher os requisitos exigidos pela legislação em vigor, notadamente na questão da penalidade aplicável, além de não haver qualquer fundamento para a aplicação de multa da forma como ocorreu.

Alega que nem mesmo o fundamento legal da dívida foi claramente discriminado, sendo tão somente indicada uma vasta relação de normas jurídicas, carecendo de uma conexão lógica entre si, restando clara a intenção de lhe confundir.

Afirma, no entanto, que o que mais dificulta o pleno exercício da ampla defesa é a descrição da infração imputada, por ser sucinta e pouco específica, impossibilitando a identificação da suposta conduta ilícita e como ocorreu a sua aferição.

Indaga como poderá exercer o direito da ampla defesa, se no lançamento não foram observados os requisitos exigidos pela lei, sendo um procedimento administrativo omissivo e obscuro em relação aos fatos que deveriam determinar e fundamentar a exigência.

Consigna que a atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional, não possuindo a autoridade tributante a liberdade de escolha quando da formalização do lançamento fiscal, evitando, assim, que o ato praticado seja nulo.

Salienta que o artigo 37 da Constituição Federal determina que a Administração Pública obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade, juntando-se a isso a regra contida no Código Tributário Nacional, cujo teor reproduz.

No sentido de fundamentar as suas razões invoca e reproduz posições da Doutrina, bem como várias decisões dos tribunais.

Conclusivamente, requer que seja declarada a nulidade do Auto de Infração por vício insanável que lhe macula a validade, haja vista o não atendimento das formalidades legais.

Apesar de ter mencionado na Defesa “Do Mérito”, o impugnante nada diz quanto a este tópico.

Na realidade, reporta-se sobre a multa imposta, arguindo o seu caráter confiscatório e afronta às garantias constitucionais. Tece amplo comentário sobre a inaplicabilidade da multa imposta, em face do seu exagero e utilização de índices absurdamente elevados e fora da realidade e normalidade prevista pela sistemática legal vigente no país. Registra que o Poder Judiciário já reconheceu a ilegitimidade de multas absurdamente elevadas e as decisões tem reduzido, corrigindo esta distorção confiscatória imputada pela Administração.

Diz que, desse modo, é facultado ao julgador, diante do fato concreto, o poder de reduzir a multa excessiva aplicada pelo Fisco. Assinala que o Colendo Supremo Tribunal Federal é absolutamente explícito em reconhecer a auto aplicabilidade do princípio da vedação do confisco em se tratando de aplicação de multa moratória fiscal. Reproduz decisão neste sentido.

No mesmo sentido, invoca e reproduz lição de Rui Barbosa Nogueira. Alega que a multa de 60% do valor do imposto é um absurdo. Invoca a Constituição Federal nos seus artigos 150, V, 145, § 12, e 150, IV.

Conclusivamente, diz que resta clara e explicitamente configurado o caráter confiscatório e abusivo da aplicação da multa, que chega a valores exorbitantes, motivo pelo qual deve ser

corrigida, o que requer.

Prosseguindo, alega a impossibilidade de utilização da taxa SELIC como taxa de juros moratórios. Tece detalhadas considerações sobre a taxa SELIC, apresentando um histórico antes da criação da referida taxa, mencionando o a Lei nº 8.218 de 29 de agosto de 1991, e a Lei nº 9.065 de 20 de junho de 1995. Do mesmo modo, invoca e reproduz ensinamento de Sacha Calmon Navarro Coelho, no sentido de que, não se confundem com multa de mora os juros remuneratórios, que não se restringem a ser uma indenização.

Salienta que a taxa SELIC não possui natureza de juros moratórios, já que traduz fenômeno remuneratório de pagamento pelo uso do dinheiro.

Afirma que não pode, desse modo, o Fisco reclamar o pagamento dos juros de mora sobre tributos vencidos, calculado por taxas de juros de natureza remuneratória, sob pena de ofensa ao conceito jurídico e econômico de juros moratórios, e de ferir o mandamento contido no § 1º do artigo 161 do Código Tributário Nacional, cuja redação reproduz.

Diz que da simples leitura da norma imposta pelo referido artigo, infere-se que, apenas mediante disposição expressa de lei ordinária acerca do cálculo de juros moratórios incidentes em obrigações tributárias, estes poderão ser superiores à taxa de 1% ao mês.

Sustenta que a Lei nº 9.065/95, ao regular o cálculo de juros de mora a serem aplicados nas obrigações tributárias, não poderia estabelecer nova forma de nova modalidade de juros, mas apenas assentar a utilização de uma modalidade preexistente e de natureza moratória.

Diz que resta nítido o deslize do Legislador Ordinário, que, em vez de instituir a taxa de juros de natureza moratória como reza a lei complementar, quis equiparar a SELIC à taxa de juros moratórios, o que não é possível em face da condição estritamente remuneratória da SELIC, perfeitamente caracterizada pela lei que a criou. Invoca e reproduz lição de Maria Helena Diniz sobre o tema. Acrescenta que o Superior Tribunal de Justiça deu provimento a Acórdão, reconhecendo a inconstitucionalidade da cobrança de juros de mora com base na taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia – SELIC. Reproduz o referido Acórdão. Acrescenta que semelhante entendimento vem sendo esposado pelos Tribunais de Justiça, conforme transcrição que apresenta.

Ressalta que, por outro lado, acerca de uma suposta impossibilidade de apreciação, em sede administrativa, de inconstitucionalidade da legislação que fundamenta a exigência fiscal. Tal entendimento não encontra respaldo na mais abalizada doutrina recentemente professada pelos mais festejados mestres. Sob este prisma, válidos são alguns excertos do voto do Conselheiro Adelmo Martins Silva, no Acórdão nº 108-01.182, da 8ª Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes.

Conclusivamente, diz que resta evidente, assim, a possibilidade de não aplicação, por parte da Administração Pública, de lei flagrantemente inconstitucional, independentemente da sua declaração como tal por parte do judiciário.

Finaliza a peça defensiva requerendo a nulidade do Auto de Infração ou, no mérito, a sua

O autuante prestou Informação Fiscal (fls. 33/34). Esclarece que o trabalho fiscal foi executado com base na Escrituração Fiscal Digital (EFD) e nas Notas Fiscais Eletrônicas (NF-es) constantes no banco de dados da SEFAZ/BA, durante o quarto trimestre de 2017, tendo resultado no presente Auto de Infração, relativo à falta de recolhimento do ICMS apurado na Escrituração Fiscal Digital.

Contesta a alegação defensiva atinente à nulidade do Auto de Infração. Sustenta que no presente Auto de Infração constam todos os elementos previstos no artigo 39 do RPAF, aduzido pelo impugnante.

Consigna que o autuado realizou operações relativas à circulação de mercadorias, conforme previsto no art. 2º, inciso I, da Lei Estadual nº 7.014/96, e deveria recolher o ICMS junto à rede

bancária autorizada do Estado no prazo e formas estabelecidos pelo Regulamento, art. 32 da mesma Lei, até o dia 9 do mês subsequente ao da ocorrência dos fatos geradores, haja vista que se trata de contribuinte sujeito ao regime de conta corrente fiscal de apuração do imposto, na forma do art. 332 do RICMS/BA, dispositivos citados no enquadramento legal da autuação.

Assinala que como prova, foi entregue ao autuado um demonstrativo no qual constatou os meses em que a infração ocorreu (fl. 7). Acrescenta que, além disso, consta nos autos extratos da EFD dos mencionados meses (fls. 8 a 10) e cópia da EFD do contribuinte (fl. 12), escrituração esta de competência exclusiva do contribuinte.

Afirma que se o autuado recolheu o imposto que está exigido, bastaria que apresentasse os comprovantes destes pagamentos. Diz que o fato é que a Defesa ficou adstrita a elucubações sem discorrer sobre o mérito da infração.

No tocante à alegação defensiva referente à taxa SELIC, consigna que nada tem a comentar sobre esta arguição, pois se trata de norma legal a que está subordinado e deve obediência. Ressalta que a aduzida multa está prevista no artigo 42 da Lei nº 7.104/96 e a SELIC, no artigo 102 da Lei nº 3.956/81.

Finaliza a peça informativa mantendo na integralidade o Auto de Infração.

VOTO

Inicialmente, verifico que a conduta infracional imputada ao autuado se encontra descrita de forma clara e precisa - *Deixou de recolher o ICMS nos prazos regulamentares referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios* - possibilitando a identificação dos fatos infracionais imputados, do sujeito passivo, da base de cálculo, da alíquota aplicada e do montante do débito.

O lançamento de ofício em exame foi realizado em completa observância das disposições do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF) aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, especialmente o seu art. 39, inexistindo qualquer vício ou falha que imponha a decretação de sua nulidade, na forma do art. 18 do referido diploma regulamentar processual.

Diante disso, não acolho a nulidade arguida pelo impugnante.

No mérito, observo que o autuado consignou na peça defensiva o título “DO MÉRITO”, contudo, sem tecer qualquer consideração sobre o aspecto material da autuação. Inexiste uma linha sequer sobre o mérito da autuação.

Independentemente do silêncio do autuado, constato que o levantamento levado a efeito pelo autuante foi realizado com fundamento na Escrituração Fiscal Digital (EFD) da empresa, a qual, nos meses objeto da autuação, no caso dezembro de 2016, janeiro a março de 2017, apresentou ICMS a recolher, obrigação principal tributária não cumprida pelo autuado, já que não recolheu o imposto devido.

Dessa forma, correta a exigência fiscal, portanto, subsistente a infração.

Quanto aos aspectos inerentes à inconstitucionalidade da multa imposta, por certo que existe um óbice intransponível à sua apreciação por este órgão julgador administrativo, no caso a determinação do art. 167, I, do RPAF/99, no sentido de que, *não se incluem na competência dos órgãos julgadores a declaração de inconstitucionalidade*. Ademais, a referida multa tem previsão no art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Relativamente à aplicação da taxa SELIC, cumpre observar que o Código Tributário do Estado da Bahia (COTEB) instituído pela Lei nº 3.956/81, expressamente prevê a aplicação da taxa SELIC, consoante o seu art. 102, II, além do que, já é entendimento firmado na jurisprudência dos Tribunais Superiores que referida taxa pode ser utilizada como índice para o cálculo dos juros dos débitos tributários.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 299430.0027/17-2, lavrado contra **D & A DISTRIBUIDORA FARMACÉUTICA E LOGÍSTICA LTDA. – EPP**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento imposto no valor de **R\$35.668,01**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões CONSEF, 06 de julho de 2018.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR

OLEGARIO MIGUEZ GONZALEZ - JULGADOR