

A.I. Nº - 279459.0028/17-4
AUTUADO - RN COMÉRCIO VAREJISTA S/A
AUTUANTE - FERNANDO ANTONIO CÂNDIDO MENA BARRETO
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 05.11.2018

5^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO Nº 0145-05/18

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO. O Contribuinte não recolheu o ICMS/Antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, em aquisições interestaduais de aparelhos celulares. Caracterizada a sujeição passiva por substituição tributária, da Autuada, conforme art. 8º, §4º, I, “a” da Lei nº 7.014/96. Não há nos autos quaisquer elementos probatórios, capazes de obliterar a imputação fiscal. Não elidida a presunção de legitimidade da autuação prevista no Art. 143 do RPAF/99. **MULTA CONFISCATÓRIA:** Não compete aos órgãos administrativos de julgamento a declaração de inconstitucionalidade e a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior. Exame desta matéria, compete ao Poder Judiciário. **REDUÇÃO DA MULTA POR EQUIDADE:** Também não compete a essa instância de julgamento, o exame desta matéria. **NULIDADE:** Nulidade do lançamento não acolhida por ausência dos pressupostos do Art. 18 do RPAF/BA. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração lavrado em 31/10/2017, para exigir crédito tributário no valor histórico de R\$2.402.632,34 (dois milhões, quatrocentos e dois mil, seiscentos e trinta e dois reais e trinta e quatro centavos), referente a fatos geradores ocorridos nos meses de Outubro a Dezembro, de 2016; e Janeiro a Março, de 2017, com a seguinte imputação:

INFRAÇÃO 01 - 07.01.01 - Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou exterior. Multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96.

O Contribuinte foi notificado do Auto de Infração, por meio de AR (Aviso de Recebimento) em 23/11/2017 e ingressou tempestivamente com defesa administrativa em 09/01/2018, peça processual que se encontra anexada ao PAF às fls. 25/86. A impugnação foi formalizada através de petição subscrita por seu representante legal, o qual possui os devidos poderes, conforme instrumentos de procura constantes nos autos às fls. 72/76.

Na peça impugnatória, a Impugnante registra que constitui sociedade empresária que se dedica, primordialmente, às atividades de “comércio varejista de eletrodomésticos, equipamentos de áudio e vídeo, de telefonia e comunicação” e que foi surpreendida com autuação promovida pelo Fisco, que a autuou por deixar de recolher ICMS/Antecipação por substituição tributária, exigindo o pagamento do tributo no valor de R\$2.402.632,34 (dois milhões quatrocentos e dois mil seiscentos e trinta e dois), referente aos meses de 10/2016 a 03/2017.

Destaca que a Autoridade Fiscal se respaldou nos artigos: 8º, II e §3º do art. 23 da Lei nº 7.014/96 c/c art. 289 do RICMS/BA, e no art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96, para fundamentar a suposta infração cometida, bem como a aplicação da multa de 60%, constantes do Auto de Infração em lide. Transcreve os dispositivos citados.

Declara que não merece prosperar as alegações fazendárias, devendo ser cancelado integralmente o Auto de Infração ora combatido pelas razões que se segue: (i) nulidade por ausência de capituloção legal; (ii) nulidade por erro na motivação legal; (iii) ilegitimidade da cobrança de ICMS/ST; e (iv) constitucionalidade da multa imposta, em face do princípio do não confisco, bem como a necessidade de sua redução, por razões de equidade, uma vez que a imposição da multa ultrapassou os limites do princípio da legalidade tributária e da capacidade econômica do contribuinte, merecendo a referida Impugnação Administrativa ser conhecida e julgada procedente, cancelando integralmente o Auto de Infração nº 2794590028/17-4 ora combatido.

No tocante à nulidade do Auto de Infração em lide, alega que o mesmo foi lavrado em desconformidade com as regras do ato de lançamento do crédito tributário, e que fere os princípios do contraditório e da ampla defesa, sendo, em sua opinião, absolutamente nulo por estes motivos. Para corroborar o seu entendimento, invoca os Art. 5º, LV, da Constituição Federal e 142, do Código Tributário Nacional, transcrevendo-os.

Além disso, argumenta que o instrumento de lançamento que possua defeito que configure erro de direito deverá ser totalmente anulado, não podendo ser convalidado pela autoridade julgadora, tendo em vista que o erro na subsunção do fato ao critério material da regra matriz de incidência configura a existência de erro material.

Para confirmar o seu entendimento, cita e transcreve o conceito de erro material concebido pelo Professor Paulo de Barros Carvalho (CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário. 22a ed. São Paulo: Saraiva, 2010, pág. 486), segundo o qual o erro de direito vem a ser um “defeito na relação da norma de incidência tributária com o ato-norma, norma concreta, que não pode ser corrigido”, e que, sendo assim, o lançamento tributário que se encontra maculado com erro de direito é insanável.

Argumenta, também, que no caso em tela, não se identificou a observância aos princípios do contraditório e da ampla defesa, o que, segundo o seu entendimento, configura erro de direito, caracterizando, assim, absoluta nulidade do auto de infração.

Aduz que a autoridade fiscal realizou o lançamento do imposto, se valendo de meras presunções, o que, segundo sua opinião, não podem ser utilizadas como fundamento para o lançamento.

Para fortalecer o seu julgamento, cita e colaciona a doutrina de Samuel Monteiro (Samuel Monteiro. Tributos e Contribuições Ia Ed. 1990, Tomo I, Hemus Editora Ltda, págs. 28/29), que versou sobre o tema em seu livro Tributos e Contribuições.

A Impugnante salienta que não está clara a indicação dos artigos ofendidos para que se possa identificar o princípio da tipicidade e da subsunção do fato à norma, e que a infração descrita no Auto de Infração deve estar, necessariamente, associada a um evento do mundo físico, relatado em linguagem própria, e que exista ao tempo de existência da própria norma. Em outras palavras, diz que se a norma não existia no mundo jurídico, não há como aplicar seus efeitos a períodos pretéritos com o intuito de configurar uma infração.

Aduz que questões desta natureza devem tornar nulo o Auto de Infração, pois ao descrever o comportamento supostamente irregular, de forma pretérita, não há obediência à irretroatividade da lei tributária, ainda mais quando utilizada para piorar a situação do contribuinte.

Argumenta, ainda, que, no caso em lide, não houve qualquer menção à norma infringida, elemento este essencial para a constituição do crédito tributário, reafirmando, assim, a nulidade do Auto de Infração em discussão.

Além dos pontos já mencionados, argui, também, a nulidade do referido Auto de Infração sob o fundamento de haver erro em sua motivação legal.

Inicia a discussão alegando que, no caso em tela, há uma total inobservância das formalidades prescritas para os atos administrativos. Que tendo este a natureza de ato administrativo

vinculado, sujeita-se aos requisitos genéricos de validade dos atos administrativos, dentre os quais se destaca a motivação, por sua grande importância para o controle de legalidade.

Afirma que é pela motivação que se confronta o ato praticado com os fatos que o originaram, verificando-se sua conformidade com o padrão comportamental legalmente imposto para aquelas situações.

Cita, transcrevendo, o artigo 50, incisos I e II e §1º, da Lei 9.784/99, que trata sobre a necessária motivação dos atos administrativos.

Argumenta que, para que seja cumprido o requisito da motivação, devem ser explicitamente demonstrados os fundamentos adotados pelo fisco para a prática do ato. Em outras palavras, deve haver a congruência entre o motivo legal (norma em que se baseia o ato) e o acontecimento fático que enseja a sua aplicação.

Afirma que o Auto de Infração ora combatido aplicou normas genéricas a fatos específicos sem sequer demonstrar a relação do fato à norma de maneira suficiente para fundamentar a lavratura do auto de infração.

Diz que, para que fosse satisfatoriamente cumprido o requisito da motivação dos atos administrativos, o auto de infração em lide deveria elucidar porque, à luz da legislação vigente, a Impugnante seria responsável pelo pagamento da obrigação tributária em questão, e que, apenas assim, haveria a congruência entre o acontecimento fático (não recolhimento de imposto supostamente devido) e o motivo legal do ato (normas de incidência do fato gerador). Mas que, todavia, o relatório fiscal adotou como razão de materializar o fato tributante apenas os artigos 73 e 74 do RPAF/BA, agindo, pois, em desconformidade com o que prescreve a sistemática da norma tributária que orienta a atividade administrativa de lançamento.

Diante disso, aponta um suposto descompasso entre a situação fática descrita pela Autoridade Fiscal e a fundamentação legal por ele invocada, colacionando ementa do Acórdão nº 108-09705 que emanou o entendimento do E. Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda (Processo nº 11516.000481/2001-59, Oitava Câmara, Data da Sessão: 17/09/2008).

Na esteira deste entendimento, afirma que a exigência da correta e completa descrição dos fatos, bem como da perfeita tipificação legal, faz-se necessária em face dos "Princípios da Segurança Jurídica, Contradictório e da Ampla Defesa", sem cuja observância resta corrompido o ato praticado, já que a referida exigência tem por objetivo possibilitar, ao contribuinte, averiguar se os acontecimentos subsumem-se à hipótese legalmente prevista, constituindo, em sua opinião, questão relevante para a defesa em processos administrativos.

Nesse passo, salienta que também não se coaduna com os princípios acima mencionados a possibilidade de a Administração inovar, no curso do processo, na motivação do lançamento, pretendendo a sua manutenção, situação em que se constituiria cerceamento de defesa e insegurança jurídica, uma vez que se retiraria do cidadão a possibilidade de contestar o juízo administrativo atinente à incidência da norma legal sobre os fatos, limitando-se, desta forma, o âmbito de sua defesa possível à matéria puramente fática.

Ultrapassadas as questões de nulidade suscitadas, a Impugnante adentra a análise do mérito alegando a ilegitimidade da cobrança do ICMS-ST no caso em tela.

Discorre, inicialmente, sobre as regras gerais de aplicabilidade do ICMS-ST, citando a sua previsão fundamental no §7º do art. 150, da Constituição Federal, o qual replica.

Lembra que tal instituto passou por diversos questionamentos em razão de violação a direitos e garantias individuais, desrespeitos à capacidade contributiva, bem como inobservância dos princípios da capacidade contributiva e da não-cumulatividade, e que no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.851-4/AL, da lavra do ilustre Relator Min. limar Galvão, o Supremo Tribunal Federal firmou as premissas, as quais reproduz, sobre o instituto da

substituição tributária, ressaltando que houve um assentamento quanto à orientação de legitimidade da substituição tributária progressiva.

Menciona, ainda, que a Lei Complementar nº 87/1996 regulamentou o instituto da substituição tributária em seus artigos 6º, 7º, 8º, 9º e 10º, os quais também transcreve.

Registra que, no caso concreto, a acusação fiscal afirma que a Impugnante deixou de recolher os créditos de ICMS na condição de substituta tributária, levando-a a tributação, exigindo o pagamento de valores de ICMS/ST, de modo a não reconhecer a ilegitimidade da Impugnante na retenção do imposto, isso porque a responsabilidade pelo destaque e recolhimento dos créditos de ICMS/ST não era da Impugnante, mas sim do sujeito passivo da operação tributária posterior.

Salienta que, no entanto, a situação descrita no auto de infração não comprova a verdade dos fatos que efetivamente ocorreram. Em primeiro lugar porque a Impugnante, nas operações de saída de mercadorias, sendo substituída tributária, não era responsável tributária das operações antecedentes, uma vez que a responsabilidade pela retenção do imposto estava na responsabilidade do sujeito passivo da operação posterior, ou seja, na saída, e não na entrada.

Assim, entende que a situação nevrálgica do presente caso passa pelo afastamento legal da Impugnante, tendo em vista o recolhimento efetivamente realizado nas operações posteriores, tendo em vista que nenhum prejuízo foi gerado aos cofres públicos do fisco baiano, razão de ser que a impugnante fica desobrigada a qualquer recolhimento adicional ao que já foi recolhido na sua condição de substituída tributária.

Conclui, portanto, ser patente o ato de ilegalidade do Fisco em imputar à Impugnante o dever de recolher o ICMS/ST, referente ao período de 11/2016 a 04/2017, devendo ser cancelado integralmente o auto de infração ora combatido.

Ademais, aduz ser inconstitucional a multa aplicada pela autoridade fiscal, pelos seguintes motivos:

- a) a multa isolada não pode elevar-se a 60% do valor do imposto não recolhido da operação subjacente, sob pena de ofensa ao princípio do não-confisco tributário;
- b) mesmo que a multa não fosse confiscatória - o que induziria à inconstitucionalidade da lei que a comina - seria necessária, *in casu*, a sua redução a valor correspondente à gravidade da infração da Impugnante, por razões de equidade (CTN, art. 108, IV).

No tocante ao suposto efeito confiscatório da multa aplicada, a Impugnante invoca e transcreve o Art. 150, IV, da Constituição Federal.

Esclarece que, apesar de referir-se a tributo, o dispositivo aplica-se igualmente às multas pelo descumprimento das obrigações tributárias principais e acessórias, as quais - em caso de excesso - devem ser reduzidas a valores razoáveis pelo julgador administrativo ou pelo Judiciário, colacionando uma série de jurisprudências que revelam o entendimento do STF, bem como da doutrina brasileira, acerca da natureza confiscatória de tributos e multas aplicadas em desequilíbrio face à infração cometida.

Declara, ademais, que o legislador constitucional inseriu garantias, ao contribuinte, que os entes políticos, no exercício constitucional do poder de tributação, devem respeitar primordialmente, isto porque a norma tributária constitucional evita a ocorrência de uma tributação arbitrária por parte dos entes públicos, na ânsia de encherem seus cofres.

Nesse sentido, a norma tributária contida no inciso IV do art. 150, da CF/1988, estabelece o princípio do não confisco no exercício da atividade tributária dos entes políticos, evitando, assim, conflitos e abusos que extrapolam a órbita da legalidade, porquanto sua “eficácia principiológica é direta e imediata, não dependendo de lei para sua aplicação”.

Declara, ainda, que o legislador tributário indicou, no Art. 113, §1º, do Código Tributário Nacional, que a penalidade pecuniária, embora não seja tributo, constitui parte do núcleo da

obrigação tributária principal “ao lado daquele, porquanto se submete às mesmas regras do devido processo legal tributário”.

Afirma que o contribuinte que não pratica atos com dolo, fraude ou simulação, mas apenas adota determinada interpretação da legislação tributária ou qualificação jurídica dos fatos que o levam a pagar tributo em desacordo com a posição, posteriormente adotada pela Fazenda Pública no ato do lançamento, não realiza conduta mais grave e reprovável do que aquele que deliberadamente paga em atraso o tributo que entende ser devido, ou ainda, que o contribuinte que deixa de pagar o tributo mediante dolo, fraude ou simulação, condutas essas portadoras de maior gravidade e reprovabilidade de acordo com sua definição legal. Em outras palavras, a gravidade da conduta acaba deixando de ser parâmetro para a aplicação de multa, ocasionando um tratamento indiscriminado de contribuintes de boa-fé e de contribuintes sonegadores.

Desse modo, declara não subsistir fundamento que possa embasar a conduta do fisco de perpetrar uma multa de 60% sobre o valor do imposto não recolhido, estando, o combatido auto de infração, carregado de vício e de ilegalidade, porquanto não podem as multas tributárias ser aplicadas sem critério razoável à conduta do contribuinte, porquanto a relação entre a conduta cometida e a aplicação da multa é uma obrigação que o fisco não está adstrito de observar.

Afirma, assim, que a autoridade fiscal agiu de forma despicienda na configuração do lançamento do débito tributário materializado no auto de infração em epígrafe, tendo em vista que, possuindo os aparatos para realização de todos os procedimentos aferíveis a demonstrar a situação fiscal da Impugnante, não o fez, agindo, pelo contrário, de maneira fiscalista em atropelo à legislação.

Sendo assim, entende que cumpre a este egrégio Órgão Julgador o cancelamento da multa isolada, porquanto não ocorreu nenhum prejuízo ao erário público, lembrando que, em caso de dúvidas, prevalece a interpretação mais favorável ao contribuinte, conforme previsto no Art. 112, do Código Tributário Nacional, que reproduz.

Ademais, ultrapassada a questão do efeito confiscatório da multa isolada aplicada pela autoridade fiscal ao Auto de Infração em lide, passa a Impugnante a defender a sua redução a valor razoável por força da equidade, argumentando que mesmo que a multa isolada de 60% do valor do crédito fiscal não fosse considerada intrinsecamente constitucional, impor-se-ia, no caso vertente, a redução da penalidade para patamar razoável.

Afirma que a multa se revela ainda mais descabida quando o seu valor é desmesurado, e que, como reconhecem a doutrina e a jurisprudência administrativa e judicial, se não for de todo excluída, a penalidade deve ser reduzida a valor módico, servindo como medida de caráter pedagógico.

O fundamento, segundo ela, é a equidade, expressamente prevista no Art. 108, IV, do CTN, o qual replica, e que serve de contraponto à pretensa objetividade dos ilícitos fiscais.

Afirma ainda que a vedação do §2º do referido artigo, segundo o qual o “emprego da equidade não poderá resultar na dispensa do pagamento de tributo devido”, não abrange as penalidades, em atenção ao princípio “benigna amplianda, odiosa restringenda”.

Sendo assim, diante de toda a argumentação apresentada, finaliza afirmando que caso a multa por descumprimento de obrigação acessória não seja reduzida a valor correspondente à gravidade da infração, a referida penalidade há que ser reduzida a patamares razoáveis em função da equidade (CTN, art. 108, IV), ante a manifesta injustiça da exigência de tal vulto pela prática de infração formal que não causou qualquer dano ao Estado da Bahia, devendo, segundo ela, a multa ser reduzida de 60% para 5% por todo o período de autuação.

Em Informação Fiscal prestada (fls. 87-A/89), o Autuante explicita que conforme planilha de cálculos anexa ao presente processo apurou-se a falta de recolhimento do ICMS relativo à antecipação tributária na aquisição de aparelhos celulares de outra unidade da federação, infração essa totalmente analisada e validada pelo contribuinte durante os trabalhos de fiscalização, o que

Ihe causou estranheza aos argumentos apresentados na defesa ora julgada. Reproduz o Art. 8º da Lei nº 7.014/96 e Art. 289 do RICMS - Decreto nº 13.780/2012, que tratam da matéria.

Por fim, com base no que foi relatado acima, ratifica o entendimento emanado no Auto de Infração em debate e requer a sua total procedência.

VOTO

O Auto de Infração em lide é composto de apenas uma infração, detalhadamente exposta no Relatório acima, o qual é parte integrante e inseparável deste Acórdão.

Na peça defensiva, a Autuada impugna o lançamento arguindo preliminarmente a nulidade do mesmo, por razões relacionadas à: (i) ausência de capituloção legal; (ii) erro na motivação legal; e (iii) ausência de contraditório e ampla defesa.

Após análise dos elementos que compõem o presente PAF, não acolho as preliminares de nulidade apresentadas na Impugnação, pois entendo que: (i) a descrição dos fatos no presente Auto de Infração foi efetuada de forma comprehensível; (ii) foram determinados, com segurança, a infração e o infrator; (iii) foram indicados os dispositivos infringidos e a multa aplicada relativamente às irregularidades apuradas; e (iv) não foi constatada violação ao devido processo legal e à ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos. Portanto, o mesmo está revestido das formalidades legais, e não se encontram no presente processo os motivos elencados nos incisos I a IV, do Art. 18 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento.

Os demonstrativos que embasaram o lançamento estão apensados à fl. 06 e contidos na mídia de CD inserida à fl. 07, e detalham a metodologia aplicada para apuração do valor exigido. Documentos que foram entregues ao contribuinte por ocasião da ciência da autuação.

Nestes Demonstrativos restou evidenciado que a autuação se deu em razão da constatação de falta de recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação, caracterizando a existência de motivação necessária para a efetuação do Lançamento de Ofício pelo Autuante.

Observo que a capituloção legal da acusação fiscal, assim como os dispositivos da multa aplicada relativamente às irregularidades apuradas estão devidamente indicados à fl. 01 dos autos, não havendo, portanto, que se falar em ausência de capituloção legal, conforme arguido pela Impugnante.

Ademais, saliento que eventuais omissões ou incorreções e a não observância de exigências formais da legislação não acarretam nulidade, desde que seja possível se determinar a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário, conforme dispõe o § 1º, do art. 18 e o “caput” do art. 19 do RPAF (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia), aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Ressalto que o Sujeito Passivo produziu sua Peça Defensiva, conforme acostada ao processo às fls. 25/86, na qual abordou questões de mérito, sem esbarrar em obstáculos que pudessem impedir o desenvolver sua tese defensiva, não havendo, portanto, que se falar em ausência de contraditório e cerceamento do direito de defesa.

Na sequência, em relação ao mérito, a Impugnante defende a tese da ilegitimidade da cobrança de ICMS/ST e envereda pelo caminho da inconstitucionalidade da multa imposta, em face do princípio do não confisco, e pela necessidade de sua redução, por razões de equidade.

Por seu turno, o Autuante esclarece que apurou a falta de recolhimento do ICMS relativo à antecipação tributária na aquisição de aparelhos celulares de outra Unidade da Federação, que a

apuração foi totalmente analisada e validada pelo contribuinte durante os trabalhos de fiscalização, e que, para tanto, aplicou as regras previstas no Art. 8º da Lei nº 7.014/96 e no Art. 289 do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 13.780/2012.

Quanto ao mérito, é fato que o art. 8º, §4º, I, “a” da Lei nº 7.014/96, estabelece que são responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, por antecipação tributária, na condição de sujeitos passivos por substituição, o contribuinte alienante, neste Estado, das mercadorias constantes no Anexo I da mesma lei, dentre as quais se encontram os aparelhos celulares, objetos do levantamento fiscal, exceto na hipótese de tê-las recebido já com o imposto antecipado, estando a Autuada enquadrada nesta hipótese.

Concluo, portanto, que no presente caso, está caracterizada a sujeição passiva por substituição tributária do Contribuinte, em especial pelo fato deste não ter trazido aos autos prova do pagamento do ICMS/ST referente a fatos geradores porventura consignados no Auto de Infração em lide, ou quaisquer documentos e/ou outros elementos probatórios, capazes de obliterar a imputação fiscal, descrita linhas acima, vez que, na dicção do Art. 123, §5º do RPAF/99 (Decreto nº 7.629/99), abaixo reproduzido, caberia à Autuada apresentar provas capazes de elidir a exigência fiscal, na fase de Impugnação do Lançamento. Saliento que, em sua peça defensiva, a Autuada discute apenas questões jurídicas relacionadas à suposta ilegitimidade da cobrança do ICMS/ST, levada a efeito pela Autoridade Fiscal.

“RPAF/99 - Decreto nº 7.629/99

(...)

Art. 123. É assegurado ao sujeito passivo tributário o direito de fazer a impugnação do Auto de Infração no prazo de sessenta dias, contados da data da intimação.

(...)

§ 5º A prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-la em outro momento processual, a menos que:

I - fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior;

II - se refira a fato ou a direito superveniente;

III - se destine a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidas aos autos.

(...)"

Destarte, como nenhuma prova documental foi apresentada na Peça de Defesa interposta, considero que houve apenas a negativa de cometimento da infração, fato que, à luz do disposto no Art. 143 do RPAF/99 (Decreto nº 7.629/99), também abaixo reproduzido, não desonera o Contribuinte de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.

“RPAF/99 - Decreto nº 7.629/99

(...)

Art. 143. A simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.

(...)"

No que tange às alegações defensivas relativas à suposta natureza confiscatória da multa lançada no Auto de Infração, no percentual de 60%, em se considerando que a mesma está prevista no Art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96, não acolho a postulação defensiva. Não estão inclusos no campo de competência dos órgãos administrativos de julgamento, a declaração de inconstitucionalidade e a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior. É o que prescreve o art. 167, incisos I e III do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99. Saliento, todavia, que essa matéria poderá ser submetida ao Poder Judiciário, por intermédio de ações próprias.

““RPAF/99 - Decreto nº 7.629/99

(...)

Art. 167. Não se incluem na competência dos órgãos julgadores:

- I - a declaração de inconstitucionalidade;*
- II - questão sob a apreciação do Poder Judiciário ou por este já decidida.*
- III - a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior.*
- (...)"*

Quanto ao pedido de redução da multa de 60% aplicada ao caso para 5%, por razões de equidade (CTN, Art. 108, IV), compete dizer que esta matéria também se encontra fora da competência dessa instância de julgamento, por falta de previsão legal. Destaco, contudo, que a multa por descumprimento de obrigação principal prevista no art. 42, II, "d" da Lei nº 7.014/96, no percentual de 60% do valor do imposto não recolhido, está sujeita às reduções de valor estabelecidas no art. 45 da mesma Lei, desde que o contribuinte efetue o recolhimento ou parcele débito apurado, nos prazos previstos na referida norma legal.

Ressalto, por último, que as decisões judiciais reproduzidas na peça defensiva não alteram os entendimentos acima expostos, visto que as mesmas não são vinculantes para o Estado da Bahia, além do fato do Erário Estadual não ter figurado como parte nas ações que resultaram nos Acórdãos mencionados pela impugnante.

Pelas razões acima expostas, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **279459.0028/17-4**, lavrado contra a **RN COMÉRCIO VAREJISTA S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$2.402.632,34**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, "d" da Lei 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de agosto de 2018.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

ANTONIO EXPEDITO SANTOS DE MIRANDA – RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – JULGADORA