

A. I. N° - 232534.0024/20-3
AUTUADO - DEICHSEL CONSTRUTORA LTDA.
AUTUANTE - EVERALDO JOSÉ SOARES DA SILVA
ORIGEM - DAT/SUL IFMT
PUBLICAÇÃO - INTERNET 16/11/2020

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0152-02/20-VD

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO. Não tendo sido comprovado pela empresa autuada que as mercadorias objeto da autuação se destinavam a aplicação em obra de construção civil, o lançamento há de subsistir. Não acolhidas as arguições preliminares. Mantido o percentual de multa aplicado. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração ora apreciado foi lavrado em 15 de março de 2020 e refere-se à cobrança de ICMS no valor de R\$ 44.549,00, além de multa de 60% pela constatação da seguinte infração:

Infração 01. **54.05.10.** Falta de recolhimento do ICMS referente a antecipação tributária total, em aquisição interestadual ou do exterior, de mercadorias enquadradas pela legislação interna no regime de substituição tributária, por contribuinte não inscrito, inapto ou que não preencha os requisitos previstos na legislação fiscal.

Tempestivamente, a autuada, por seu procurador, apresentou impugnação ao lançamento constante às fls. 19 a 36, onde alega, a título de preliminar, após resumir os fatos, a nulidade do lançamento, vez o mesmo não atender aos requisitos mínimos de validade e observar a verdade material dos fatos, não observando o preceituado no artigo 142 do CTN, reproduzido.

Diz haver a necessidade, diante dos princípios que regem a administração (motivação e legalidade), da verificação da ocorrência do fato gerador, com a análise da verdade material dos fatos, a fim de averiguar o cumprimento das obrigações tributárias pelo contribuinte.

Pontua que o ato de lançamento, sendo de natureza administrativa e vinculada, não pode se pautar em informações insuficientes e meras presunções, mas sim, de fatos que devem estar devidamente comprovados pela autoridade fiscalizadora, devendo ser analisados de forma exauriente os fatos em derredor do exercício fiscalizado, bem como expressamente indicar e comprovar com precisão todos os elementos caracterizadores da infração, o que não ocorreu no presente caso, mencionando a doutrina representada por escólios de Ives Gandra da Silva Martins e Aliomar Baleeiro, copiados.

Após transcrever o teor do artigo 39 do RPAF/99, observa a obrigatoriedade da descrição clara e precisa dos fatos, contida no inciso III de tal dispositivo, que guarda estrita observância aos princípios da tipicidade e da legalidade, os quais, como regra, aduzem que a tributação só pode recair sobre aqueles fatos eleitos pela lei.

Verifica, a partir da análise do Auto de Infração que a fiscalização não realizou a correta verificação da ocorrência do fato gerador, não sendo clara quanto ao enquadramento legal, vez ter elencado de forma genérica dispositivos que descrevem situações distintas que atraem a necessidade de pagamento do ICMS por antecipação tributária.

Frisa que, tanto na descrição da infração, quanto no enquadramento legal imputado, a fiscalização atribuiu à empresa a necessidade de recolhimento de ICMS por antecipação tributária, seja pelo fato de a mercadoria estar enquadrada naquele regime, relativamente ao imposto

correspondente à operação ou operações subsequentes, seja pelo fato de a mercadoria ser destinada a contribuinte em situação cadastral irregular ou não inscrito.

Após transcrição do artigo 332, inciso III, alíneas “a” e “d” do RICMS/12, ressalta ter o autuante se limitado a indicar dispositivos genéricos ao caso, sem apontar qual a hipótese específica de tal artigo, como fundamento da infração, perquirindo não terem sido apurados os fatos, conforme determina a norma tributária acima destacada, deixando de lado a necessidade de se chegar à verdade material, princípio salutar do processo administrativo.

Daí constata não ter a fiscalização cumprido um dos requisitos necessários para a lavratura do Auto de Infração, ficando evidente a precariedade da acusação fiscal, pelo que tal circunstância macula o lançamento de forma insanável, o qual, se deslocando dos critérios de vinculação e motivação, se afigura nulo, o que requer.

No mérito, esclarece, inicialmente, atuar na execução de serviços de obras de construção civil, destacando que nas contratações de seus serviços, formaliza contratos que lhe atribuem obrigação de fornecer os materiais que serão utilizados nas obras, como no presente caso, conforme se observa na Cláusula Primeira do instrumento referido, devidamente reproduzido.

Esclarece que os materiais necessários para a execução da obra se encontram listados nos Anexos I, II e III do mencionado instrumento, o qual previu a necessidade de 11.451 m² de telhas para a execução das construções contratadas.

Explicita que realizou operação de compra de 4.683,4 m² de telhas de empresa localizada no estado do Rio de Janeiro, objeto da autuação.

Após repetir lição de Hugo de Brito Machado Segundo, acerca da antecipação tributária, fala ser evidente que se faz absolutamente impossível a cobrança antecipada de tributo que jamais seria devido, em virtude da inocorrência de fato gerador futuro, reforçando tal entendimento com decisões deste Conselho, a exemplo do Acórdão JJF 0372-02/10, reproduzido em sua Ementa e trecho do voto condutor.

Reforça, pois, ser flagrantemente indevida a cobrança intentada, diante de ter restado demonstrado que os materiais adquiridos não serão objeto de comercialização posterior, diante do fato de serem utilizados na obra para a qual foi contratada para realizar, inexistindo, assim, fato gerador futuro de ICMS, razão da indevida cobrança de antecipação tributária total.

Quanto a sugestão da fiscalização de estar em situação cadastral irregular, descredenciada do cadastro do ICMS, submetendo-se ao recolhimento antecipado do tributo em referência, noticia que em breve consulta ao sistema da SEFAZ, ter verificado estar efetivamente credenciado, com data de 14/09/2018, na forma de plotagem que acosta.

Reitera o equívoco do autuante, diante de tal fato, o que revelaria o desacerto da autuação, vez inaplicável o teor do artigo 332, III, “d” do RICMS/12, nem mesmo o artigo 8º, § 4º, I, “b” da Lei 7.014/96.

Aborda, a seguir, o fato de sendo afastados os argumentos defensivos, se observar a necessidade de redução do percentual fixado a título de multa, a qual tem como “arbitrada” pela Lei 7.014/96.

Diz ser sabido a necessidade de se observar o teor do artigo 150, inciso IV da Constituição Federal, sendo a multa implementada com a função inibitória, com o intuito de fazer com que o contribuinte não deixe de cumprir eventual obrigação tributária, fazendo menção a posição do Ministro Gilmar Mendes, devidamente copiada.

Expõe que no presente caso, a multa foi arbitrada sem qualquer observância à sua finalidade precípua, ou a limitação constitucional, cujo interesse é garantir, ao contribuinte, punição pautada nos parâmetros de razoabilidade e proporcionalidade, trazendo posição do STF e da PGR.

Considerando o reconhecimento do STF, tem como evidente a necessidade de que, em caso de manutenção da infração, seja a penalidade reduzida para percentual não superior a 20%, em atendimento a vedação ao confisco.

Finaliza, requerendo seja conhecida a nulidade do lançamento, diante da ausência de requisitos essenciais, e em caso de entendimento contrário, a improcedência da autuação, e subsidiariamente, caso não acolhidos os pleitos anteriores, a redução da multa a patamares razoáveis, bem como a posterior juntada de meios de prova, inclusive a realização de perícia ou diligência, bem como o direito de sustentar oralmente as razões aduzidas.

Informação fiscal prestada pelo autuante às fls. 90 e 91, indica se tratar a operação autuada de aquisição interestadual de mercadorias enquadradas na legislação interna no regime de substituição tributária, por contribuinte que não preenche os requisitos previstos na legislação fiscal, visto se encontrar na condição de descredenciado por omissão de pagamento, conforme consulta realizada na data da autuação.

Informa possuir o contribuinte a atividade econômica principal de comércio varejista de ferragens e ferramentas (4744001), e atividades secundárias fabricação de estruturas metálicas (2511000), comércio varejista de cal, areia, pedra britada, tijolos e telhas (4744004) e comércio varejista de materiais de construção não especificados anteriormente (4744005).

Em relação ao argumento defensivo de que as mercadorias adquiridas se destinariam a construção de galpões conforme contrato, esclarece que em consulta realizada junto à SEFAZ e Receita Federal, constatou que o contribuinte não possui o CNAE de construtora, e, portanto, não o desobriga do pagamento do tributo por antecipação.

Resume estar o contribuinte na condição de descredenciado por omissão de pagamento no Cadastro do ICMS, estando adquirindo mercadorias (telhas) de outra unidade da Federação, possuindo atividade econômica de comércio varejista de telhas.

Pontua que antes da lavratura do Auto de Infração analisou os documentos fiscais apresentados, tendo feito consulta acerca da situação cadastral do contribuinte, pagamento no histórico da SEFAZ, atividades econômicas do contribuinte na ferramenta INC, identificação do sujeito passivo, MVA no Anexo 01 do RICMS/BA (listada no item 8.50), enquadramento legal da infração e tipificação da multa.

Conclui no sentido de que não prosperam as alegações da defesa, tendo em vista que a infração imputada ao contribuinte, ocorreu, assim como o fato gerador da obrigação correspondente, motivo pelo qual solicita a manutenção do Auto de Infração.

Tendo sido encaminhado pelo órgão preparador para julgamento em 23/06/2020, foi o feito distribuído para instrução em 04/08/2020.

Presente na sessão de julgamento, a advogada da empresa autuada, em sede de sustentação oral, reiterou os argumentos defensivos anteriormente postos, pugnando pela improcedência do lançamento.

Esclareceu que existem dois estabelecimentos: a matriz (construtora) e a filial (empresa comercial), sendo esta última, a autuada, a que faz as aquisições de mercadorias e as repassa à matriz (construtora), sem que seja emitido qualquer documento fiscal, retificando, momentos depois, de que as notas fiscais existiriam e que apenas não foram carreadas aos autos.

VOTO

O lançamento constitui-se em uma infração arrolada pela fiscalização, objeto de impugnação por parte da empresa autuada.

Verifico que a ação fiscal se iniciou pela lavratura do competente Termo de Apreensão (fl. 03), em 15/03/2020, estando a memória de cálculo da autuação à fl. 04, tendo sido devidamente entregue ao sujeito passivo mediante recibo ali firmado, juntamente com as demais peças do lançamento.

O autuante, quando do lançamento, contrariamente ao entendimento defensivo, descreveu com precisão a infração cometida, apontando a conduta praticada pelo contribuinte, e tida como

contrária à norma legal, os artigos infringidos, a previsão da multa sugerida, os prazos para interposição de defesa ou usufruto do benefício de redução dos percentuais de multa, além de indicar o sujeito passivo, tudo em conformidade com a disposição contida nos artigos 142 do CTN e 39 do RPAF/99, preenchendo, pois, todos os requisitos de validade sob o aspecto formal.

A empresa autuada compareceu ao processo, exercendo de forma irrestrita o seu direito de ampla defesa, prova disso é que abordou o aspecto da infração que entendia lhe amparar, trazendo fatos e argumentos que ao seu entender elidiriam a mesma, e exercendo sem qualquer restrição o contraditório.

Em relação às questões preliminares aventadas pela defesa, em verdade, não se tratam de aspectos e questões relativos à forma, ou dentre aqueles elencados no artigo 18 do RPAF/99 como ensejadores da nulidade da autuação, via lançamento, a saber: ato praticado por autoridade incompetente; atos praticados e decisões proferidas com preterição do direito de defesa; decisões não fundamentadas e; o lançamento de ofício que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator, e em que se configure ilegitimidade passiva.

Logo, quando da análise do mérito, serão tais questões suscitadas devidamente apreciadas, estando o Auto de Infração apto a produzir efeitos jurídicos.

Quanto ao mérito, se trata de autuação ocorrida quando do trânsito de mercadorias, referente a diversos tipos de telhas, destinadas à empresa autuada, onde se lançou o imposto que seria devido por substituição tributária, diante da alegação da fiscalização de que seriam destinadas à comercialização pela mesma, empresa com atividade de comércio varejista de materiais de construção, e não gozaria do benefício de dilação de prazo para recolhimento, por estar com débito em aberto junto à SEFAZ.

Argui a defesa que, em verdade, se tratam de aquisições relativas a bens a serem empregados em obra de construção civil, devidamente contratada, não sendo a hipótese de substituição tributária, vez que não serão comercializadas.

Analizando os autos, constato que, efetivamente, o contribuinte se encontrava na data da autuação regular e devidamente inscrito no cadastro da SEFAZ, na condição de “comércio varejista de ferragens e ferramentas” (fl. 05), não tendo, pois, pertinência, a indicação da defesa de que se encontrava em situação cadastral regular, vez não ser o móvel da autuação.

Por outro lado, a própria empresa autuada confirma ter firmado contrato com Santa Colomba Agropecuária Ltda., para construção de galpão para beneficiamento e armazenagem de cacau, galpão para armazenagem de defensivos agrícolas, e galpão para beneficiamento e armazenamento de algodão, conforme instrumento contratual de fls. 59 a 68, em sua cláusula primeira.

Já o item 2.3 da cláusula segunda pactua ser de responsabilidade da autuada/contratada o fornecimento de materiais, mão de obra, ferramentas, veículos e EPI.

De igual modo, atesta ter adquirido as mercadorias autuadas, junto a empresa situada no estado do Rio de Janeiro, correspondente a parte das telhas a serem aplicadas no galpão em construção.

As mercadorias, de NCM 7308.90.9, listadas no documento autuado, possuem previsão de substituição tributária no Anexo 01 ao RICMS/12, item 8.50, com a descrição “telhas metálicas”.

Ao seu turno, o prazo para pagamento do imposto devido por substituição tributária se encontra disciplinado no artigo 332 do RICMS/12.

Este, em seu inciso III estatui;

“III - antes da entrada no território deste Estado, de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação ou do exterior, observado o disposto nos §§ 2º e 3º deste artigo:

a) enquadradas no regime de substituição tributária por antecipação, relativamente ao imposto correspondente à operação ou operações subsequentes”.

Já os parágrafos 2º e 3º acima mencionados explicitam:

“§ 2º O contribuinte regularmente inscrito no Cadastro de Contribuinte do ICMS do Estado da Bahia - CAD-ICMS, que preencha cumulativamente os requisitos indicados a seguir, poderá efetuar o recolhimento do imposto por antecipação de que tratam as alíneas “a”, “b” e “c” e o item 2 da alínea “g” do inciso III do caput deste artigo, até o dia 25 do mês subsequente ao da data de emissão do MDF-e vinculado ao documento fiscal, exceto em relação às operações de importação de combustíveis derivados de petróleo e as operações com açúcar, farinha de trigo, mistura de farinha de trigo, trigo em grãos, charque, jerked beef, enchidos (embutidos) e produtos comestíveis resultantes do abate de aves e gado bovino, bufalino, suíno, caprino e ovino:

I - possua estabelecimento em atividade no Estado da Bahia há mais de 06 meses e já tenha adquirido mercadoria de outra unidade da Federação;

II - não possua débito inscrito em Dívida Ativa, a menos que a sua exigibilidade esteja suspensa;

III - esteja adimplente com o recolhimento do ICMS;

IV - esteja em dia com as obrigações acessórias e atenda regularmente as intimações fiscais.

§ 3º O titular da Diretoria de Administração Tributária da região do domicílio fiscal do contribuinte poderá, com base em informações acerca do investimento e da capacidade contributiva do contribuinte que assegurem o cumprimento da obrigação relativa à antecipação tributária, dispensar o requisito previsto no inciso I do § 2º deste artigo”. (Grifei).

Não se tem notícias nos autos de haver a autorização de que nos fala o § 3º, entretanto, existe a informação de que a empresa autuada possuía débitos de ICMS não quitados com o estado da Bahia, o que autoriza a cobrança do imposto na entrada deste.

O fato de o imposto não ser devido, pela inexistência de fato gerador, contrariamente ao entendimento da defesa, não acarreta a nulidade do lançamento, e sim, sua improcedência, sendo que o mesmo será analisado de maneira oportuna.

Estes são os fatos e as ocorrências. Passo, pois, a analisar a questão.

Sem dúvida, o estabelecimento autuado se apresenta unicamente como contribuinte do ICMS, inclusive o documento de fl. 05 indica a omissão de pagamento de imposto, o que lhe valeu a condição de descredenciado, o que confirma efetuar a empresa operações de comercialização de mercadorias sujeitas à incidência do imposto.

A elucidação da questão depende unicamente da prova material, em respeito ao princípio da verdade material, basilar no processo administrativo fiscal, sendo o seu objetivo maior.

Odete Medauar (A Processualidade do Direito Administrativo, São Paulo, *RT*, 2ª edição, 2008, página 131) entende que “*O princípio da verdade material ou real, vinculado ao princípio da oficialidade, exprime que a Administração deve tomar as decisões com base nos fatos tais como se apresentam na realidade, não se satisfazendo com a versão oferecida pelos sujeitos. Para tanto, tem o direito e o dever de carregar para o expediente todos os dados, informações, documentos a respeito da matéria tratada, sem estar jungida aos aspectos considerados pelos sujeitos. Assim, no tocante a provas, desde que obtidas por meios lícitos (como impõe o inciso LVI do art. 5º da CF), a Administração detém liberdade plena de produzi-las*”.

O doutrinador Hely Lopes Meirelles (Direito Administrativo Brasileiro, São Paulo, *RT*, 1 6ª edição, 1991, Página 581) entende que “*O princípio da verdade material, também denominado de liberdade na prova, autoriza a Administração a valer-se de qualquer prova que a autoridade processante ou julgadora tenha conhecimento, desde que a faça trasladar para o processo. É a busca da verdade material em contraste com a verdade formal. Enquanto nos processos judiciais o Juiz deve-se cingir às provas indicadas no devido tempo pelas partes, no processo administrativo a autoridade processante ou julgadora pode, até final julgamento, conhecer de novas provas, ainda que produzidas em outro processo ou decorrentes de fatos supervenientes que comprovem as alegações em tela. Este princípio é que autoriza a reformatio in pejus, ou a nova prova conduz o julgador de segunda instância a uma verdade material desfavorável ao próprio recorrente*”.

Ressalte-se ainda, que tal princípio impõe à Administração Pública o dever de provar os fatos alegados, sendo regra a vedação de aplicar-se como verdadeiros fatos fictícios ou de mera

presunção da ocorrência de sua hipótese de incidência, devendo, portanto, buscar-se a descrição concreta dos fatos ocorridos. A Constituição Federal em seu artigo 5º, incisos LV e LXXVIII assegura ao litigante, quer em processo judicial quer em processo administrativo, o contraditório e a ampla defesa e a razoável duração do processo.

Assim, percebe-se que a Carta Magna quis assegurar àos litigantes garantias semelhantes tanto no processo judicial quanto no administrativo. Apesar disso, não se pode dizer que não existem diferenças entre eles, um dos mais expressivos elementos diferenciadores resulta da jurisdição.

Não se podem afastar, no processo administrativo fiscal, os diversos princípios informadores do processo judicial e garantias constitucionais do cidadão, entre eles os princípios da verdade material e do livre convencimento motivado do julgador.

Dessa forma, a valoração das provas à luz do princípio da verdade material deve obedecer aos princípios constitucionais e as normas atinentes ao processo, buscando-se a maior verossimilhança possível dos fatos alegados pelo agente responsável pelo lançamento, e permitindo ao contribuinte utilizar-se da produção de todas e quaisquer provas a ele admitidas por direito quando possíveis no caso concreto, sem qualquer restrição. E mais: o julgador deverá valorar as provas a ele apresentadas livremente, sempre buscando a verdade material dos fatos.

Nele, a produção de provas é de grande relevância, pois visa a obtenção da verdade, ou sua maior aproximação, visto que dificilmente se consegue descrever com exatidão como o fato realmente ocorreu. E é neste sentido, do maior grau de semelhança das ocorrências descritas nos atos formais realizados pelo agente administrativo, que se reveste o princípio da verdade material.

O Processo Administrativo Fiscal busca a descoberta da verdade material relativa aos fatos tributários. Com status constitucionais, os princípios da ampla defesa e do contraditório serão garantidos ao sujeito passivo, que, querendo, apresentará contestação ao lançamento tributário, intervindo por meio de produção das provas.

A denominada verdade material funda-se na aceitação da teoria da verdade por correspondência, pressupondo a possibilidade de espelhar a realidade por meio da linguagem.

No processo existirão sempre três verdades: a) verdade descrita no lançamento pela autoridade fiscal; b) verdade descrita na impugnação do contribuinte; c) verdade do julgador.

Prevalece a verdade do julgador, para quem as provas terão papel fundamental na formação da sua convicção. A essa autoridade incumbe determinar ou não a realização das diligências, inclusive perícias, podendo indeferi-las se as tiver por prescindíveis ou impraticáveis, o que é a hipótese em tela.

São os princípios que norteiam o Processo Administrativo Fiscal e que definem os limites dos poderes de cognição do julgador em relação aos fatos que podem ser considerados para a decisão da situação que lhe é submetida.

Se por um lado, efetivamente é fato que a autuada mantinha contrato de prestação de serviços com fornecimento de material para obra de construção civil, por outro lado não existe prova de que as telhas objeto da autuação seriam, efetivamente, destinados a tal obra, no município de Côcos, Bahia, diverso daquele onde se localiza a empresa autuada, o que demandaria o seu trânsito, até pelo fato de o DANFE de número 81.743 não indicar a entrega dos produtos adquiridos no local da obra, e sim, no estabelecimento do contribuinte autuado, sequer foi apresentado eventual documento comprovando que as telhas foram enviadas, efetivamente, para o município da obra, e aqui reside a ausência de elementos para desconfigurar a acusação formulada.

Fato é que, não sendo trazidos os autos tais dados, essenciais e fundamentais para o esclarecimento da lide, e que se encontram em poder do sujeito passivo, se existirem, apenas a argumentação desacompanhada de qualquer outro elemento, meio de prova, permite a aplicação dos artigos 142 (a recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da

parte contrária) e 143 (a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal) do RPAF/99.

Logo, a nulidade aventada pela defesa não pode ser acolhida, e pelos expostos motivos, tenho o lançamento como procedente.

Frente ao argumento de que as multas teriam natureza confiscatória e deveriam ser reduzidas pelo julgador, em primeiro lugar, esclareço que as multas por descumprimento de obrigação principal não podem ser reduzidas por esta instância administrativa, a qual somente possui competência para a redução ou cancelamento de multas por descumprimento de obrigação acessória, na forma do § 7º do artigo 42 da Lei 7.014/96, o que me impede de acolher tal pedido.

No que diz respeito ao caráter considerado pela defesa como confiscatório e exorbitante da multa sugerida (60%), observo que dentre os princípios vigentes no processo administrativo, um deles, um de maior importância é o da legalidade, o qual tem a sua gênese na Constituição Federal, artigo 5º, inciso II, ao dispor que “*ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*”. Esse princípio tem forte ligação com o próprio Estado de Direito, uma vez que nele é assegurado o “*império da lei*” ou “*jus imperium*”.

No campo tributário, este princípio encontra-se devidamente explícito no artigo 150, inciso I da Carta Magna, ao dispor que “*nenhum tributo pode ser criado, aumentado, reduzido ou extinto sem que seja por lei*”. Desse comando, depreende-se que aos Estados, compete instituir e normatizar os tributos estaduais. Dessa forma, somente a lei poderá diminuir e isentar tributos, parcelar e perdoar débitos tributários, criar obrigações acessórias, sendo necessário que haja competência do ente para que seja válida sua criação, competência descrita no próprio corpo do texto constitucional.

O professor Roque Antônio Carrazza em seu livro Princípios Constitucionais Tributários. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1998, ensina que “*O princípio da legalidade garante, decisivamente, a segurança das pessoas, diante da tributação. De fato, de pouco valeria a Constituição proteger a propriedade privada (arts. 5º, XXII, e 170, II) se inexistisse a garantia cabal e solene de que os tributos não seriam fixados ou alterados pelo Poder Executivo, mas só pela lei*”.

E por tais razões, cabe a todos a estrita obediência à norma legal, dentro dos parâmetros e limites estabelecidos na Constituição Federal, a qual, inclusive, determina que os conflitos sejam mediados e decididos pelo Poder Judiciário.

Dessa forma, existe todo um conjunto legal, o qual segue regramento específico para a edição e cumprimento das normas, as quais se aplicam indiferentemente a todos independentemente de qualquer critério. Assim, dentro de cada competência, os entes federativos constroem as normas que hão de vigorar relativamente àqueles tributos que lhes cabem. E assim o fez o Estado da Bahia, ao promulgar a Lei nº. 3.956/81 (Código Tributário do Estado da Bahia) a qual disciplinou nos artigos 46 e 47, as penalidades à infração da legislação do ICMS.

Com a edição da Lei nº 7.014/96, a qual adequou a legislação estadual aos ditames da Lei Complementar 87/96, no seu artigo 40 e seguintes, conceitua, tipifica e determina as regras e percentuais de penalidades a serem aplicadas diante da constatação de descumprimento de obrigação tributária, bem como os percentuais de redução das mesmas, e as condições necessárias para tal.

O Agente fiscal, no momento do lançamento tributário, deve, pois, em atenção às normas legais vigentes, aplicar os percentuais previstos para cada uma das infrações verificadas, em nome não somente do princípio da legalidade, como, igualmente, do princípio da segurança jurídica, não estando a sua aplicação sujeita à discricionariedade, senão da Lei.

Por fim, para sepultar qualquer discussão a respeito, frente às colocações defensivas, menciono decisão do STF através da sua 1ª Turma, ao analisar o AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 833.106 GOIÁS, assim decidiu:

“TRIBUTÁRIO – MULTA – VALOR SUPERIOR AO DO TRIBUTO – CONFISCO – ARTIGO 150, INCISO IV, DA CARTA DA REPÚBLICA.

Surge inconstitucional multa cujo valor é superior ao do tributo devido. Precedentes: Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 551/RJ – Pleno, relator ministro Ilmar Galvão – e Recurso Extraordinário nº 582.461/SP – Pleno, relator ministro Gilmar Mendes, Repercussão Geral”.

Em tal decisão, o Relator, Ministro Marco Aurélio Melo, assim se manifestou:

“A decisão impugnada está em desarmonia com a jurisprudência do Supremo. O entendimento do Tribunal é no sentido da invalidade da imposição de multa que ultrapasse o valor do próprio tributo – Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 551/RJ, relator ministro Ilmar Galvão, Diário da Justiça de 14 de fevereiro de 2003, e Recurso Extraordinário nº 582.461/SP, relator ministro Gilmar Mendes, julgado sob o ângulo da repercussão geral em 18 de maio de 2011, Diário da Justiça de 18 de agosto de 2011.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso para, reformando o acórdão recorrido, assentar a inconstitucionalidade da cobrança de multa tributária em percentual superior a 60%, devendo ser refeitos os cálculos, com a exclusão da penalidade excedente, a fim de dar sequência às execuções fiscais”.

Esclareço que a multa aplicada na presente autuação foi de 60%, ou seja, não houve penalidade em valor maior do que o devido a título de imposto.

Da mesma forma, por se tratar de descumprimento de obrigação principal, não cabe qualquer afastamento ou redução do percentual aplicado, conforme solicitado, por falta de respaldo legal.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 232534.0024/20-3 lavrado contra **DEICHSEL CONSTRUTORA LTDA.**, devendo ser intimado o contribuinte a recolher ICMS no valor de **R\$44.549,00** acrescido da multa de 60% prevista no artigo 42, inciso II, alínea “d” da Lei 7.014/96, bem como os acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF à distância, 18 de agosto de 2020.

JORGE INÁCIO DE AQUINO - PRESIDENTE

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – RELATOR

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS - JULGADOR