

PROCESSO - A. I. Nº 207150.0003/20-3
RECORRENTE - TELES E BRITO EMBALAGENS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JF nº 0116-02/21-VD
ORIGEM - DAT NORTE / INFAZ CHAPADA DIAMANTINA
PUBLICAÇÃO - INTERNET 09/12/2021

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0297-11/21-VD

EMENTA: ICMS. OMISSÃO DE SAÍDAS. PASSIVO FICTÍCIO. MANUTENÇÃO, NO PASSIVO, DE OBRIGAÇÕES JÁ PAGAS OU INEXISTENTES. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Rejeitadas as preliminares, por inexistir omissão ou qualquer vício de fundamentação na decisão de primeiro grau, e incompetência do Conselho para afastar a aplicação de dispositivo de Lei Estadual. Não procede o recurso que tem como único objeto, a pretensão que não é da competência do CONSEF, como a declaração da inconstitucionalidade da aplicação da Taxa Selic ao débito tributário. Rejeitada a preliminar de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário, interposto em face do Acórdão nº 0116-02/21-VD da 2ª JF deste CONSEF, que julgou Procedente o presente Auto de Infração, lavrado em 31/03/2020, no valor histórico de R\$1.649.939,03, em razão da seguinte infração:

***Infração 01 – 05.04.01** – Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através da manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, referente aos períodos de dezembro de 2018 e dezembro de 2019, sendo informado pelo autuante que o contribuinte “Manteve na conta Fornecedores, obrigações já pagas, conforme informação prestada pelo fornecedor e demonstrativos anexos”.*

Concluída a instrução processual, a 2ª Junta de Julgamento Fiscal assim decidiu:

VOTO

O contribuinte autuado, é inscrito no Cadastro Estadual na condição de MICROEMPRESA, não optante do SIMPLES NACIONAL, atua no ramo de atividade econômica principal com o CNAE-Fiscal 0163-6/00 – Atividades de pós-colheita, e secundárias de cultivo de batata-inglesa, de tomate rasteiro, comércio atacadista de embalagens, dentre outras.

Considerando que a matéria tratada no presente lançamento e que o sujeito passivo é uma MICROEMPRESA, registro que a Contabilidade é obrigatória para todas as empresas, exceto para o MICROEMPREENDEDOR INDIVIDUAL – MEI, visto que não distribui lucro acima da presunção legal, como preceitua o art. 1.179 do Código Civil:

Art. 1.179. O empresário e a sociedade empresária são obrigados a seguir um sistema de contabilidade, mecanizado ou não, com base na escrituração uniforme de seus livros, em correspondência com a documentação respectiva, e a levantar anualmente o balanço patrimonial e o de resultado econômico.

Portanto, as MICROEMPRESAS e EMPRESAS DE PEQUENO PORTE, independentemente de serem optantes do SIMPLES NACIONAL, estão obrigados a manter sua escrita contábil, apesar de desfrutarem de simplificações quanto as regras tributárias para o cumprimento de obrigações acessórias e principais e na forma de contabilização dos fatos contábeis.

Compulsando os autos, constato que o contribuinte foi cientificado do início da ação fiscal através do Termo de Intimação, entregue pessoalmente ao seu representante em 20/01/2020, onde foi requerido a apresentação dos

Documentos de Arrecadação Estadual – DAE's referentes a antecipação tributária, Livro Diário, Livro Razão e o Livro Registro de Utilização de Documentos Fiscais e Termos de Ocorrência – RUDFTO.

À fl. 19, consta cópia da mensagem nº 158573, postada em 06/05/2020, via Domicílio Tributário Eletrônico – DT-e, através da qual o contribuinte foi intimado a tomar conhecimento da lavratura do Auto de Infração e por conseguinte, notificado a quitar o débito levantado ou apresentar defesa no prazo de sessenta dias, tendo sido nesta oportunidade sido entregue todos os arquivos eletrônicos gravados na mídia, cópia do CD, fl. 20, e dos documentos e levantamentos que serviram de base para o lançamento, fato que o possibilitou conhecer o teor da acusação permitindo-lhe defender-se da forma que julgou mais adequada, como o fez. Assim, foi observado o devido processo legal, o princípio da ampla defesa e contraditório.

O demonstrativo analítico, sob o título DEMONSTRATIVO DAS OBRIGAÇÕES JÁ PAGAS MANTIDAS NA CONTA FORNECEDORES, referente ao período fiscalizado, anexo às fls. 04 a 14, foi elaborado pelo autuante de forma clara e didática, demonstrando os fatos que levaram a constituição do crédito tributário, contendo a relação de cada título referente as obrigações com os fornecedores, relacionando-os com cada nota fiscal, identificada através do número, do nome do remetente, CNPJ, data de emissão, CFOP e do valor da operação, tudo com base nas cópias do Livro Razão e dos Balanços Patrimoniais, cópias gravadas no CD.

Pelo exposto, não tem sustentação a arguição da defesa da existência de vício, quando alega que “Consoante demonstrativos anexos ao Auto de Infração, o nobre Preposto Fiscal não trouxe elementos essenciais que comprovem a omissão de receita”, razão pela qual, o argumento não merece acolhimento.

Por outro lado, verifico que a autoridade fiscal levou a efeito a aplicação do correto e apropriado roteiro de auditoria fiscal-contábil, observando e demonstrando assertividade nos exames, não procedendo a afirmação da defesa para sustentar a arguição de nulidade, de que o lançamento é manifestadamente nulo, “uma vez que não adota os métodos normais de fiscalização e impossibilita a plena defesa do Autuado, tendo em vista que não aponta as omissões de saídas, escudando-se em presunção que se demonstrara ilegalmente constituída”.

Destarte, verifico que o lançamento foi realizado em observância às determinações legais e regulamentares, a descrição do fato infracional se apresenta de forma clara, é possível se determinar com certeza a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário, assim como a multa sugerida e os dispositivos legais e regulamentares infringidos.

Observe e repito: o direito de ampla defesa e do contraditório do contribuinte foi plenamente preservado, inexistindo qualquer vício ou falha que macule de nulidade o Auto de Infração, portanto, rejeito todas as arguições de nulidade suscitadas.

Superadas as questões preliminares, ao adentrar na análise do mérito, faço inicialmente algumas considerações, por considerá-las pertinentes.

É cediço, que os fatos geradores do ICMS só podem ser caracterizados mediante a constatação da realização de todos os aspectos previstos e tipificados na norma legal, uma vez que as imputações de ordem jurídico-tributária devem observar os critérios de segurança e certeza, e tratando-se de lançamentos tributários, em consonância com o princípio da tipicidade cerrada e da estrita legalidade, não pode haver exigência de tributo com fundamento em suposições.

Assim, a exigência tributária, nasce da observação e constatação pela autoridade administrativa competente de fatos ocorridos no mundo real, que comprovadamente praticados pelo sujeito passivo, estes infringiram uma norma, carecendo, para justificar a exação fiscal, da existência de provas para demonstrar a efetiva ocorrência destes fatos descritos na norma de incidência do tributo.

Nesse contexto, importante destacar que fato gerador e hipótese de incidência são coisas distintas. O Código Tributário Nacional define no artigo 114: “Fato gerador da obrigação principal é a situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência”. Não há como denominar de fato gerador uma situação abstrata, vez que o fato é algo realizado, concreto, daí o motivo da necessidade em distinguir o “fato gerador” da “hipótese de incidência”.

Assim, fato gerador pode ser considerado como o fato efetivamente realizado e materializado. É a realização concreta de um comportamento descrito na norma, cuja observação faz nascer uma obrigação jurídica, bem como define juridicamente a natureza do tributo.

Já a hipótese de incidência, é a abstração legal de um fato, ou seja, é aquela situação descrita na lei cuja previsão é abstrata, tratando-se, pois, de uma hipótese que poderá vir a ocorrer no mundo dos fatos, e que, uma vez realizada, se concretiza como fato gerador.

No ato de relatarem o evento tributário, é imprescindível que as autoridades administrativas demonstrem e descrevam a ocorrência do fato gerador, utilizando uma linguagem técnica, coerente e admitida pelo Direito, ponto onde se insere o campo das provas da ocorrência fática, que devem ser aptas para certificar a ocorrência do fato, ou seja, comprovar a legitimidade da norma individual e concreta que documenta a incidência

tributária, o que significa promover a verificação de que o acontecimento tático narrado e a relação jurídica instaurada mantêm estrita correspondência com as provas apresentadas, de forma que observando o princípio da tipicidade cerrada, o emprego de presunções e ficções no campo tributário, deve ser comedida.

Nesse sentido, transcrevo lição de Paulo de Barros Carvalho, extraído do artigo publicado no sítio <https://www.ibet.com.br/>, sob o título SOBRE A TEORIA DA PROVA NO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO E O EMPREGO DE PRESUNÇÕES.

“Nem sempre, no entanto, a prova é tida como ‘fato’. Às vezes, poderá ser utilizada para referir-se a vínculo, como ocorre nos casos das presunções. Ingressamos aqui nos estudos da aplicabilidade das presunções na sistemática das provas.

Supor que um fato tenha acontecido ou que sua materialidade tenha sido efetivada, não é o mesmo que exibir a concretude de sua existência, mediante prova direta, conferindo-lhe segurança e certeza. Nesse sentido, os recursos à presunção devem ser utilizados com muito e especial cuidado. No campo do direito tributário, não deve a presunção manter atinência intrínseca aos aspectos estruturados da norma de incidência tributária, mas apenas referir-se a elementos (situações/fatos) que possam conduzir à tipificação da figura impositiva.

Na presunção legal encontraremos, de um lado, o fato presuntivo e, de outro, o fato presumido. Considera-se provado o fato legalmente presumido. E o que justifica essa previsão legal? Por que o fato presumido adquire, de pronto, status de fato provado? Tal se justifica pelo vínculo de associação prescrito pela lei. Desse modo, fala-se em presunção relativa, que admite prova em contrário; mas, não havendo prova em contrário, a associação se mantém; dado o fato presuntivo, deve ser o fato presumido, porque não houve prova em sentido oposto”.

No caso em análise, a autuação embasa-se em uma presunção relativa, prevista na Lei nº 7.014/96, que, assim sendo, aceita a prova em contrário, diante da possibilidade do sujeito passivo contrapor-se ao lançamento, dispondo de elementos probatórios, demonstre que não cometeu a infração que lhe está imputada.

A defesa, não cuidou de tal encargo, reservando-se a arguir nulidades, questionar a adoção do instituto da presunção no Direto Tributário e a aplicação da TAXA SELIC na atualização dos créditos tributários.

No mérito, a acusação exige o ICMS decorrente da omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através da manutenção no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, consiste no conhecido passivo fictício.

O passivo fictício, decorre de duas condutas distintas: registro na contabilidade de obrigações inexistentes e a manutenção no passivo de obrigações já quitadas.

O primeiro caso, decorre da constatação da existência de obrigações quitadas, que nunca existiram, ou seja, títulos fictícios para encobrir o saldo credor da conta caixa.

O segundo caso, ocorre quando a entidade paga, por exemplo, duplicatas a fornecedores com dinheiro não contabilizado, e como não há saldo contábil nas contas caixa ou bancos (disponibilidades), suficiente para justificar tais pagamentos, não se procede a baixa destes títulos quitados, os mantendo como se não fossem, porque se contabilizados, ocorreria o chamado “estouro do caixa contábil”, ou seja, ter-se-ia saldo credor de caixa. Desta forma, adotando uma prática contrária às normas da contabilidade, mantém-se o passivo pendente de registro contábil, embora pago, baixando-o quando o caixa contábil apresenta condições para tal.

A forma de se identificar a existência de passivo fictício é comparar o saldo da conta fornecedores, existente na data do balanço com as duplicatas representativas deste saldo e pela análise da data da quitação, constatando-se a ocorrência de passivo fictício, mediante a existência de duplicatas quitadas antes do balanço, ainda pendentes de baixa na contabilidade por inexistência do competente registro contábil.

Na manutenção de obrigações quitadas no passivo, a presunção legal é a de que elas foram quitadas com recursos provenientes de “caixa dois”; já no registro de obrigações inexistentes, a presunção é a de que ativos foram adquiridos com recursos de “caixa dois”, servindo o passivo fictício para acobertar tal prática.

Interessa analisar, por pertinência ao caso em apreço, a manutenção no passivo de obrigações já pagas, cuja quitação não foi contabilizada, ou foi escriturada extemporaneamente, uma vez que sendo escriturado o lançamento a crédito na conta do ativo originária dos recursos utilizados no pagamento, implicaria em saldo credor nesta conta, fato que indica omissão de receita.

Assim, este saldo credor resulta da não contabilização das receitas, com as quais a obrigação com os fornecedores foi quitada. Em ambas as situações, se está diante de presunções relativas que são suscetíveis de elisão, isto é, oposição de provas e argumentos que modificam a conclusão sobre os fatos

Assim, entende a Coordenação do Sistema de Tributação da Receita Federal do Brasil, conforme Parecer Normativo CST nº 556/1997:

“A constatação pela fiscalização na contabilidade do contribuinte de passivo fictício representado por títulos já resgatados, mas figurando ainda em aberto, é prova concludente de desvio de receita, cabendo a tributação na pessoa jurídica, como receita desviada, de valor equivalente ao da obrigação, aplicando-se as penalidades previstas na legislação. Constatado ainda que em data posterior aparece o registro do pagamento da referida importância, cabe também o lançamento na pessoa dos sócios, acionistas ou fonte, como distribuição de receita desviada com as penalidades aplicáveis”.

Por tudo já exposto, verifico que a autoridade fiscal, após o exame minucioso dos registros contábeis da autuada, aplicou o adequado roteiro de auditoria, procedeu a circularização dos registros da autuada com os dados dos fornecedores, caracterizou de forma irrefutável a existência dos títulos arrolados no demonstrativo, já pagos, sem o exigido registro na contabilidade, caracterizando claramente a existência do passivo fictício.

Não havendo na defesa, questionamento quanto ao mérito da autuação, como também não tendo sido apresentadas quaisquer provas que pudessem elidir a infração, assim como não houve taxativa negação do cometimento da infração, a considero subsistente.

Quanto a arguição de inconstitucionalidade da aplicação da TAXA SELIC na atualização dos créditos tributários, lembro que ao CONSEF carece a competência legal para apreciar matérias que questionam a constitucionalidade de normativos legais, e negar a aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior.

Contudo, é oportuno e pertinente tecer algumas considerações sobre a matéria.

O art. 102, inc. II do COTEB, tem vigente a redação a seguir transcrita:

Art. 102. Os débitos tributários recolhidos fora dos prazos regulamentares ficarão sujeitos aos seguintes acréscimos moratórios (...)

II - se reclamados através de Auto de Infração, 1% (um por cento) por cada mês ou fração seguinte, a partir de 30 (trinta) dias de atraso.

Ressalto que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Agravo em Recurso Especial nº 1.216.078, em sede de repercussão geral, “...reafirmou sua jurisprudência dominante de que estados-membros e o Distrito Federal podem legislar sobre índices de correção monetária e taxas de juros de mora incidentes sobre seus créditos tributários, desde que os percentuais não ultrapassem os fixados pela União para a mesma finalidade”.

O tema foi objeto do Recurso Extraordinário com Agravo – ARE 1.216.078, que teve repercussão geral reconhecida e o mérito julgado no Plenário Virtual.

De tal decisão emerge o entendimento de que os índices de correção monetária e taxas de juros de mora incidentes sobre seus créditos tributários não poderão ultrapassar aqueles previstos na norma geral editada pela União, que atualmente se utiliza da taxa SELIC, conforme trecho do voto do Ministro Dias Toffoli, no supracitado processo a seguir transcrito:

“Pois bem, a Carta Magna prevê que compete à União, aos estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre direito financeiro (art. 24, inciso I).

No exercício dessa competência, cabe à União legislar sobre normas gerais, assegurada a competência suplementar dos outros entes (§ 2º do art. 24). No caso de inexistir lei federal, os Estados e o Distrito Federal podem exercer a competência legislativa plena para atender a suas peculiaridades (§ 3º do art. 24). Nessa última hipótese, a superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia das leis locais sobre o mesmo assunto que contenham regramento distinto (§ 4º do art. 24).

Especificamente quanto à matéria relacionada a índices de correção monetária e taxas de juros de mora aplicáveis a créditos fiscais, por se tratar de matéria financeira devidamente regulada pela União, os demais entes somente podem exercer validamente sua competência suplementar nos limites estabelecidos pela legislação federal.

Sobre essa temática, o Plenário do Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que os estados-membros e o Distrito Federal podem legislar sobre índices de correção monetária e taxas de juros de mora incidentes sobre seus créditos fiscais, limitando-se aos percentuais estabelecidos pela União para os mesmos fins”.

Ou seja, os argumentos da defesa, quanto a ilegalidade na taxa SELIC, não tem respaldo.

Em relação a pretensão da autuada ao requerer o usufruto dos benefícios do Decreto nº 7.799/2000, referente a redução da base de cálculo do ICMS nas operações internas realizadas na condição de atacadista, destinadas a contribuintes do imposto, reduzindo o valor do imposto devido no percentual previsto no citado decreto, registro que efetivamente a autuada foi beneficiária do Decreto nº 7.799/2000, entre 17/05/2019, até 30/06/2020, quando expirou a vigência do Termo de Acordo, conforme Parecer nº 11944/2019, não há como atender, mesmo porque não havendo registro fiscal ou contábil de tais operações, não há como atestar a preenchimento das

condições estabelecidas no decreto para usufruto da requerida redução da base de cálculo do ICMS.

Primeiro, porque os fatos foram apurados nos exercícios de 2018 e 2019. Portanto, grande parte deles ocorreram quando a autuada ainda não estava habilitada a usufruir do citado benefício da redução de base de cálculo do ICMS em 41,176%, nas operações de saídas internas de estabelecimentos inscritos no Cadastro de Contribuintes do ICMS, CAD-ICMS.

Segundo porque, para o contribuinte, mesmo sendo signatário de Termo de Acordo – Decreto nº 7.799/00, para ter direito a usufruir do benefício da redução da base de cálculo, é necessário que se verifique o cumprimento de condicionantes previstas no citado decreto, o que somente seria possível constatar através da análise dos documentos emitidos nas operações de vendas, ação que por óbvio é impossível no presente caso, pelo fato da defesa não ter trazido aos autos elementos probantes que possibilitassem a requerida análise.

Portanto, constato ter agido corretamente o autuante, em não considerar no cálculo do imposto devido a aplicação do benefício requerido, e, portanto, fica indeferido, pelas razões expostas.

Pelo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Regularmente intimado, o contribuinte interpôs Recurso Voluntário com o seguinte teor.

Inicialmente, sustenta a nulidade da ação fiscal, apontando que o acórdão não teria apreciado a preliminar, tendo apenas mencionado de forma reduzida e de passagem em um único parágrafo o tema. Destaca que a questão necessita ser apreciada e julgada com a devida fundamentação pois o autuante não trouxe elementos essenciais que comprovariam a omissão de receita.

Afirma que a ação fiscal não adota os métodos normais de fiscalização, impossibilitando sua plena defesa, tendo em vista que não aponta as omissões de saída e se fundamenta em presunção, de forma que não se pode assegurar com certeza o cometimento de qualquer irregularidade, repetindo que o auto é nulo por afrontar os princípios constitucionais do contraditório, do devido processo legal e da legalidade, os quais entende também abarcados pelo art. 2º do RPAF.

Diz que o auditor deveria ter levantado todos os elementos que constituíssem omissão de receitas tributáveis e que o PAF não contém elementos suficientes para determinar com segurança a infração, não havendo como concluir que os valores lançados representam omissões de receita tributável, faltando ao procedimento elementos que materializem a infração, pela falta de adoção dos critérios regulares de auditoria, violando o art. 18 do RPAF.

Apona também violação do art. 142 do CTN, por entender que o autuante lavrou o auto usando de sua discricionariedade como arbitrariedade, de modo que o lançamento contém o vício do abuso de poder, exigindo imposto fora das hipóteses elencadas na legislação. Reforça que o processo administrativo sem a oportunidade de defesa ou com a defesa cerceada é nulo, devendo-se entender por garantia de defesa não só a observância do rito adequado, como cientificação do processo ao interessado, a oportunidade para contestar e produzir provas a fim de impugnar a acusação, acompanhando os atos de instrução, utilizar-se dos recursos cabíveis, até o final do procedimento. Reproduz trecho de julgado do TIT/SP.

Disserta sobre a necessidade de o ato administrativo estar em perfeita sintonia com a conformação formal e ideológica do fato, destacando a aplicação dos princípios da legalidade e da moralidade à Administração Pública. Reconhece certa dose de discricionariedade do agente fiscal, contudo, destaca que não é sinônimo de arbitrariedade e tampouco é absoluta, devendo o lançamento obedecer à forma legal para sua realização.

Observa que não cabe ao auditor fiscal desconsiderar a produção de prova da omissão de receitas, o que resulta em incerteza e insegurança na determinação da infração. Reitera que o Auto de Infração não tem amparo formal e nem material com a matéria fática e contábil, partindo de uma situação fiscal simulada, onde não ocorreu uma circulação passível do ICMS, inexistindo a prova de sua materialização no próprio auto.

Indica que o parágrafo primeiro do art. 18 do RPAF não socorre o autuante, pois, serve para evitar mora oriunda de eventuais incorreções ou omissões, porém, se aplica apenas ao Auto de Infração lavrado conforme a legislação, o que não seria o caso. Transcreve trechos do Acórdão CJF nº 0395-

11/02, do Acórdão 0222/00, do Acórdão CJF nº 0612/00 e do Acórdão CJF nº 0135/00.

No tópico seguinte, questiona a legalidade da utilização da presunção prevista no art. 4º, § 4º, inciso III da Lei Estadual nº 7.014/96, referente à manutenção no passivo de obrigações já pagas ou inexistentes.

Explica o conceito de presunção, escorando-se em doutrina de Alfredo Augusto Becker, destacando que a presunção deve sempre resultar da experiência, da observação, do acontecer dos fatos na ordem natural das coisas, não podendo surgir do nada. Cita também trabalho de Leonardo Sperb de Paola, para reforçar que o legislador estabeleceu a presunção legal a partir da percepção que efetivamente existe uma correlação lógica, segura e direta entre o fato conhecido e aquele provável (desconhecido) que se afirma com a técnica.

Alega, por outro lado, que inexistente correlação lógica direta e segura na situação aqui discutida, entre a suposta manutenção de passivo e a omissão de rendimentos, pois, nem sempre o volume de passivo constante na escrita leva ao rendimento ou receitas tributáveis, de modo que a presunção legal prevista na legislação baiana colide com as diretrizes do processo de criação das presunções legais.

Cita trabalho de Carlos Mário da Silva Velloso para defender que somente os depósitos bancários não se prestam a comprovar a omissão de receitas, servindo apenas de marco inicial de investigação, pois, podem representar um empréstimo, uma doação ou mesmo trânsito de dinheiro de terceiros, não podendo ser erigidos à qualidade de fato indiciário e, logo, incapazes de sustentar uma presunção legal.

Insiste que a presunção legal, no presente caso, não está calcada na experiência anterior e nem possibilita estabelecer correlação direta entre o passivo e a omissão da receita, transferindo o encargo probatório ao contribuinte, com manifesta impossibilidade de sua presunção, motivo pelo qual espera seja acolhida a preliminar.

Quanto ao mérito, sustenta que a JJF desconsiderou que é autorizado a gozar do benefício da redução da base de cálculo do ICMS. Cita o § 5º, do art. 4º da Lei nº 7.014/96 para afirmar que, na hipótese de saída de mercadorias tributáveis mencionadas nesta infração ocorre a aplicação de alíquota de 18% destinada às operações internas, cabendo ainda a fruição da redução da base de cálculo em 41,176% prevista no art. 1º do Decreto nº 7.799/00.

Indica que faz jus aos benefícios do Decreto nº 7.799/2000 conforme Termo de Acordo, firmado junto a SEFAZ – BA Processo: 096187/2018-2 - CORAP NORTE/PA SAC IRECÊ. Menciona que “(...) não se poderia furtar à análise dos percentuais de faturamento para pessoa jurídica, uma vez que o benefício expirou sua validade pelo tempo máximo, não houve cassação do benefício pelo não atendimento ao percentual de vedas a pessoas jurídicas” e reforça que deve ser aplicada a redução da base de cálculo prevista no Decreto nº 7.799 nas operações internas com as mercadorias relacionadas aos códigos de atividade constante nos itens 1 a 16 do anexo único da norma, tendo o autuante desconsiderado seu direito ao benefício.

Em seguida, aponta a necessidade de afastamento da Taxa SELIC por entender que se trata de parcela manifestamente ilegal e inconstitucional, que contraria os “(...) institutos do princípio da legalidade (art. 150, I, da CF), anterioridade (150, III, “b” da CF), anterioridade nonagesimal (art. 195, § 6º, da CF), da indelegabilidade de competência tributária (arts. 48, I, e 150, I, da CF) e da segurança jurídica (inserido em vários incisos do art. 5º da CF) como será disposto ao longo desta peça vestibular”.

Discorre sobre o histórico legislativo concernente à adoção da SELIC no campo tributário, transcrevendo dispositivos da Lei nº 9.065/95, da Lei nº 9.250/95, da Lei nº 8.212/91, da Lei nº 9.430/96, da Lei nº 7.753/00 para dizer que nenhum define o que seria a Taxa Selic, apontando que não é calculada sobre a diferença do valor de compra e de resgate de títulos, considerando em seu cômputo os juros cobrados nas operações de venda de título negociável em operação

financeira com cláusula de compromisso de recompra e não sobre a diferença entre valor de compra e de resgate dos títulos.

Aponta que, por ser diária, com negociação *overnight*, é acumulada para formar taxa mensal, sendo utilizada para remunerar determinada instituição financeira que empresta recursos a outra. Cita trecho do voto do Ministro Franciulli Netto, no REsp 215.881/PR, acolhendo arguição de inconstitucionalidade da Taxa Selic. Afirma que adotar taxa que não foi criada pela lei para fins tributários acaba por aumentar o valor do tributo, por não representar os rendimentos do Governo com a negociação da dívida mobiliária e, por ter como função, a remuneração do capital, gera um aumento mensal do tributo.

Discorre sobre o princípio da legalidade, citando lição de Carrazza para afirmar que a criação e a majoração de tributos dependem de lei, sendo inconstitucional a adoção de índice que não foi criado nesses moldes, reiterando que a Selic, por ter intuito de remuneração de títulos aumenta o tributo sem previsão legal, não podendo o atraso do contribuinte gerar renda para o Estado. Cita Sacha Calmon de Navarro Coelho para reafirmar que não basta a adoção por lei da Selic, mas, seria necessária sua criação por lei em sentido estrito, com todos os fatores de sua quantificação.

Prossegue reproduzindo trechos do voto do Ministro Franciulli Netto, no REsp 215.881/PR, repetindo que a taxa Selic importa em aumento de tributo sem lei que a estabeleça, violando a indelegabilidade da competência tributária. Indica que a Selic, por normalmente superar 1% ao mês, estaria em descompasso com o § 1º do art. 161 do CTN, afirmando que para tanto ela deveria ser prevista também em lei complementar.

Defende ainda ofensa ao princípio da anterioridade, considerando que o BACEN fixa a taxa Selic com variação mensal. Entende que somente poderia ter aplicação no exercício seguinte ou noventa dias após a promulgação da lei que determina cada percentual mensal. Cita Aliomar Baleeiro com as atualizações de Misabel Abreu Machado Derzi para apontar seu direito de saber com antecedência a forma, o tempo e o “quantum” a ser pago, relacionando o princípio da anterioridade com o da legalidade dos quais ainda extrai os princípios da não-surpresa e da segurança jurídica para reforçar a inconstitucionalidade da delegação de competência exclusiva para o BACEN porque somente o Congresso Nacional poderia dispor sobre criação ou majoração de tributos, não podendo eventual vácuo legislativo ser suprido por ente político diverso daquele a quem compete regular a matéria.

Menciona que o STJ reconheceu incidentalmente a inconstitucionalidade da SELIC no REsp 215.881/PR reproduzindo a sua ementa.

Conclui requerendo que seja acolhida a preliminar de nulidade do Auto de Infração ou, em nome do princípio da eventualidade, que seja julgada procedente em parte a infração 01 para reduzir o valor do lançamento, reconhecendo o benefício da redução de base de cálculo do ICMS.

Recebidos os autos, foram a mim distribuídos para apreciação.

VOTO

As preliminares arguidas pela recorrente não merecem prosperar.

A primeira, acusa a Junta de Julgamento Fiscal de não ter apreciado corretamente a sua preliminar de nulidade da impugnação, se limitando a mencionar o tema de passagem em apenas um parágrafo. Não é o que se verifica nos autos. Esta preliminar, que aponta vícios formais na constituição do crédito, foi assim examinada pelo juízo de primeiro grau:

Compulsando os autos, constato que o contribuinte foi cientificado do início da ação fiscal através do Termo de Intimação, entregue pessoalmente ao seu representante em 20/01/2020, onde foi requerido a apresentação dos Documentos de Arrecadação Estadual – DAE's referentes a antecipação tributária, Livro Diário, Livro Razão e o Livro Registro de Utilização de Documentos Fiscais e Termos de Ocorrência – RUDFTO.

À fl. 19, consta cópia da mensagem nº 158573, postada em 06/05/2020, via Domicílio Tributário Eletrônico – DT-e, através da qual o contribuinte foi intimado a tomar conhecimento da lavratura do Auto de Infração e por

consequente, notificado a quitar o débito levantado ou apresentar defesa no prazo de sessenta dias, tendo sido nesta oportunidade sido entregue todos os arquivos eletrônicos gravados na mídia, cópia do CD, fl. 20, e dos documentos e levantamentos que serviram de base para o lançamento, fato que o possibilitou conhecer o teor da acusação permitindo-lhe defender-se da forma que julgou mais adequada, como o fez. Assim, foi observado o devido processo legal, o princípio da ampla defesa e contraditório.

O demonstrativo analítico, sob o título DEMONSTRATIVO DAS OBRIGAÇÕES JÁ PAGAS MANTIDAS NA CONTA FORNECEDORES, referente ao período fiscalizado, anexo às fls. 04 a 14, foi elaborado pelo autuante de forma clara e didática, demonstrando os fatos que levaram a constituição do crédito tributário, contendo a relação de cada título referente as obrigações com os fornecedores, relacionando-os com cada nota fiscal, identificada através do número, do nome do remetente, CNPJ, data de emissão, CFOP e do valor da operação, tudo com base nas cópias do Livro Razão e dos Balanços Patrimoniais, cópias gravadas no CD.

Pelo exposto, não tem sustentação a arguição da defesa da existência de vício, quando alega que “Consoante demonstrativos anexos ao Auto de Infração, o nobre Preposto Fiscal não trouxe elementos essenciais que comprovem a omissão de receita”, razão pela qual, o argumento não merece acolhimento.

Por outro lado, verifico que a autoridade fiscal levou a efeito a aplicação do correto e apropriado roteiro de auditoria fiscal-contábil, observando e demonstrando assertividade nos exames, não procedendo a afirmação da defesa para sustentar a arguição de nulidade, de que o lançamento é manifestadamente nulo, “uma vez que não adota os métodos normais de fiscalização e impossibilita a plena defesa do Autuado, tendo em vista que não aponta as omissões de saídas, escudando-se em presunção que se demonstrara ilegalmente constituída”.

Destarte, verifico que o lançamento foi realizado em observância às determinações legais e regulamentares, a descrição do fato infracional se apresenta de forma clara, é possível se determinar com certeza a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário, assim como a multa sugerida e os dispositivos legais e regulamentares infringidos.

Observe e repito: o direito de ampla defesa e do contraditório do contribuinte foi plenamente preservado, inexistindo qualquer vício ou falha que macule de nulidade o Auto de Infração, portanto, rejeito todas as arguições de nulidade suscitadas.

Superadas as questões preliminares, ao adentrar na análise do mérito, faço inicialmente algumas considerações, por considerá-las pertinentes.

A segunda preliminar, por sua vez, diz respeito à presunção legal que foi utilizada pela fiscalização. A recorrente formula pedido incompatível com a competência deste Conselho, pois, em momento algum questiona concretamente o procedimento fiscalizatório que culminou na lavratura do Auto de Infração em discussão. A sua irrisignação, em verdade, é contra a própria previsão legal da Lei nº 7.014/96, ou seja, a recorrente busca o reconhecimento da “ilegalidade da lei”.

Destaco, para demonstrar, o seguinte trecho do Recurso Voluntário:

“(…) Pelo menos no tocante ao Recorrente, essa inadequação está presente na presunção legal estabelecida pelo art. 4, parágrafo quarto, inciso III, da Lei Estadual nº 7.014/96, posto que entre a suposta manutenção de passivo e a omissão de rendimentos não há uma correlação lógica direta e segura. Vale dizer, nem sempre o volume de passivo constante na escrita leva ao rendimento ou receitas tributáveis.

Conclui-se, portanto, que a presunção legal estabelecida na Lei Estadual colide com as diretrizes do processo de criação das presunções legais, pois a experiência haurida com os casos anteriores evidenciou que entre esses dois fatos não havia nexo causal.

Significa, portanto, que essa presunção não está estribada na experiência, não está esteada, para usar as palavras do mestre Becker, no “acontecer dos fatos segundo a ordem natural das coisas”. (...)”

Falar de lei “ilegal”, é incorrer em *contradictio in terminis* ou “contradição em termos”. A lei só pode ser constitucional ou inconstitucional, pois além de gozar de presunção de legalidade e de legitimidade enquanto vigente, não há hierarquia entre leis em sentido estrito, ainda que se tratando de normas de diferentes esferas de incidência. Deste modo, qualquer incompatibilidade de uma lei com outra, deve ser dirimida no campo da competência.

O Min. Moreira Alves, debatendo sobre antinomia entre lei complementar e lei ordinária, ainda sob a égide da Constituição de 1967 com a EC nº 01/69, afirmou:

“A lei estadual, no âmbito de sua competência, não é inferior à federal. E a lei complementar federal também está no mesmo nível da lei ordinária federal. O problema é apenas de competência. Hoje, pelo menos, a

doutrina dominante é esta. Não há subordinação hierárquica, senão a lei federal também poderia ser ilegal. Pelo critério de V. Exa., toda vez que uma lei ordinária federal ferir princípio do Código Tributário Nacional, será ilegal, o que é uma contradição em termos.” (RE 84994, Relator(a): XAVIER DE ALBUQUERQUE, Tribunal Pleno, julgado em 13/04/1977, DJ 16/06/1978)

Portanto, não há como afastar a legalidade da presunção prevista no inciso III, do § 4º, do art. 4º da Lei nº 7.014/96, porque além de gozar de presunção de legalidade, extrapola a competência deste Conselho, nos termos do art. 167 do RPAF.

Ademais, apesar de questionar a validade da norma, a recorrente nada apontou de prejuízo que tenha lhe causado, tampouco demonstrou ter havido qualquer erro no lançamento em função da utilização da presunção legal, ainda que por amostragem.

Rejeito, portanto, as preliminares.

No mérito, o recurso também não merece prosperar.

A pretensão também vai de encontro à competência deste Conselho, pois a recorrente pretende ver reconhecida a inconstitucionalidade da aplicação da Taxa Selic aos débitos tributários, pretensão que não se encontra dentro das prerrogativas do CONSEF, na forma do art. 167 do RPAF, pois implicaria em declaração de inconstitucionalidade e/ou negativa de aplicação de ato editado por autoridade superior, pois não há dúvida de que se trata de acréscimo previsto em lei, como a própria recorrente indicou em seu recurso.

Assim, voto por NEGAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário interposto, e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **207150.0003/20-3**, lavrado contra **TELES E BRITO EMBALAGENS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.649.939,03**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 15 de outubro de 2021.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

ANDERSON ÍTALO PEREIRA – RELATOR

EVANDRO KAPPES – REPR. DA PGE/PROFIS