

A. I. Nº - 217366.0030/18-0
AUTUADO - SILVA ARAÚJO COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.
AUTUANTES - WILSON DE ALBUQUERQUE MELO JÚNIOR
ORIGEM - INFAZ ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 13/04/2021

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0033-04/21-VD

EMENTA: ICMS. SIMPLES NACIONAL. FALTA DE RECOLHIMENTO. ERRO NA APURAÇÃO DOS VALORES DO IMPOSTO. RECEITA TRIBUTADA COMO NÃO TRIBUTADA. Não há nos autos elementos probatórios capazes de obliterar a imputação fiscal. Não elidida a presunção de legitimidade da autuação prevista no Art. 143 do RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99). **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:** Não acolhida, em razão da ausência de previsão legal. **NULIDADE:** Não acolhida a nulidade suscitada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão Unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração lavrado em 28/12/2018, para exigir crédito tributário no valor histórico de R\$219.912,15 (duzentos e dezenove mil, novecentos e doze reais e quinze centavos), em decorrência da seguinte imputação:

Infração 01 - 17.05.01: Deixou de recolher ICMS em razão de considerar receita tributável como não tributável (imunidade, isenção ou valor fixo). Fatos geradores ocorridos nos meses de janeiro e abril a dezembro de 2014; janeiro a dezembro de 2015 e janeiro a dezembro de 2016. Multa de 75%, prevista no art. 33 da Lei Complementar nº 123/06 e art.44, I da Lei Federal nº 9.430/96 de 27/12/96.

O Contribuinte foi notificado do Auto de Infração, presencialmente, em 04/01/2019 e ingressou tempestivamente com defesa administrativa em 27/02/2019, peça processual que se encontra anexada ao PAF às fls. 101 a 130. A impugnação foi formalizada através de petição subscrita por Advogado legalmente constituído conforme instrumento de procuração de fls. 111.

Na peça impugnatória, inicia tecendo comentários sobre a tempestividade da defesa e após fazer um resumo dos fatos afirma que o autuante procedeu a uma autuação irregular, ocasionando um auto de infração ilegítimo.

Antes de adentrar ao mérito, diz ser imperioso trazer à baila as razões que conduzem a decretação da nulidade sumária da autuação.

Fala sobre o lançamento de crédito tributário e da competência dos Auditores Fiscais e Agentes de Tributos Estaduais para fazê-lo, nos termos do art. 42 do RPAF. Que embora o inciso II deste dispositivo permita que os Agentes de Tributos constituam créditos decorrentes da fiscalização de pessoas jurídicas optantes pelo Simples Nacional, entende-se que a atribuição de tal competência decorre diretamente do disposto no art. 107, §3º do COTEB (Lei Estadual nº 3.956/81), alterado pela Lei nº 11.470/09.

Aduz que ao versar sobre a investidura na carreira pública, o art. 37, II da Carta Magna determina expressamente que esta decorrerá de aprovação em concurso público. Que, ao permitir que o

Agente de Tributos, possa desempenhar tais funções, o legislador baiano agrediu o texto constitucional. Que tal conduta, ofende posicionamento sumulado do STF. Cita e reproduz a Súmula 685 do STF, o Parecer AGU, na ADI 4.233, Parecer da Procuradoria-Geral da República e o acórdão proferido na ADI 3.857 (Relator Ministro RICARDO LEWANDOWSKI).

Acrescenta que considerando todos os argumentos expostos, outra não pode ser a conclusão senão pela nulidade do Auto, conforme determina o art. 18, I do RPAF, posto ter sido lavrado por servidor incompetente para tanto.

Quanto ao mérito, argumenta que em momento algum agiu de má-fé ou tentou se esquivar do pagamento de tributos. Que sempre diligenciou para bem cumprir suas obrigações perante o Poder Público. Que ao aplicar uma norma o agente fiscal não deve estar restrito à sua literalidade, mas deve buscar o equilíbrio entre a legalidade e a finalidade da norma.

Disserta sobre o princípio da moralidade e da finalidade da norma. Assevera que nenhum dano foi causado à Fazenda, vez que não deixou de pagar os valores devidos.

Argumenta que a multa não pode ter caráter confiscatório, sob pena de ferir o art. 150, IV, da Constituição Federal, o qual replica. Que no caso em tela, não seria razoável e nem proporcional que o impugnante pague uma multa ultrapassando o limite do bom senso e da razoabilidade. Faz referência aos ensinamentos de Odete Medauar e de outros doutrinadores sobre o assunto, tais como Paulo Cesar Baria de Castilho e Sacha Coelho.

Registra que, tendo em vista o princípio da razoabilidade que deve reger os atos administrativos, confia que não lhe seja aplicada qualquer multa, pois entende não haver respaldo para tanto. Que as infrações em comento devem ser julgadas totalmente improcedentes, em observância aos princípios da legalidade, razoabilidade, proporcionalidade, finalidade e tipicidade.

Finalmente requer a: (i) anulação e o arquivamento do Auto de Infração, por este ter sido lavrado por autoridade desprovida de competência; e (ii) redução da multa, caso a nulidade seja ultrapassada.

Em informação fiscal acostada aos autos às fls. 132 e 133, o autuante inicia registrando que, em preliminar, a autuada discorre acerca da competência do Agente de Tributos.

Ressalta que de acordo com o §3º do art. 1º da Lei nº 11.470/2009, aos Agentes de Tributos compete a constituição de créditos tributários decorrentes da fiscalização de mercadorias em trânsito e nos estabelecimentos de microempresas e empresas de pequeno porte, que sejam optantes pelo Simples Nacional. Que, sendo a autuada Empresa de Pequeno Porte, optante pelo Simples Nacional, a alegação defensiva contida em preliminar de sua peça defensiva de “agente incompetente” é insustentável.

No mérito, defende que, em sendo a autuada optante pelo Simples Nacional na condição de Microempresa. Que neste caso, o imposto devido será calculado sobre a receita bruta auferida no mês mediante a aplicação da alíquota determinada na forma do caput e dos §§ 1º, 1º-A e 2º deste artigo, podendo tal incidência se dar, à opção do contribuinte, na forma regulamentada pelo Comitê Gestor, sobre a receita recebida no mês, sendo essa opção irretratável para todo o ano-calendário (LC nº 123/2006).

Aduz que no presente caso, constatou-se que, no período fiscalizado, à exceção das competências 02 e 03 do exercício de 2014, a receita declarada auferida foi considerada como sendo caso de imunidade tributária do ICMS. Isto é, que receitas tributáveis foram consideradas como não tributáveis em função de suposta imunidade à incidência do imposto, a qual não restou comprovada pela autuada (vide Coluna H – ICMS DECLARADO dos DEMONSTRATIVOS C2 anexados e nos Extratos do PGDAS-D).

Explica que, aos valores de receita apurados, foram aplicados percentuais de proporcionalidade pelo critério de compras, sendo aplicadas à parcela tributável da receita as alíquotas previstas pela legislação do Simples Nacional.

Quanto ao requerimento de “redução da multa cominada” por um suposto “caráter confiscatório”, responde dizendo que *“deixe-se à consideração superior dos senhores julgadores”*.

Por fim, considerando que não houve contestação específica de quaisquer valores, pede a procedência total do auto de infração.

VOTO

O Auto de Infração em lide, totalizou o valor histórico principal de R\$219.912,15 (duzentos e dezenove mil, novecentos e doze reais e quinze centavos), e é composto de 01 (uma) Infração, detalhadamente exposta no Relatório acima, o qual é parte integrante e inseparável deste Acórdão.

Preliminarmente, registro que na dicção do art. 2º do RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99), a instauração, o preparo, a instrução, a tramitação e a decisão do processo administrativo são regidos pelos princípios da verdade material, da legalidade, da ampla defesa e do devido processo legal:

“RPAF/BA - Decreto nº 7.629/99

(...)

Art. 2º Na instauração, preparo, instrução, tramitação e decisão do processo administrativo e dos procedimentos administrativos não contenciosos, atender-se-á aos princípios da oficialidade, da legalidade objetiva, da verdade material, do informalismo e da garantia de ampla defesa, sem prejuízo de outros princípios de direito.

(...)”

Por sua vez, o art. 142 do CTN (Lei nº 5.172/1966), vincula a atividade fiscal às normas estabelecidas pela legislação tributária vigente, devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação ao efetuar o lançamento do crédito tributário:

“CTN - LEI Nº 5.172/1966

(...)

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

(...)”

Destaco ainda, que o art. 20 do RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99), expressamente determina que a nulidade seja decretada, de ofício ou a requerimento do interessado, pela autoridade competente para apreciar o ato:

“RPAF/BA - Decreto nº 7.629/99

(...)

Art. 20. A nulidade será decretada, de ofício ou a requerimento do interessado, pela autoridade competente para apreciar o ato.

(...)”

O defendente, preliminarmente, argui a nulidade do lançamento de ofício sob o argumento de inconstitucionalidade do art. 107, §3º do COTEB (Lei Estadual nº 3.956/81), e do art. 42, II do RPAF/BA, que permitem que os Agentes de Tributos constituam créditos decorrentes da fiscalização de pessoas jurídicas optantes pelo Simples Nacional, como no presente caso, entendendo que outra não pode ser a conclusão senão a decretação de nulidade do Auto de Infração, conforme determina o art. 18, I do RPAF, em razão deste ter sido lavrado por servidor incompetente. Sobre a inconstitucionalidade arguida, ressalto que este CONSEF não pode se pronunciar a respeito do tema, por força do disposto no art. 167, I, do RPAF/BA.

Por outro lado, no caso concreto, verifico que a autuada era optante pelo Simples Nacional no período compreendido entre 01/01/2012 e 31/12/2016 (vide doc. de fls. 13), abrangendo os fatos geradores alcançados pela ação fiscal. Destarte, se faz necessário apontar na legislação tributária do Estado da Bahia, quem seria a autoridade administrativa que a norma conferiu de forma privativa a competência para realizar o lançamento tributário. Neste sentido, o Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB (Lei nº 3.956/1981), determina que:

“COTEB (Lei nº 3.956/1981)

(...)

Art. 107. Compete à Secretaria da Fazenda a fiscalização e arrecadação dos tributos estaduais.

(...)

§ 3º Compete aos Agentes de Tributos Estaduais a constituição de créditos tributários decorrentes da fiscalização de mercadorias em trânsito e nos estabelecimentos de microempresas e empresas de pequeno porte que sejam optantes pelo Simples Nacional.

(...)”

Estas determinações foram recepcionadas pelo RPAF/BA, que prevê em seu art. 42, com redação em vigor a partir de 01/07/09:

“RPAF/BA - Decreto nº 7.629/99

(...)

Art. 42. A função fiscalizadora será exercida pelos Auditores Fiscais e pelos Agentes de Tributos Estaduais, sendo que:

I - compete aos Auditores Fiscais a constituição de créditos tributários, salvo na fiscalização de mercadorias em trânsito e nos estabelecimentos de microempresas e de empresas de pequeno porte que sejam optantes pelo Simples Nacional.

II - compete aos Agentes de Tributos Estaduais a constituição de créditos tributários decorrentes da fiscalização de mercadorias em trânsito e nos estabelecimentos de microempresas e empresas de pequeno porte que sejam optantes pelo Simples Nacional.

(...)”

Além disso, a Lei nº 11.470/09, alterou os incisos II e III do art. 7º da Lei nº 8210/2002, (atribuições do agente de tributos estaduais), que passou a ter a seguinte redação:

“Lei nº 11.470/09

(...)

Art. 2º Ficam alterados dispositivos da Lei nº 8.210, de 22 de março de 2002, na forma a seguir:

(...)

II - incisos II e III do art. 7º:

II - planejar, coordenar e executar atividades de fiscalização de receitas estaduais, observado o Anexo II desta Lei;

III - constituir créditos tributários, limitando-se ao trânsito de mercadorias e à fiscalização de estabelecimentos de microempresas e de empresas de pequeno porte que sejam optantes pelo Simples Nacional;

(...)”

Da leitura dos dispositivos legais acima replicados, constata-se que a competência para a constituição de créditos tributários nos estabelecimentos de empresas optantes pelo Simples Nacional, é desenganadamente atribuída aos Agentes de Tributos Estaduais. Por esta razão não acolho a nulidade suscitada, pois não há que se falar em vício de competência do autuante.

Na sequência, após análise dos elementos que compõem o presente PAF, verifico que: (i) a descrição dos fatos no presente Auto de Infração foi efetuada de forma compreensível; (ii) foram determinados, com segurança, a infração e o infrator; (iii) foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada relativamente às irregularidades apuradas; e (iv) não foi constatada violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de

cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos. Portanto, este 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/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento.

No que tange ao mérito da autuação, verifico que os argumentos defensivos trazidos pela defendente se resumem a afirmações que não atacam o cerne da questão em discussão, tais como: (i) em momento algum agiu de má-fé ou tentou se esquivar do pagamento de tributos; (ii) que sempre diligenciou para bem cumprir suas obrigações perante o Poder Público; e (iii) que a multa não pode ter caráter confiscatório.

Em suma, o fato comprovado é que não há no PAF nenhum documento ou elemento probatório capaz de elidir a imputação fiscal que deu origem ao Lançamento de Ofício em lide.

Julgo, portanto, que no presente caso está caracterizada a responsabilidade do Sujeito Passivo pelo lançamento e recolhimento do ICMS apurado no levantamento fiscal, consubstanciado nos documentos de fls. 15 a 97, que dão supedâneo à autuação em apreço, referente à Infração 01, descrita às fls. 01 deste PAF, em especial pelo fato daquele não ter trazido aos autos documentos e/ou elementos probatórios, capazes de obliterar a imputação fiscal descrita na peça de lançamento, vez que, na dicção do Art. 123, §5º, do RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99), abaixo reproduzido, caberia à Autuada apresentar provas capazes de elidir a exigência fiscal, na fase de Impugnação do Lançamento:

“RPAF/BA - 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 trazidos aos autos.

(...)”

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

“RPAF/BA - 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 se refere à alegação de que a multa aplicada no Auto de Infração tem caráter confiscatório, 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, (Decreto nº 7.629/99). Ressalto, todavia, que essa matéria poderá ser submetida ao Poder Judiciário através do manejo de ações próprias:

“RPAF/BA - Decreto nº 7.629/99

(...)

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

I - a declaração de inconstitucionalidade;

(...)

III - a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior.

(...)”

No que tange ao pedido de redução da multa, compete dizer que também não acolho, em razão da ausência de previsão legal. Outrossim, destaco que a multa por descumprimento de obrigação principal, aplicada no percentual de 75% do valor do imposto não recolhido, está sujeita às reduções de valor estabelecidas no art. 45 da Lei nº 7.014/96, desde que o contribuinte efetue o recolhimento ou parcele débito apurado, nos prazos previstos na referida norma legal.

In fine, concluo que a ação fiscal que se apresenta demonstrada nos autos, apurou diferenças a cobrar entre os valores de ICMS calculados sobre a receita oferecida à tributação, e os valores do imposto calculado sobre receita efetiva sujeitas à tributação, apuradas pelo autuante, em decorrência da declaração nos PGDAS de receitas tributadas como não tributadas, as quais propiciam a substância necessária para legitimar a Infração 01 descrita no Auto de Infração que deu origem ao presente PAF, como totalmente subsistente.

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

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **217366.0030/18-0**, lavrado contra **SILVA ARAÚJO COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$219.912,15**, acrescido da multa de 75%, prevista no art. 35 da Lei Complementar nº 123/06, e art. 44, I da Lei Federal nº 9.430/96, de 27/12/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 24 de fevereiro de 2021.

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – PRESIDENTA EM EXERCÍCIO

ANTÔNIO EXPEDITO SANTOS DE MIRANDA – RELATOR