

PROCESSO	- A. I. N° 284119.0020/22-8
RECORRENTE	- COMERCIAL DE EMBALAGENS H C LTDA.
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 2ª JJF n° 0088-02/23-VD
ORIGEM	- DAT NORTE / INFAZ CENTRO NORTE
PUBLICAÇÃO	- INTERNET 05/12/2023

**1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL****ACÓRDÃO CJF N° 0320-11/23-VD**

**EMENTA:** ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. FALTA DE APRESENTAÇÃO DO DOCUMENTO COMPROBATÓRIO. REPERCUSSÃO NA OBRIGAÇÃO PRINCIPAL. O crédito fiscal apropriado pelo contribuinte para efeito de compensação com o débito do imposto, reconhecido ao estabelecimento que tenha recebido as mercadorias ou para o qual tenham sido prestados os serviços, está condicionado à idoneidade da documentação e, se for o caso, à escrituração nos prazos e condições estabelecidos na legislação. Foram apropriados pela autuada créditos fiscais sob o título de ajustes, sem documento comprobatório. O contribuinte não trouxe aos autos as provas que pudessem elidir a infração. Afastada a preliminar de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

Trata-se de Recurso Voluntário, interposto pelo autuada em razão da decisão contida no Acórdão 2ª JJF n° 0088-02/23-VD relativo ao Auto de Infração em tela, lavrado 07/09/2022, para exigir o crédito tributário no valor histórico de R\$ 400.432,58, acrescido da multa de 60%, tipificada no art. 42, inc. II, alínea “f” da Lei nº 7.014/96, pela constatação da infração a seguir descrita.

**INFRAÇÃO 01 – 001.002.028.** Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS com repercussão na obrigação principal para fatos geradores ocorridos em abril a novembro de 2019.

*Os autuante complementaram informando que o “Contribuinte fez uso irregular de créditos fiscais sem comprovação de origem. Valores registrados nos Livros de Apuração do ICMS com a rubrica “OUTROS CRÉDITOS – OCORRÊNCIAS NÃO ESPECIFICADAS ANTERIORMENTE”.*

A 2ª Junta de Julgamento Fiscal (JJF) apreciou a lide no dia 22/05/2023 e julgou Procedente o Auto de Infração, por unanimidade. O acórdão foi fundamentado nos seguintes termos:

**“VOTO**

*O Auto de Infração em análise imputa ao sujeito passivo a acusação de utilização indevida de crédito fiscal do ICMS, apropriados sem comprovação da origem, tempestivamente impugnada.*

*A autuada é contribuinte do ICMS, inscrita no Cadastro Estadual na condição de Microempresa, apurava o imposto no regime de conta corrente fiscal e exercia a atividade econômica principal de comércio varejista de mercadorias em geral, com predominância de produtos alimentícios - supermercados, estava estabelecido no município de Feira de Santana/BA, encontra-se atualmente na situação cadastral de inscrição estadual Baixada desde 11/03/2020.*

*Em 16/07/2022, através do Edital de Intimação n° 08/2022, publicado no Diário Oficial do Estado da Bahia, Edição n° 23.459, cópia à fls. 13 e 14, o contribuinte foi intimado para apresentar no prazo de 10 dias os arquivos da EFD referente ao período de 01/01/2019 a 11/03/2020.*

*A intimação na forma editalícia, se justifica pelo fato do contribuinte se encontrar com a inscrição estadual Baixada desde 10/03/2020, conforme previsto no art. 108, § 1º do RPAF/99.*

*Art. 108. A intimação do sujeito passivo ou de pessoa interessada acerca de qualquer ato, fato ou exigência fiscal, quando não for prevista forma diversa pela legislação, deverá ser feita pessoalmente, via postal ou por meio eletrônico, independentemente da ordem.*

*§ 1º A intimação poderá ser feita por edital publicado no Diário Oficial do Estado quando não obtiver êxito a tentativa via postal.*

*A ciência da lavratura do Auto de Infração com a consequente intimação para quitar o débito ou apresentar defesa administrativa ocorreu através de intimação via Correios, recebida em 30/09/2022, fls. 20 e 21.*

*A defesa preliminarmente arguiu nulidade do lançamento, fundamentado sua pretensão no argumento de que sendo o lançamento um ato jurídico administrativo, caberia ao Administrador Público, ao constituir o crédito tributário, demonstrar os fatos que o ensejaram, o que não ocorreu, pois não foi demonstrado de maneira satisfatória a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente.*

*O argumento não encontra respaldo nos fatos narrados nos autos, tampouco nos documentos e papéis de trabalho apensados, uma vez que; (a) a infração está descrita de forma clara, objetiva e didática; (b) foram indicados todos os dispositivos legais e regulamentares tidos como infringidos pelo contribuinte autuado, que justifica a infração; e (c) os demonstrativos analíticos e sintéticos que sustentam a infração foram elaborados pelos auuentes de forma cuidadosa, e assim expôs de forma irrefutável todas as ocorrências apuradas contendo todos os elementos necessários à perfeita cognição das acusações.*

*Todos os demonstrativos foram encaminhados e entregues ao contribuinte, quando da intimação da lavratura do Auto de Infração.*

*Resta comprovado que as autoridades administrativas constituíram o crédito tributário pelo lançamento, verificou e comprovou a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinaram a matéria tributável, calcularam o montante do tributo devido, identificaram o sujeito passivo e propuseram a aplicação da penalidade prevista na Lei nº 7.014/96.*

*Observo ainda, que 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, de modo que afasto a arguição nesse sentido.*

*Seguindo, a defesa argumentou que ao comparar as multas sugeridas com os ditames constitucionais, ver clara dissonância, uma vez que o Constituição Federal não admite que as multas tenham caráter confiscatório. Portanto, entende que caberia ao julgador administrativo diminuir as multas aplicadas, caso contrário, estaria prestigiando patente inconstitucionalidade.*

*Aduz ainda que o caráter confiscatório das multas está na total desproporção entre o valor da imposição e o do bem a ser tributado.*

*Ressalto que as multas propostas pelos auuentes estão previstas na Lei nº 7.014/96, portanto, consiste em um ato legal fundamentado numa norma legal vigente.*

*Também, importante destacar o que prevê o art. 125 da Lei nº 3.956/81 – COTEB, in verbis:*

*Art. 125. 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.*

*Mesma determinação contida no RPAF/99 no art. 167, incisos I e III, ou seja, os órgãos administrativos de julgamento estão impedidos de negar a aplicação de norma legal vigente.*

*Quanto ao pedido para diminuir as multas, indefiro, por não encontrar respaldo legal, tendo em vista que o § 7º do art. 42 da Lei nº 7.014/96, que permitia “As multas por descumprimento de obrigações acessórias poderão ser reduzidas ou canceladas pelo órgão julgador administrativo, desde que fique comprovado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e não impliquem falta de recolhimento do imposto” foi revogado pela Lei nº 14.183/2019, com efeitos a partir de 13/12/2019.*

*No mesmo sentido, lembro que o art. 158 do RPAF/99, foi revogado pelo Decreto nº 19.384/2019, com efeitos a partir de 01/01/2020, que previa: “As multas por descumprimento de obrigações acessórias poderão ser reduzidas ou canceladas pelas Juntas de Julgamento Fiscal ou pelas Câmaras do CONSEF, desde que fique provado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e que não tenham implicado falta de recolhimento de tributo”.*

*Noutra arguição, a defesa questionou a aplicação da taxa SELIC no cálculo dos juros de mora exigidos no Auto de Infração, sob o fundamento de que a Lei Federal nº 9.065/95, no art. 13, substituiu os juros de mora até então incidentes sobre tributos federais, por juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia - SELIC para títulos públicos federais, acumulada mensalmente.*

Lembrou que art. 95, § 5º da Lei nº 6.374/89, dispõe que: “em nenhuma hipótese a taxa de juros prevista neste artigo poderá ser inferior a taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia – SELIC para títulos federais, acumulada mensalmente”, e, portanto, todas as normas que compõe taxa de juros superior à SELIC, devem ser banidas do ordenamento jurídico.

A defesa citou o RE nº 183.907-4/SP, no qual o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade dos índices de correção monetária de tributos fixados por Estados e Municípios em patamares superiores àqueles aplicados pela União Federal.

Repto, como exposto linhas acima que o CONSEF, órgão competente para, no âmbito administrativo, julgar os litígios decorrentes de lançamentos de tributos e de aplicação de penalidades por infrações à legislação tributária e as impugnações e recursos do sujeito passivo, interpostos a qualquer medida ou exigência fiscal, carece de competência legal para apreciar matérias que questionam a constitucionalidade de normativos legais, e negar a aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior.

Contudo, frente ao argumento da defesa 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.*

*§ 1º Os acréscimos moratórios serão calculados sobre o valor do tributo atualizado monetariamente na data do recolhimento.*

*§ 2º Os acréscimos moratórios, incidentes a partir de 1º de janeiro de 2001, serão calculados segundo os seguintes critérios:*

*II - sobre os débitos reclamados em lançamento de ofício, a partir de 30 (trinta) dias de atraso, incidirão acréscimos equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia (SELIC) para títulos federais, acumulada mensalmente até o último dia do mês anterior ao do pagamento, e 1% (um por cento) relativo ao mês em que o pagamento estiver sendo efetuado.*

*§ 3º A partir de 1º de janeiro de 2006, também incidirão acréscimos moratórios sobre os débitos reclamados em lançamento de ofício decorrentes do descumprimento de obrigação tributária acessória, na forma prevista no inciso II do § 2º deste artigo.*

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Agravo em Recurso Especial 183.907-4/SP, expediu a seguinte ementa:

**EMENTA: SÃO PAULO. UFESP. ÍNDICES FIXADOS POR LEI LOCAL PARA CORREÇÃO MONETÁRIA. ALEGADA OFENSA AO ART. 22, II E VI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.** Entendimento assentado pelo STF no sentido da incompetência das unidades federadas para a fixação de índices de correção monetária de créditos fiscais em percentuais superiores aos fixados pela União para o mesmo fim. Ilegitimidade da execução fiscal embargada no que houver excedido, no tempo, os índices federais. Recurso parcialmente provido.

O julgamento que envolveu o Estado de São Paulo e um contribuinte, resultou numa decisão sem caráter de repercussão geral, portanto, não vincula o Estado da Bahia.

Ademais o art. 102 do COTEB ao fixar as regras para o cálculo da correção monetária incidente sobre débitos tributários recolhidos fora dos prazos regulamentares, determina que os acréscimos incidentes serão equivalentes à taxa SELIC para títulos federais, acumulada mensalmente até o último dia do mês anterior ao do pagamento, é 1% relativo ao mês em que o pagamento estiver sendo efetuado. Ou seja, o critério não prevê ultrapassar os percentuais da taxa SELIC, portanto, sem sentido a arguição da defesa.

Por fim, a defesa alegou que a autuação feriu o art. 155, inc. II, § 2º, inc. I da Constituição Federal, portanto, um ato inconstitucional, ao ignorar o princípio da não-cumulatividade do ICMS, quando considerou indevidos os créditos da autuada, se mostrando ainda uma ilegalidade por ofensa ao art. 19 da Lei Complementar nº 87/96.

Este argumento não se aplica à infração, visto que comprovadamente através de seus registros na escrita fiscal válida e transmitida via SPED-Fiscal, o contribuinte fez uso irregular de créditos fiscais sem comprovação de origem, conforme registros no Livro de Apuração do ICMS, contrariando os artigos 309 e 310 do RICMS/2012.

Não há na defesa, questionamento quanto ao mérito da infração, como também não foram apresentadas quaisquer provas que pudesse elidi-la, cujo levantamento foi produzido a partir dos dados da Escrituração Fiscal Digital – EFD, elaborada e transmitida pelo contribuinte, a qual, deve expressar com exatidão as informações constantes nos seus documentos fiscais ali registrados, nos termos da legislação, em especial as

regras contidas no Ajuste SINIEF 02/09.

Ressalto que os registros na Escrituração Fiscal Digital do contribuinte, por ele elaborada e transmitida a Receita Federal do Brasil, é de seu inteiro conhecimento e responsabilidade, que auditados, resultou na constatação clara de apropriação de créditos fiscais sem a exigida comprovação da origem destes, conforme consta na EFD, livro apuração do ICMS, com a inclusão no campo dos AJUSTES A CRÉDITO, valores sem qualquer justificativa, fato ou documento que ateste a integralidade desses valores.

A Lei nº 7.014/96, traz expressamente uma condicionante a utilização dos créditos fiscais de ICMS no seu art. 31, verbis:

Art. 31. O direito ao crédito, para efeito de compensação com o débito do imposto, reconhecido ao estabelecimento que tenha recebido as mercadorias ou para o qual tenham sido prestados os serviços, está condicionado à idoneidade da documentação e, se for o caso, à escrituração nos prazos e condições estabelecidos na legislação.

No caso em análise, não foi apresentado, tampouco indicado na EFD a existência de documento fiscal idôneo que legitime os valores apropriados pelo contribuinte no livro de apuração, contrariando frontalmente o disposto nos artigos 309 e 310 do RICMS/2012.

O fato que caracterizou a infração está demonstrado e comprovado mediante os registros da EFD. Assim, a defesa somente poderia elidir a infração caso apresentasse as provas que demonstrassem o contrário do registrado na EFD ou a justificativa desses registros.

Oportuno lembrar que o Código Civil – Lei nº 10.406/2002, assim estabelece no seu art. 226:

Art. 226. Os livros e fichas dos empresários e sociedades provam contra as pessoas a que pertencem, e, em seu favor, quando, escriturados sem vício extrínseco ou intrínseco, forem confirmados por outros subsídios.

Já o Código de Processo Civil – Lei nº 13.105/2015, trata da matéria nos artigos 417 a 419, in verbis.

Art. 417. Os livros empresariais provam contra seu autor, sendo lícito ao empresário, todavia, demonstrar, por todos os meios permitidos em direito, que os lançamentos não correspondem à verdade dos fatos.

Art. 418. Os livros empresariais que preencham os requisitos exigidos por lei provam a favor de seu autor no litígio entre empresários.

Art. 419. A escrituração contábil é indivisível, e, se dos fatos que resultam dos lançamentos, uns são favoráveis ao interesse de seu autor e outros lhe são contrários, ambos serão considerados em conjunto, como unidade.

Assim, resta patente que a EFD, sendo os livros fiscais do contribuinte faz prova conta e a favor do mesmo.

A prova da infração está claramente demonstrada, que se constitui exatamente na escrita fiscal do contribuinte, por ele elaborada e transmitida, que reflete fielmente os fatos e ocorrências com repercussão fiscal, até prova em contrário.

O RPAF/99, estabelece no seu art. 123, que é assegurado ao sujeito passivo o direito de fazer a impugnação do Auto de Infração no prazo de sessenta dias, contados da data da intimação, onde a prova documental será apresentada na defesa, precluindo o direito de fazê-la em outro momento processual, a menos que fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior, se refira a fato ou a direito superveniente ou se destine a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidas aos autos, circunstâncias que não se verificam no presente caso.

Como dito linhas acima, o contribuinte não apresentou juntamente com a defesa prova ou argumento capaz de elidir a infração, se reportando exclusivamente a questões de inconstitucionalidades, fato que faz incidir as normas contidas nos artigos 140 a 142 do RPAF/1999:

Art. 140. O fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas.

Art. 141. Se qualquer das partes aceitar fato contra ela invocado, mas alegar sua extinção ou ocorrência que lhe obste os efeitos, deverá provar a alegação.

Art. 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.

Os dispositivos regulamentares transcritos, refletem o princípio admitido no Direito Administrativo, qual seja, de que os atos praticados por servidores públicos, legalmente investidos, detém o atributo da presunção de legalidade, legitimidade e veracidade, qualidade conferida pelo ordenamento jurídico que fundamenta a fé pública de que são dotadas as manifestações de vontade expedidas por agente da Administração Pública e por seus delegatários, no exercício da função administrativa.

Pelo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Inconformado, com fundamento no art. 169, I, “b” do Decreto nº 7.629/1999 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia), o contribuinte interpôs Recurso Voluntário.

O Recorrente apontou no recurso que não foi observado o princípio da não cumulatividade, previsto na CF/88 e regulamentado no art. 20 da LC 87/96. E que no caso, há direito ao crédito do ICMS.

Acrescenta que a Constituição Federal de 1988 quando estabelece o direito ao crédito do ICMS cobrado nas operações anteriores, não limitou qualquer percentual, nem tampouco determinada atividade.

E coloca que o ICMS é um imposto não-cumulativo (art. 155, § 2º, I da CF/88) e afirma que “resta evidenciado que o presente Auto de Infração deve ser anulado, uma vez que no momento de apurar a suposta dívida, não levou em consideração o crédito de ICMS que a Recorrente tinha direito, configurando enriquecimento ilícito por parte do fisco”.

Aponta que a multa aplicada de 60% viola os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade e alega que “a multa reclamada não é razoável e tampouco proporcional às hipotéticas infrações praticadas”. E cita julgamento do STJ, Recurso Especial nº 184.576/SP. E do STF, RE 640.452/RO.

Acrescenta que a multa aplicada tem caráter de confisco e viola frontalmente o disposto no artigo 150, inciso IV, da CF, que consagra o princípio constitucional da vedação do confisco, aplicável não apenas aos tributos, mas também às penalidades por infrações à legislação tributária. Coloca também que “A vinculação da multa aplicada sobre o valor das operações praticadas faz com que a obrigação acessória passe a cumprir função arrecadatória primária, fazendo as vezes de obrigação principal, contrariando o disposto nos artigos 113, § 2º, do CTN”.

Defende ser indevida a aplicação da multa sobre o valor atualizado do principal e que não se pode aplicar multa sobre juros. E que há o limite máximo fixado em norma federal, qual seja a taxa SELIC. Coloca que “por força dos artigos 110 e 161 do CTN, bem como ao artigo 5º, inciso XXII, da CF/88, os juros devem incidir sobre a multa apenas após sua constituição em Auto de Infração e o seu não pagamento pelo contribuinte no prazo legal”. E que “a Lei Federal nº 9.065, de 20.6.95, através de seu artigo 13, substituiu os juros de mora até então incidentes sobre tributos federais, por juros equivalentes à taxa 14, referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia SELIC para títulos públicos federais, acumulada mensalmente”.

E alega que “a sistemática de cobrança de juros de mora disciplinada pelo presente Fisco, além de abusiva, está em confronto com o artigo 24 da CF, uma vez que é vedado aos Estados da Federação estabelecer índice de juros moratórios estaduais superior ao índice utilizado pela União para o mesmo fim”. E diz que tal fato já foi inclusive reconhecido pelo E. STF no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 442/SP.

E pede que seja declarado nulo o Auto de Infração nº 284119.0020/22-8, acaso subsistir a autuação requer o reconhecimento de que as multas são nulas conforme demonstrado acima, devendo estas serem afastadas ou, no mínimo, reduzidas, bem como a aplicação da SELIC como índice de correção da dívida, limitada a 1% ao mês.

## VOTO

Trata-se de recurso interposto em face do julgamento do Acórdão da 2ª JJF nº 0088-02/23-VG, relativo ao Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 07/09/2022, referente a uma infração, que ora transcrevo:

*Infração 01 - 001.002.028 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, com repercussão na obrigação principal para fatos geradores ocorridos em abril a novembro de 2019.*

A Recorrente contribuinte do ICMS, encontra-se atualmente na situação cadastral de inscrição estadual Baixada desde 11/03/2020, o que ensejou a sua intimação em 16/07/2022 para apresentar no

prazo de 10 dias os arquivos da EFD referente ao período de 01/01/2019 a 11/03/2020. Tendo sido todos os demonstrativos encaminhados e entregues ao contribuinte, quando da intimação da lavratura do Auto de Infração.

O Recorrente sustentou que a autuação feriu o art. 155, inc. II, § 2º, inc. I da Constituição Federal, portanto, um ato inconstitucional, ao ignorar o princípio da não-cumulatividade do ICMS, quando considerou indevidos os créditos da autuada, se mostrando ainda uma ilegalidade por ofensa ao art. 19 da Lei Complementar nº 87/96.

Contudo, tal argumento não se aplica para o caso em debate, visto que ficou comprovado nos registros na escrita fiscal válida e transmitida via SPED-Fiscal, que o contribuinte/recorrente fez uso irregular de créditos fiscais sem comprovação de origem, como se constata no Livro de Apuração do ICMS, violando os artigos 309 e 310 do RICMS/2012.

Não houve no recurso qualquer defesa ao mérito propriamente dito da infração, nem tampouco apontou provas que pudesse afastar a infração. Ademais, é certo que o levantamento do Auto de Infração foi baseado em dados da Escrituração Fiscal Digital – EFD, elaborada e transmitida pelo recorrente/contribuinte, a qual, deve expressar com exatidão as informações constantes nos seus documentos fiscais ali registrados, nos termos da legislação, em especial as regras contidas no Ajuste SINIEF 02/09.

Registro ainda que os registros na Escrituração Fiscal Digital do recorrente/contribuinte, por ele elaborada e transmitida a Receita Federal do Brasil, é de seu inteiro conhecimento e responsabilidade, que auditados, resultou na constatação clara de apropriação de créditos fiscais sem a exigida comprovação da origem destes, conforme consta na EFD, livro apuração do ICMS, com a inclusão no campo dos *AJUSTES A CRÉDITO*, valores sem qualquer justificativa, fato ou documento que ateste a integralidade desses valores.

Vale apena relembrar que a utilização dos créditos fiscais de ICMS, tem previsão no art. 31 da Lei nº 7.014/96:

*Art. 31. O direito ao crédito, para efeito de compensação com o débito do imposto, reconhecido ao estabelecimento que tenha recebido as mercadorias ou para o qual tenham sido prestados os serviços, está condicionado à idoneidade da documentação e, se for o caso, à escrituração nos prazos e condições estabelecidos na legislação.*

Ademais, a empresa/ recorrente não apresentou nem indicou, na EFD a existência de documento fiscal idôneo que legitime os valores apropriados pelo contribuinte no livro de Apuração, contrariando frontalmente o disposto nos artigos 309 e 310 do RICMS/2012.

Assim, a infração está claramente demonstrada, o fato que a caracterizou, bem como devidamente comprovado mediante os registros da EFD. Então como não foram apresentadas as provas que demonstrassem o contrário do registrado na EFD ou a justificativa desses registros, não há como afastar a infração em debate, no presente recurso.

Outra questão que precisa ser colocada que é o Código Civil – Lei nº 10.406/2002, estabelece no seu art. 226 “*Os livros e fichas dos empresários e sociedades provam contra as pessoas a que pertencem, e, em seu favor, quando, escriturados sem vício extrínseco ou intrínseco, forem confirmados por outros subsídios.*

E o Código de Processo Civil – Lei nº 13.105/2015, também aponta nos artigos 417 a 419, veja-se:

*Art. 417. Os livros empresariais provam contra seu autor, sendo lícito ao empresário, todavia, demonstrar, por todos os meios permitidos em direito, que os lançamentos não correspondem à verdade dos fatos.*

*Art. 418. Os livros empresariais que preencham os requisitos exigidos por lei provam a favor de seu autor no litígio entre empresários.*

*Art. 419. A escrituração contábil é indivisível, e, se dos fatos que resultam dos lançamentos, uns são favoráveis ao interesse de seu autor e outros lhe são contrários, ambos serão considerados em conjunto, como unidade.*

Dito isto é certo que a EFD, na qualidade de livros fiscais serve de prova contra ou a favor do

recorrente.

Nos autos, tem-se que a prova da infração foi demonstrada, através da escrita fiscal do recorrente, cuja EFD foi por ele elaborada e transmitida, que reflete fielmente os fatos e ocorrências com repercussão fiscal, até que se prove em contrário.

Sabe-se que o Auto de Infração lavrado, mesmo em se tratando de atos administrativos, firmados por servidor dotado de fé pública, revestem-se de presunção apenas relativa de legitimidade, ou seja, “juris tantum”, admitindo prova em contrário.

Acrescento ainda que o RPAF/99, no seu art. 123, assegura ao sujeito passivo o direito de fazer a impugnação do Auto de Infração no prazo de sessenta dias, iniciando-se da data da intimação, onde a prova documental será apresentada na defesa, restando precluso o direito de fazê-la em outro momento processual, exceto se ficar demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportunamente, por motivo de força maior, se refira a fato ou a direito superveniente ou se destine a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidas aos autos, o que não aconteceu no caso em contexto.

Ademais, não foi apresentado junto com o recurso prova ou argumento capaz de afastar a legalidade do Auto de Infração, reportando exclusivamente a questões de constitucionalidades.

Vale ainda ressalvar as normas contidas nos artigos 140 a 142 do RPAF/1999:

*Art. 140. O fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas.*

*Art. 141. Se qualquer das partes aceitar fato contra ela invocado, mas alegar sua extinção ou ocorrência que lhe obste os efeitos, deverá provar a alegação.*

*Art. 142. A recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária.*

Então nesse contexto, os argumentos utilizados pela parte recorrente, relativos à nulidade do Auto de Infração, quando considerou indevidos os créditos da autuada, se mostrando ainda uma ilegalidade por ofensa ao art. 19 da Lei Complementar nº 87/96, somente poderiam ter sua procedência verificada mediante prova, não feita pelo Recorrente. Atente-se ainda que a prova da infração foi demonstrada, através da escrita fiscal do recorrente, cuja EFD foi por ele elaborada e transmitida.

Assim, diante do contexto fático-probatório dos autos, reconheço a validade do Auto de Infração, devendo ser mantida a infração por ela aplicada.

### **Da multa.**

O Recorrente alega que a multa é confiscatória em total desproporção entre o valor da imposição e o do bem a ser tributado.

De logo coloco que há previsão legal para a multa aplicada, na Lei nº 7.014/96.

Acrescento ainda que este CONSEF não tem competência para tratar de questões de constitucionalidade, como prevê o art. 125 da Lei nº 3.956/81 – COTEB, *in verbis*:

*Art. 125. 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.*

De igual forma, estabelece a norma do RPAF/99 no art. 167, incisos I e III.

No que tange a questão de diminuir o valor da multa não há amparo legal, tendo em vista que o § 7º, do art. 42 da Lei nº 7.014/96, “As multas por descumprimento de obrigações acessórias poderão ser reduzidas ou canceladas pelo órgão julgador administrativo, desde que fique comprovado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e não impliquem falta de recolhimento do imposto” foi revogado pela Lei nº 14.183/2019, com efeitos a partir de 13/12/2019.

De igual forma, o art. 158 do RPAF/99, foi revogado pelo Decreto nº 19.384/2019, com efeitos a partir de 01/01/2020, que previa: “*As multas por descumprimento de obrigações acessórias poderão ser reduzidas ou canceladas pelas Juntas de Julgamento Fiscal ou pelas Câmaras do CONSEF, desde que fique provado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e que não tenham implicado falta de recolhimento de tributo*”.

E quanto a aplicação da taxa SELIC no cálculo dos juros exigidos no Auto de Infração, o recorrente defende que a Lei Federal nº 9.065/95, no art. 13, substituiu os juros de mora até então incidentes sobre tributos federais, por juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia - SELIC para títulos públicos federais, acumulada mensalmente.

Coloca que art. 95, § 5º da Lei nº 6.374/89, dispõe que: “*em nenhuma hipótese a taxa de juros prevista neste artigo poderá ser inferior a taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia – SELIC para títulos federais, acumulada mensalmente*”, e, portanto, todas as normas que compõe taxa de juros superior à SELIC, devem ser banidas do ordenamento jurídico.

Cita o RE nº 183.907-4/SP, no qual o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade dos índices de correção monetária de tributos fixados por Estados e Municípios em patamares superiores àqueles aplicados pela União Federal.

Ocorre que como já colocado acima, o CONSEF, órgão competente para, no âmbito administrativo, julgar os litígios decorrentes de lançamentos de tributos e de aplicação de penalidades por infrações à legislação tributária e as impugnações e recursos do sujeito passivo, interpostos a qualquer medida ou exigência fiscal, carece de competência legal para apreciar matérias que questionam a constitucionalidade de normativos legais, e negar a aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior.

Entretanto, considerando os argumentos colocados no recurso, replico as 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.*

*§ 1º Os acréscimos moratórios serão calculados sobre o valor do tributo atualizado monetariamente na data do recolhimento.*

*§ 2º Os acréscimos moratórios, incidentes a partir de 1º de janeiro de 2001, serão calculados segundo os seguintes critérios:*

*II - sobre os débitos reclamados em lançamento de ofício, a partir de 30 (trinta) dias de atraso, incidirão acréscimos equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia (SELIC) para títulos federais, acumulada mensalmente até o último dia do mês anterior ao do pagamento, e 1% (um por cento) relativo ao mês em que o pagamento estiver sendo efetuado.*

*§ 3º A partir de 1º de janeiro de 2006, também incidirão acréscimos moratórios sobre os débitos reclamados em lançamento de ofício decorrentes do descumprimento de obrigação tributária acessória, na forma prevista no inciso II do § 2º deste artigo.*

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Agravo em Recurso Especial nº 183.907-4/SP, expediu a seguinte ementa:

*EMENTA: SÃO PAULO. UFESP. ÍNDICES FIXADOS POR LEI LOCAL PARA CORREÇÃO MONETÁRIA. ALEGADA OFENSA AO ART. 22, II E VI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Entendimento assentado pelo STF no sentido da incompetência das unidades federadas para a fixação de índices de correção monetária de créditos fiscais em percentuais superiores aos fixados pela União para o mesmo fim. Illegitimidade da execução fiscal embargada no que houver excedido, no tempo, os índices federais. Recurso parcialmente provido.*

Tal julgamento, teve uma decisão sem caráter de repercussão geral, portanto, não vincula o Estado da Bahia, vinculando apenas o Estado de São Paulo.

Acrescento ainda que o art. 102 do COTEB ao fixar as regras para o cálculo da correção monetária incidente sobre débitos tributários recolhidos fora dos prazos regulamentares, determina que os acréscimos incidentes serão equivalentes à taxa SELIC para títulos federais, acumulada mensalmente até o último dia do mês anterior ao do pagamento, e 1% relativo ao mês em que o pagamento estiver sendo efetuado. Ou seja, o critério não prevê ultrapassar os percentuais da taxa SELIC, portanto, sem sentido a arguição da defesa.

Assim, entendo que não merece reparo a decisão de piso.

Ante o exposto, NEGO 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 apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 284119.0020/22-8, lavrado contra **COMERCIAL DE EMBALAGENS H C LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 400.432,58**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 07 de novembro de 2023.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

RAFAEL BENJAMIN TOMÉ ARRUTY – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS