

PROCESSO	- A. I. N° 217366.0030/18-0
RECORRENTE	- SILVA ARAÚJO COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- REURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 4ª JJF n° 0033-04/21-VD
ORIGEM	- DAT METRO / INFAS ATACADADO
PUBLICAÇÃO	- INTERNET 18/01/2024

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0387-11/23-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 n° 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. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão Unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de **Recurso Voluntário** interposto pela autuada em razão do Acórdão 4ª JJF N° 0033-03/21-VD, que julgou Procedente o Auto de Infração, lavrado em 28/12/2018, formaliza a exigência de crédito tributário de valor histórico de R\$ 219.912,15, 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 n° 123/06 e art.44, I da Lei Federal n° 9.430/96 de 27/12/96.

A 4ª Junta de Julgamento Fiscal (JJF) apreciou a lide no dia 24/08/2021 e julgou o Auto de Infração Procedente por unanimidade. O acórdão foi fundamentado nos seguintes termos:

“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.

Preliminamente, registro que na dicção do art. 2º do RPAF/BA (Decreto n° 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 n° 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 n° 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 N° 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 8.210/2002, (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 comprehensível; (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 oportunamente, 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 constitucionalidade 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 constitucionalidade;

(...)

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 subsistência 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.

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, mediante o qual aduz.

No recurso aponta preliminar de nulidade do Auto de Infração, por falta de fundamentação legal, porque aponta como fundamentação apenas o art. 39 do REPAF/BA.

No mérito, defende o Recorrente “*A Recorrente, inserida no rol das empresas que desfrutam de tradição no setor em que atua, sempre diligenciou no sentido de bem cumprir suas obrigações perante o Poder Público. Ao aplicar uma norma o agente não deve estar adstrito a sua literalidade, mas deve buscar o equilíbrio entre a legalidade e a finalidade da norma, evitando dessa forma, a prática de atos injustos em nome da legalidade. O princípio da moralidade impõe que o agente ao aplicar a lei o faça tendo em vista a consecução do interesse coletivo*”.

No recurso também alega que a multa de 75% é abusiva, e pela regra do art. 150, IV da CF/88, a multa não pode ser confiscatória. E em seguida, requer caso seja mantida a multa que seja reduzida o seu percentual, considerando que as empresas sofreram consequências com a situação pandêmica do COVID-19.

VOTO

Observo que a decisão da 4ª JJF (Acórdão JJF Nº 0033-04/21-VD) julgou Procedente em o Auto de Infração.

O presente Auto de Infração formaliza a exigência de crédito tributário de R\$ 219.912,15 (duzentos e dezenove mil, novecentos e doze reais e quinze centavos), em decorrência de apenas uma infração:

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 a 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 recorrente apresenta preliminar de nulidade do Auto de Infração por falta de fundamentação legal. Aduz que “*o Auto de Infração em epígrafe se fundamenta exclusivamente em cláusulas do RPAF/99, não mencionando um único dispositivo de lei sequer*”. Acrescenta que o RPAF (Decreto nº 7.629/99) não tem força de lei, sendo um ato normativo exclusivo do Poder Executivo. E uma vez ausente a indicação do dispositivo de lei que infringiu, o Auto de Infração é nulo por violar o princípio da legalidade e o art. 39 do RPAF/99.

E no 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.

Passo a analisar a preliminar de nulidade do Auto de Infração.

O Recorrente defende a nulidade do lançamento tributário sob o argumento de falta de fundamentação ao argumento de que não foi indicado disposto legal com previsão da infração, tendo indicado apenas o RPAF/99.

De logo coloco que o RPAF é um Decreto (**RPAF/BA - Decreto nº 7.629/99**) que se enquadraria como uma legislação tributária do Estado da Bahia, nos termos do art. 96 do CTN:

Art. 96. A expressão “legislação tributária” compreende as leis, os tratados e as convenções internacionais, os decretos e as normas complementares que versem, no todo ou em parte, sobre tributos e relações jurídicas a eles pertinentes.

Acrescento ainda as disposições contidas nos artigos 18 e 19 do RPAF/99:

Art. 18. São nulos:

- I - os atos praticados por autoridade, órgão ou servidor incompetente;*
- II - os atos praticados e as decisões proferidas com preterição do direito de defesa;*
- III - as decisões não fundamentadas;*
- IV - o lançamento de ofício:*

- a) que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator;*
- b) em que se configure ilegitimidade passiva.*

§ 1º “As eventuais incorreções ou omissões e a não-observância de exigências meramente formais contidas na legislação não acarretam a nulidade do Auto de Infração ou da Notificação Fiscal, desde que seja possível determinar a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário, devendo as incorreções e omissões serem corrigidas e suprimidas por determinação da autoridade competente, desde que o fato seja comunicado ao sujeito passivo, fornecendo-se-lhe no ato da intimação cópia dos novos elementos, com a indicação do prazo de 10 (dez) dias para sobre eles se manifestar, querendo”.

(...)

Art. 19. A indicação de dispositivo regulamentar equivale à menção do dispositivo de Lei que lhe seja correspondente, não implicando nulidade o erro da indicação, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal.

O Auto de Infração fez menção ao art. 39 do RPAF/BA que trata dos elementos que devem conter o Auto de Infração.

Observo que o Auto de Infração observou as determinações do art. 39 do RPAF/Ba e não aponta qualquer das irregularidades apontadas no art. 18 do RPAF/BA e que o recorrente/contribuinte não ficou prejudicado ao seu direito de defesa entendo que não há que se falar em nulidade do Auto de Infração em tela, que *contém elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator*.

Assim, rejeito a preliminar de nulidade do Auto de Infração.

Passo a análise do mérito.

O Art. 123, § 5º do RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99), determina que compete ao sujeito passivo a apresentação de provas capazes de afastar 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.
(...)"*

No caso dos autos, o Recorrente não apresenta provas que possam elidir a fiscalização que lastreou o Lançamento de Ofício.

Já na fiscalização fica clara a responsabilidade de lançamento e recolhimento do ICMS pelo contribuinte que foi devidamente constatada no auto de infração objeto do PAF, cujos documentos de fls. 15 a 97, deram base a autuação pela Infração, descrita à fl. 01 deste PAF.

Coloco ainda que a simples negativa não desonera o sujeito passivo da presunção de legitimidade da fiscalização, veja-se:

"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 caso dos autos, o Recorrente apenas fez negativa da infração sem trazer prova capaz de afastar a ocorrência do fato gerador.

Em seguida alega o Recorrente que a multa aplicada é abusiva "*em clara afronta ao princípio da proporcionalidade*".

Afasto a argumentação de que a multa é confiscatória, porque a multa foi aplicada com base em dispositivo legal (*art. 33 da Lei Complementar nº 123/06 e art. 44, I da Lei Federal nº 9.430/96 de 27/12/96.*)

E ainda acrescento que não há competência dos órgãos administrativos de julgamento, a declaração de constitucionalidade e a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior, como determina o art. 167, incisos I e III do RPAF/BA, (Decreto nº 7.629/99).

Do pedido de redução da multa, registro que de fato as empresas, passaram por dificuldade econômica ante situação pandêmica do COVID-19, mas a pandemia não trouxe autorizativo para reduções de multas impostas por infrações cometidas pelas empresas. E pelo princípio da legalidade tributária não há como reduzir a multa, por falta de previsão legal.

Rejeito o pedido de redução da multa, por falta de previsão legal.

Assim, deve ser mantida a decisão de piso, que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração.

Do 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 217366.0030/18-0, lavrado contra SILVA ARAÚJO COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA., devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$ 219.912,15, acrescido da multa de 75%, prevista nos arts. 35 da LC nº 123/06 e 44, I da Lei Federal nº 9.430/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 19 de dezembro de 2023.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

RAFAEL BENJAMIN TOMÉ ARRUTY – RELATOR

EVANDRO KAPPES - REPR. DA PGE/PROFIS