

A. I. Nº - 284119.0015/22-4
AUTUADO - COMERCIAL DE EMBALAGENS H C LTDA.
AUTUANTES - JOSÉ M^a DIAS FILHO, JURACI LEITE NEVES JR. e HÉLIO RODRIGUES TORRES JR.
ORIGEM - DAT NORTE / INFAZ CENTRO NORTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 02.05.2023

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF Nº 0052-05/23-VD**

EMENTA: ICMS. 1. MULTA. a) ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. “ANTECIPAÇÃO PARCIAL”. MULTA DE 60% SOBRE O IMPOSTO QUE DEVERIA TER SIDO PAGO POR ANTECIPAÇÃO. Nos autos restou provado que parte dos valores devidos a título de antecipação parcial não foram recolhidos pelo contribuinte nos prazos estabelecidos na legislação. Nas saídas subsequentes as mercadorias foram tributadas normalmente. Multa mantida; **b)** ESCRITA FISCAL DIGITAL (EFD). FALTA DE ENTREGA NOS PRAZOS PREVISTOS NA LEGISLAÇÃO. O contribuinte deixou de apresentar os arquivos da EFD ao fisco, mesmo depois de ter sido regularmente intimado. Infração caracterizada. Rejeitadas as preliminares de nulidade suscitadas na peça defensiva. Não acolhido o pedido de declaração de inconstitucionalidade de normas legais vigentes no ordenamento jurídico que estabelecem os valores das multas e dos índices de atualização das dívidas tributárias com o erário estadual. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração lavrado em 07/09/2022 em que se verificou o lançamento de multas no valor principal de **R\$ 128.828,68** com as seguintes descrições:

Infração 01 – 007.015.003 – Multa percentual sobre o imposto (ICMS) que deveria ter sido pago por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente. Ocorrência verificada entre os meses de janeiro de 2019 a fevereiro de 2020. Valor lançado: R\$ 121.928,68. Enquadramento da multa: art. 42, inc. II, alínea “d” da Lei nº 7.014/96.

Infração 02 – 016.014.004 – Deixou o contribuinte de efetuar a entrega do arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital – EFD, nos prazos previstos na legislação tributária. Entrega da EFD sem o “nível de detalhamento exigido na legislação”, porquanto as EFDs foram entregues zeradas. **Não atendimento da intimação para entrega do arquivo eletrônico.** Ocorrência verificada nos meses de janeiro, fevereiro e dezembro de 2019 e janeiro e fevereiro de 2020. Multa fixa de R\$ 1.380,00, com enquadramento no art. 42, inc. XIII-A, alínea “L”, da Lei nº 7.014/96 c/c a lei nº 12.917/13 e arts. 106 e 112 do CTN (Lei nº 5.172/66). Valor total lançado: R\$ 6.900,00.

Documentos juntados na peça de lançamento: Demonstrativos de Débito das infrações 01 e 02; Relatório de Consulta de Arquivos EFD; Edital de Intimação para a entrega dos arquivos eletrônicos; extratos contendo informações cadastrais da empresa autuada em que é referenciado o edital de baixa do contribuinte nº 09/2020, datado de 11/03/2020; mídia física contendo os arquivos gerados na ação fiscal em formato eletrônico.

Contribuinte notificado do lançamento no endereço de um de seus sócios, através dos Correios, com aviso de recebimento (AR), em 30/09/2022.

Ingressou com defesa administrativa por meio da petição juntada aos autos entre as fls. 20 a 35, protocolada em 16/11/2022, subscrita por advogado habilitado a atuar no processo através de instrumento de representação (doc. fl. 36).

Inicialmente apontou a existência de VÍCIOS INSANÁVEIS do ato de lançamento a invalidar completamente as cobranças que compõem o Auto de Infração. Neste tópico, fez referência a diversos dispositivos constitucionais, com destaque para o art. 37, que trata dos princípios regentes da Administração Pública e art. 142 do CTN, que regula o ato de lançamento de competência da autoridade fiscal. Destacou que a principal falha do Auto de Infração reside na falta de demonstração de todas as circunstâncias fáticas e a inexistência de documentos que atestassem as imputações dirigidas ao contribuinte. Citou também trechos de doutrina a embasar as alegações defensivas. Pede que o lançamento seja declarado nulo vez que foram desrespeitadas pela Auditoria regras basilares que regem o ato administrativo de constituição do crédito tributário.

No tópico seguinte da peça defensiva o contribuinte fez alusão ao DIREITO AO CRÉDITO DE ICMS, que está atrelado ao PRINCÍPIO DA NÃO-CUMULATIVIDADE. Disse que uma das supostas infrações imputadas à Impugnante foi a falta de registro na escrita fiscal de entrada de mercadorias e serviços. Em que pese este registro, no momento de apuração da suposta dívida tributária, não houve qualquer menção aos créditos de ICMS de que a Impugnante teria direito em razão das mencionadas entradas. Sustenta que o fisco desatendeu o que determina o 155, § 2º, I da Constituição Federal, vez que o ICMS é imposto não-cumulativo, devendo ser em cada operação abatido o valor cobrado nas operações anteriores. No mesmo sentido do que determinado pela Constituição Federal, a Lei Kandir (Lei Complementar nº 86/1997) determinou a não cumulatividade do ICMS no seu art. 19.

Sendo assim, voltando os olhos para o presente caso, a defesa reiterou o argumento de 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 Impugnante tinha direito, configurando enriquecimento ilícito por parte do fisco.

Por fim, no último tópico da impugnação, defesa ressaltou a impossibilidade de aplicação das multas lançadas, dado o seu caráter confiscatório, fazendo referência ao art. 150, inc. IV, da CF/1988, que estabelece ser vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e Municípios utilizar tributo com efeito de confisco. Amparado em citações de doutrina pede que as multas sem anuladas, pois contrárias aos limites constitucionais e legais.

Pugna também pela declaração de inconstitucionalidade formal da legislação do Estado da Bahia que estabeleceu a taxa de juros em patamar superior à taxa SELIC, considerando que o STF, no RE nº 183.907-4/SP declarou a inconstitucionalidade dos índices de correção monetária de tributos fixados por Estados e Municípios em patamares superiores àqueles aplicados pela União Federal.

Ao final, a defesa reitera o pedido para que seja declarado nulo o auto de infração, em razão de todas as razões mencionadas anteriormente, bem como outras venham a ser identificadas pelo órgão julgador. Acaso subsista a autuação, a Impugnante requer o reconhecimento de que as multas sejam afastadas ou, no mínimo, reduzidas, bem como a aplicação da SELIC como índice de correção da dívida, seja limitada a 1% ao mês.

INFORMATIVO FISCAL prestada pelos autuantes em 13/02/2023, através da peça processual juntada ao PAF entre as fls. 42 a 47.

Após fazerem uma síntese das razões apresentadas na peça defensiva, passaram em seguida a rebater os todos argumentos ali expostos.

De início, afirmaram que diante da ausência de escrituração fiscal do contribuinte, os valores calculados a título de multa pelo não recolhimento da antecipação parcial na etapa de entradas seguiu metodologia específica, descrita à fl. 44. Identificadas na relação de notas fiscais disponíveis no banco de dados da SEFAZ, para cada item comercializado, a situação tributária:

normal ou substituição tributária. Apurados os créditos a partir da relação analítica das notas fiscais de aquisição. Elaborada em seguida planilha com a totalização dos créditos. E por fim, elaborada planilha com a totalização por mês da antecipação parcial e multa calculados nos respectivos períodos mensais. Planilhas apresentadas à fl. 45 dos autos.

Quanto à Infração 02 declararam que o autuado mesmo após ter sido regularmente intimado não apresentou os arquivos SPED/EFD com os dados das operações mercantis, vez que fez a transmissão dos mesmos à SEFAZ-Ba sem quaisquer informações ou registros (arquivos zerados).

Na sequência, salientaram ter cumprido integralmente as determinações contidas no art. 142 do CTN, envolvendo a descrição dos fatos considerados infrações das obrigações tributárias principal e acessórias, de forma clara e sucinta, acompanhadas dos demonstrativos e levantamentos elaborados no curso da ação fiscal, em concordância com as determinações do RPAF/99, especialmente as regras inseridas nos artigos 42, 43, 44, 45 e 46, possibilitando ao contribuinte exercer o contraditório e a ampla defesa.

Com relação ao argumento defensivo de que as multas lançadas no Auto de Infração possuem caráter confiscatório, ressaltaram que as cobranças estão fundamentadas em dispositivo legal expresso (art. 42 da Lei nº 7.014/96) não possuindo o CONSEF competência para declarar a inconstitucionalidade de normas vigentes no ordenamento jurídico, conforme previsão contida no art. 167 do RPAF. O mesmo se aplica à previsão normativa de atualização monetária das dívidas fiscais com o erário baiano através da aplicação da Taxa Selic, considerando a regra expressa contida no art. 102, § 2º, inc. II da Lei nº 3.956/81 (Código Tributário do Estado da Bahia).

Ao finalizarem a peça informativa, os autuantes ressaltaram que diante da falta de argumentos da defesa relacionados ao mérito da autuação, especialmente no que se refere aos cálculos e valores levantados na Auditoria, associado ao fato de que o contribuinte optou em levantar arguições de nulidade que se revelam frágeis, e considerando ainda, a impossibilidade do CONSEF declarar a inconstitucionalidade de normas que integram o ordenamento jurídico estadual, pedem a esta Corte Administrativa que a decisão seja pela PROCEDÊNCIA TOTAL do Auto de Infração.

Em despacho exarado à fl. 51 do PAF, após avaliação dos elementos existentes neste processo, conclui que o mesmo se encontra em condições de ser inserido na pauta de julgamento. Pauta publicada pela Secretaria do CONSEF em 04/04/2023. Apresento na sequência o meu voto.

É o relatório.

VOTO

O Auto de Infração em lide é composto de duas imputações fiscais em que foram aplicadas ao contribuinte multas pecuniárias previstas na legislação de regência do ICMS.

Na primeira infração, a multa tem origem na falta de recolhimento do imposto por antecipação parcial, em relação às operações de entradas de mercadorias adquiridas para fins de comercialização, devidamente registradas na escrita fiscal, cujas saídas subsequentes foram normalmente tributadas. Aplicada a multa de 60% do valor do imposto que deixou de ser recolhido antecipadamente, conforme previsto no art. 42, inc. II, alínea “d” da Lei nº 7.014/96.

Na segunda ocorrência, a multa pecuniária decorreu da falta de entrega ao fisco dos arquivos da escrituração fiscal digital (EFD), nos prazos previstos na legislação, desatendendo o contribuinte a intimação das autoridades fiscais para regularizar essa omissão. Aplicada a penalidade fixa de R\$ 1.380,00 para cada mês em que a obrigação tributária acessória deixou de ser cumprida pelo sujeito passivo.

Na peça de defesa o contribuinte sustenta, tão somente, a nulidade do Auto de Infração, invocando os seguintes vícios insanáveis:

- 1) Ausência de demonstração das circunstâncias fáticas e dos documentos que atestassem a ocorrência das infrações imputadas à empresa;

- 2) Violação ao princípio da não cumulatividade do ICMS, pois desconsiderados os créditos fiscais na apuração das infrações;
- 3) Em razões subsidiárias a defesa sustentou o excesso das multas lançadas no Auto de Infração, que entende possuir caráter confiscatório, em violação à Constituição Federal (art. 155, inc. IV), conjugado com a ilegalidade da aplicação da taxa Selic no cálculo dos acréscimos moratórios.

Quanto à primeira preliminar de invalidade, não se verifica na peça de lançamento as omissões apontadas na peça impugnatória.

Em relação à infração 02, o contribuinte após ter sido regularmente intimado pelas autoridades fiscais, não apresentou os arquivos SPED/EFD com os dados das operações mercantis, vez que fez a transmissão dos mesmos à SEFAZ-Ba sem quaisquer informações ou registros (arquivos zerados). No tocante à Infração 01, não foi apresentado nos autos, pela defesa, documentos de arrecadação a evidenciar que a empresa tenha recolhido integralmente o ICMS antecipação parcial, na etapa de entradas das mercadorias, nos prazos estabelecidos na legislação de regência do imposto (dia 25 do mês subsequente ao ingresso dos produtos no estabelecimento).

Quanto à base probatória do lançamento, foram anexados ao PAF, entre as fls. 06 e 08 e gravados na mídia digital apensada à fl. 15, os demonstrativos com o detalhamento dos documentos fiscais que embasaram as cobranças, documentos entregues ao contribuinte, através de um de seus sócios, mediante intimação enviada pelos Correios, quando da finalização da ação fiscal.

Assegurados, portanto, ao contribuinte, o contraditório e a ampla defesa. Auto de Infração lavrado em conformidade com os requisitos exigidos no art. 39 do RPAF/99, notadamente, a correta identificação do sujeito passivo; a descrição dos fatos considerados infração, de forma clara e sucinta; demonstrativos sintéticos e analíticos das cobranças, indicação dos dispositivos de lei considerados infringidos e da multa aplicável; além da identificação e assinatura das autoridades fiscais responsáveis pelo lançamento.

Nulidade rejeitada.

No que se refere à alegada violação do princípio da não cumulatividade, restou comprovado que diante da ausência de entrega ao fisco da escrituração fiscal digital (EFD), os valores calculados a título de multa pelo não recolhimento integral da antecipação parcial na etapa de entradas seguiu metodologia específica, descrita à fl. 44. Identificadas na relação de notas fiscais disponíveis no banco de dados da SEFAZ, para cada item comercializado, a situação tributária: normal ou substituição tributária. Apurados os créditos a partir da relação analítica das notas fiscais de aquisição. Elaborada em seguida planilha com a totalização dos créditos. E por fim, elaborada planilha com a totalização por mês da antecipação parcial e multa calculados nos respectivos períodos mensais, com a dedução das parcelas já recolhidas ao Erário. Planilhas apresentadas à fl. 45 dos autos, reproduzida na mídia digital entregue ao contribuinte, no endereço de um de seus sócios, através dos Correios (doc. fl. 18).

Nulidade igualmente rejeitada.

Quanto aos pedidos subsidiários da defesa, verifico que as penalidades pecuniárias lançadas no Auto de Infração decorrem de expressa disposição da legislação do ICMS – Lei nº 7.014/96, art. 42, inc. II, alínea “d” (**infração 01**) e inc. XIII-A, alínea “L” (**infração 02**). Essas disposições normativas não podem ser afastadas pelo órgão julgador, pois é vedado ao CONSEF decretar a inconstitucionalidade ou ilegalidade da norma posta no ordenamento jurídico tributário. Assim dispõe o art. 167, incisos II e III, do RPAF (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia). Por sua vez, os precedentes judiciais citados na peça impugnatória não são vinculantes para a Administração Tributária baiana, vez que proferida em controle difuso de constitucionalidade, produzindo efeitos “*inter partes*”.

A análise de constitucionalidade da lei do ICMS do Estado da Bahia é questão que somente poderá ser apreciada através do manejo, pelo contribuinte de ações perante o Poder Judiciário. Dessa forma, o pedido de exclusão ou adequação das penalidades ao argumento da sua excessividade não pode ser acolhido na seara administrativa.

Pertinente a parcela dos acréscimos moratórios, verifico que nos termos art. 51 da Lei 7.014/96, que alterou a redação do art. 102 do COTEB (Lei nº 3.956/81), os juros moratórios serão calculados sobre o valor do tributo atualizado monetariamente na data do seu recolhimento.

Em relação às multas lançadas de ofício por descumprimento de obrigações acessórias, incidirá a partir de 30 (trinta) dias de atraso, acréscimos equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia (SELIC), 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. Assim dispõe o art. 102, § 2º, inc. II da Lei nº 3.956/81 (COTEB) – Código Tributário do Estado da Bahia.

Também no que se refere a essa parcela do lançamento é vedado órgão administrativo de julgamento, pelas razões já acima expostas, declarar a inconstitucionalidade de disposição expressa da legislação estadual que estabelece a incidência de acréscimos equivalentes a taxa SELIC sobre créditos reclamados através de lançamento de ofício, a partir de 30 (trinta) dias de atraso, conforme estabelecido no art. 102, § 2º, inc. II da Lei nº 3.956/81 (COTEB), norma já acima referenciada.

Portanto, a exclusão requerida pela defesa no tocante à metodologia de cálculo dos acréscimos moratórios e atualização monetária é medida que também está fora da competência dos órgãos administrativos de julgamento por decorrer de expressa disposição de lei.

Considerando as razões acima expostas nosso voto é pela **PROCEDÊNCIA** do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **284119.0015/22-4**, lavrado contra **COMERCIAL DE EMBALGENS H C LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, a efetuar o pagamento das multas pecuniárias no valor principal de **R\$ 128.828,68**, previstas no art. 42, inc. II, alínea “d”, da Lei nº 7.014/96, e inc. XIII-A, alínea “L”, do mesmo diploma legal c/c a Lei nº 12.917/13 e artigos 106 e 112 do CTN (Lei nº 5.172/66), acrescido dos demais consectários legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, em 13 de abril de 2023.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE/RELATOR

VLADIMIR MIRANDA MORGADO – JULGADOR

MARCELO MATTEDI E SILVA – JULGADOR