

A.I. Nº - 284119.0018/22-3
AUTUADO - ADMINISTRADORA LIMA LTDA.
AUTUANTES - JOSÉ MARIA DIAS FILHO, JURACI LEITE NEVES JÚNIOR e HÉLIO RODRIGUES TORRES JÚNIOR
ORIGEM - DAT NORTE / INFAZ CENTRO NORTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET 12/06/2023

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0090-02/23-VD

EMENTA: ICMS. 1. FALTA DE RECOLHIMENTO. DOCUMENTOS FISCAIS. OPERAÇÕES NÃO ESCRITURADAS. Não houve arguição de mérito. Afastada a arguição de nulidade. Reenquadrada a multa sugerida para o percentual de 60% do imposto devido, prevista no art. 42, inc. II, alínea “f” da Lei nº 7.014/96. Infração subsistente. 2. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. EFD. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. FALTA DE ENTREGA NO PRAZO PREVISTO. Intimada a apresentar os arquivos eletrônicos, o contribuinte não atendeu no prazo previsto. Aplicada a multa tipificada no art. 42, inc. XIII-A, alínea “L” da Lei nº 7.014/96. Não foram apresentadas provas, tampouco contestado o mérito das infrações. Os órgãos de julgamento administrativo estão impedidos de apreciar matérias que questionam a constitucionalidade de normativos legais, e negar a aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior. Art. 125 do COTEB – Lei nº 3.956/81 e art. 167, incisos I e III do RPAF/99. Não foram apresentadas as necessárias provas para elidir as infrações. Afastada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração foi lavrado em 07/09/2022, para exigir o crédito tributário no valor histórico de R\$ 65.546,68, acrescido de multa, pela constatação das infrações a seguir descritas.

INFRAÇÃO 01 – 002.001.002. Deixou de recolher, nos prazos regulamentares, ICMS referente as operações não escrituradas nos Livros Fiscais próprios. ICMS exigido R\$ 57.266,68, mais multa de 100% tipificada no art. 42, inc. III da Lei nº 7.014/96 para os fatos geradores apurados em dezembro de 2018, janeiro, fevereiro de 2019, janeiro e fevereiro de 2020.

Os autuantes informaram que o “Contribuinte não escriturou livros fiscais. Valores de débitos e créditos do ICMS apurados pelas notas fiscais de entradas e cupom fiscais de vendas. Apurado o ICMS a recolher, foram deduzidos os valores recolhidos”.

Enquadramento legal: art. 2º, inc. I e art. 32 da Lei nº 7.014/96, c/com art. 332, inc. I, § 6º do RICMS/2012.

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, sendo aplicada a multa por descumprimento de obrigação acessória de R\$ 1.380,00 por cada período, prevista no art. 42, inc. XIII-A, alínea “L” da Lei nº 7.014/96, c/com a Lei nº 12.917/2013 e art. 106 e 112 do

Código Tributário Nacional, para fatos ocorridos em novembro, dezembro de 2018, janeiro, fevereiro, dezembro de 2019 e janeiro de 2020.

Complementam os autuantes que constataram a “*Entrega da EFD sem ‘o nível de detalhe exigido na legislação’, porquanto as EFDs foram entregues zeradas. NÃO ATENDIMENTO DE INTIMAÇÃO PARA ENTREGA DO ARQUIVO ELETRÔNICO. Enquadramento da multa para a alínea ‘j’ do inciso XIII-A do art. 42 da Lei 7.014/96, 1ª parte. Multa: R\$ 1.380,00 (um mil, trezentos e oitenta reais) pela falta de entrega, nos prazos previstos na legislação, de arquivo eletrônico contendo a totalidade das operações de entrada e de saída, das prestações de serviços efetuadas e tomadas, bem como dos estornos de débitos ocorridos em cada período, ou entrega sem o nível de detalhe exigido na legislação*”.

A autuada através de seus advogados, impugnou o lançamento, fls. 21 a 42, onde após um breve relato dos fatos, apontou a existência de vícios insanáveis no lançamento e em seguida discorreu sobre as previsões da Constituição Federal sobre a dignidade da pessoa humana, a construção de uma sociedade livre e justa e que ninguém é obrigado a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, art. 5º, inc. II, e que a todos seja assegurado o direito de petição aos poderes públicos, independentemente do pagamento de taxas, art. 5º, inc. XXXIV, alíneas “a” e “b”, e obtenção de certidões em repartições públicas, para a defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal, garantindo-se, também, o direito de propriedade, art. 5º, inc. LIV da Constituição.

Referindo-se aos princípios da Legalidade, Impessoalidade, Moralidade, Publicidade e Eficiência, conclui que os atos administrativos devem ser transparentes, claros e precisos, de forma a que o administrado possa entender e saber se e quando o seu direito está sendo violado.

Transcreve o art. 142 do CTN, cita e transcreve lição de Paulo de Barros Carvalho sobre o lançamento, entendendo ser este um ato jurídico administrativo, assim como doutrina de Hely Lopes Meireles sobre a motivação dos atos administrativos.

Conclui que sendo o lançamento um ato jurídico administrativo, cabe ao Administrador Público, ao constituir o crédito tributário, fazê-lo de modo que fiquem demonstrados os fatos que ensejaram o ato administrativo, o que, no caso de lançamento de tributo, é a ocorrência do fato jurídico tributário, fato gerador, o que não ocorreu no presente caso, pois os autuantes não demonstraram de maneira satisfatória a sua ocorrência.

Reproduz ensinamento de Paulo de Barros Carvalho e aduz que no caso em análise, a forma como a autoridade administrativa realizou o lançamento, não foi apta a demonstrar os motivos que culminaram na exigência, pois deveria ter demonstrado cabalmente todas as circunstâncias fáticas e apresentado os documentos comprobatórios que justificassem a lavratura do Auto de Infração, o que não ocorreu.

Transcreve novamente lições do professor Paulo de Barros Carvalho, agora acerca do Princípio da Tipicidade Tributária e conclui que embora a exposição tenha sido longa, necessária para demonstrar de forma clara que o Auto de Infração não pode subsistir, por consubstanciar desrespeito às regras basilares do ato jurídico administrativo e do nascimento do crédito tributário, devendo os mesmos serem anulados em suas integralidades.

Ao tratar do caráter confiscatório das multas aplicadas, ressalta que deve haver respeito a proporcionalidade entre o dano e o ressarcimento, reproduzindo doutrina de Sacha Calmon Navarro e conclui que o confisco é genericamente vedado, a não ser nos casos expressos autorizados pelo constituinte e seu legislador complementar, que são três: (a) danos causados ao Erário; (b) enriquecimento ilícito no exercício de cargo, função ou emprego na Administração Pública; e (c) utilização de terra própria para o cultivo de ervas alucinógenas. Ressalta não haver provas de que a autuada praticou ato que se amolde às hipóteses citadas.

Cita Norberto Bobbio acerca da existência no ordenamento jurídico de determinadas normas que se revestem de caráter que se intitula sanções punitivas e ensina que, enquanto o castigo é uma reação a uma ação má, o prêmio é uma reação a uma ação boa. No primeiro caso, a reação consiste no pagar o mal com o mal; no segundo, o bem com o bem.

Afirma que as multas aplicadas ao caso, são um castigo ao contribuinte, lhe obrigando ao maior sacrifício, no entanto, estas multas devem obedecer a parâmetros, limites, ou seja, as multas devem estar revestidas por contornos que atinjam a sua função social.

Lembra que nos termos da Lei de Introdução ao Código Civil - Decreto-Lei nº 4.657/1942, “*Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.*”, e a Constituição Federal, no art. 150, inc. IV diz que “*Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios utilizar tributo com efeito de confisco.*”, porém, há que se fazer uma interpretação extensiva e sistemática, aplicando-se a referida vedação às multas, conforme o entendimento do Supremo Tribunal Federal contido no AI-AgR 482281, cuja ementa reproduz.

Aponta que ao comparar as multas aplicadas com os ditames da Constituição Federal, há dissonância, posto que não se admite que a multa tenha caráter confiscatório. Portanto, entende caber ao julgador diminuir as multas aplicadas ao caso, que se agir de maneira diversa, se prestigiará patente inconstitucionalidade.

Repisa que o caráter confiscatório das multas está na total desproporção entre o valor da imposição e o valor do bem a ser tributado, a gradação da multa deve ser lógica, o que não ocorre no presente caso.

Defende que uma multa excessiva ultrapassando o razoável, caracteriza, de fato, uma maneira de burlar o dispositivo constitucional que proíbe o confisco. Assim, diz restar claro que as multas devem ser anuladas, pois contrárias aos limites constitucionais e legais.

Ao tratar do limite máximo dos juros fixado por norma federal pela taxa SELIC e da inconstitucionalidade formal da legislação estadual, sinaliza que no Recurso Extraordinário nº 183.907-4/SP, 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.

Transcreve trechos do voto dos Ministros e conclui que desta forma, ficam os Estados e Municípios sujeitos ao limite fixado em lei federal, o que decorre da literalidade dos §§ 1º e 4º do mencionado art. 24 da Carta Magna.

Explica que a Lei Federal nº 9.065/95, no seu art. 13, substituiu os juros de mora até então incidentes sobre tributos federais, por juros equivalentes à taxa SELIC para títulos públicos federais, acumulada mensalmente, que foi instituída pela Resolução nº 1.124 do Conselho Monetário Nacional e nos últimos anos tem sido sempre inferior à 1%. Portanto, a taxa de juros fixada pela Resolução SF nº 98/2010, é patentemente inconstitucional, pois extrapola claramente o valor da SELIC, ao alcançar patamares mensais superiores a 3%.

Lembra o que dispõe o art. 95, § 5º da Lei nº 6.374/89 e finaliza dizendo que está evidente que todas as normas que compõe taxa de juros superior à SELIC, devem ser banidas do ordenamento jurídico.

Aborda o direito ao crédito de ICMS, sob a ótica do princípio da não-cumulatividade, previsto no art. 155, § 2º, inc. I da Constituição Federal, cujo regime tem a função de evitar que o ICMS tenha influência no preço da mercadoria ou do serviço, impossibilitando que ocorra o duplo pagamento deste imposto sobre a mesma base de cálculo.

Sobre o tema reproduz lição de Roque Carraza que evidencia o direito do contribuinte de efetuar a apuração de créditos de ICMS que será, posteriormente, utilizado como “*moeda de pagamento*” e assim efetuar o pagamento do imposto, assim como doutrina de Paulo de Barros Carvalho.

Conclui que o regime da não-cumulatividade para o ICMS, que evita o efeito cascata deste tributo o que elevaria o valor final das mercadorias, conforme previsto na Lei Complementar nº 87/96 no seu art. 19 e ressalta que no presente caso, uma vez inexistindo a comprovação da invalidade dos créditos de ICMS, o Auto de Infração deve ser anulado, tendo em vista a ofensa ao princípio tratado.

Assevera que a legitimidade dos créditos apurados pela empresa é evidente e encontra guarida na legislação. Assim, quando a fiscalização considerou como indevidos os créditos da autuada, desconsiderou o princípio da não-cumulatividade se revelando um ato inconstitucional.

Requer que seja declarado nulo o Auto de Infração, em razão de ofensa ao quanto determinado no artigo 142 do Código Tributário Nacional. Contudo, se acaso subsistir a autuação, o que se cogita apenas para fins de argumentação, requer o reconhecimento de que as multas são nulas.

Um dos autuantes prestou a informação fiscal às fls. 43 a 48, onde reproduziu as infrações, fez uma síntese dos argumentos da defesa para em seguida registrar que iniciará sua análise pelos tópicos: “*Preliminar de nulidade*” e “*Constitucionalidade: Direto ao Crédito – Princípio da Não Cumulatividade*”, pois estão vinculados ao fato de o autuado silenciar-se na análise das planilhas demonstrativas dos cálculos dos valores lançados no Auto de Infração.

Explica que na Planilha: *02-Plan-Créditos Ant. Parcial por NF-e*, consta na aba 01 a parametrização, onde define a situação tributária de cada item comercializado pela autuada, como substituição tributária ou normal, para efeito da utilização de crédito fiscal.

Na aba 02 - *Apuração dos Créditos*, consta a relação analítica das notas fiscais de aquisição de mercadorias para revenda no período, com dados identificadores e individualizadores e na aba 03 - *Planilha Totalizadora/Resumo por ano/mês*, os créditos apropriados nos respectivos períodos.

A Planilha *02-Plan-Débitos Por Ecf_2019-2020: (I)* aba 01: *Parametrização*, define a situação tributária de cada item comercializado pela autuada, seja por antecipação tributária ou tributação normal, para efeito do cálculo do débito fiscal; *(II)* aba 02: *Apuração dos Débitos*, consta a relação analítica dos cupons fiscais de venda do período, com dados identificadores e individualizadores; e a *(III)* aba 03: *Planilha Totalizadora/Resumo por ano/mês* dos débitos apurados nos respectivos períodos.

Observa que na infração 02 a autuada, mesmo regularmente intimada, não apresentou os arquivos SPED/EFD com os dados das operações mercantis, uma vez que estes foram originalmente transmitidos em branco.

Salienta que, conforme recibo anexo aos autos às fls. 17 e 18, e do teor da defesa, foram entregues ao contribuinte, cópia do Auto de Infração, seus demonstrativos como também CD com dados das planilhas indispensáveis para o esclarecimento dos fatos narrados no corpo do Auto de Infração.

Conclui que foi cumprido de forma integral os mandamentos do disposto no art. 142 do CTN, bem como o RPAF pois, as infrações estão claramente descritas, corretamente tipificadas e têm suporte nos demonstrativos e documentos fiscais autuados, emitidos na forma e com os requisitos legais.

Acrescenta que o lançamento está em consonância com o RICMS/BA e com o RPAF/99, pois o lançamento resta pleno dos essenciais pressupostos formais e materiais e os fatos geradores do crédito tributário constam claramente demonstrados, as infrações estão determinadas com segurança como também a identificação do infrator, portanto, não acata a preliminar de nulidade.

Sobre o caráter confiscatório da multa, diz que o argumento não deve ser acatado, pois a mesma está prevista no art. 42 da Lei nº 7014/96, portanto, legal e consequentemente os órgãos julgadores não têm competência para apreciar inconstitucionalidades, conforme art. 167 do RPAF/99.

Quanto a taxa SELIC e o limite máximo fixado por norma federal, também descarta ser acatado, uma vez que a mesma está prevista no inc. II, do § 2º, do art. 102 da Lei nº 3.965/81 - COTEB,

portanto, legal, fato que impede os órgãos julgadores apreciar, conforme previsão contida no art. 167 do RPAF/99.

Conclui diante da falta de argumentos defensivos a respeito de questões de mérito da autuação, que estão corretos os cálculos e valores levantados na auditoria fiscal associado ao fato de que a defesa optou por levantar frágil nulidade, caracterizando que a mesma não teve cuidado e interesse nas análises das planilhas anexadas aos autos impressas e gravadas no CD, e, por fim, atribuir ao CONSEF questões de inconstitucionalidades aos quais fogem de sua competência.

Requer a esta Corte Administrativa de Julgamento Fiscal, a procedência total do presente Auto de Infração.

É o relatório.

VOTO

O Auto de Infração em análise imputou ao sujeito passivo a acusação de duas infrações à legislação do ICMS, tempestivamente impugnadas.

A autuada é contribuinte do ICMS, inscrita no Cadastro Estadual na condição Normal e exercia a atividade econômica principal e única, sob o código CNAE-Fiscal 8299/79-9 - Outras atividades de serviços prestados principalmente às empresas não especificadas anteriormente, estava estabelecido no município de Encruzilhada/BA e atualmente se encontra na situação cadastral de “Baixada”.

Em 16/07/2022, através do Edital de Intimação nº 11/2022, publicado no Diário Oficial do Estado da Bahia, Edição nº 23.459, cópia à fl. 10, frente e verso, o contribuinte foi intimado para apresentar no prazo de 10 dias os arquivos da EFD referente ao período de 01/11/2018 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. 16 a 19.

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 as infrações estão descritas de forma clara, objetiva e didática; foram indicados todos os dispositivos legais e regulamentares tidos como infringidos pelo contribuinte autuado, que justificam as infrações; e os demonstrativos analíticos e sintéticos que sustentam as infrações foram elaborados pelo autuante cuidadosamente, de modo que expõe de forma irrefutável todas as ocorrências apuradas e contém 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.

Restou comprovado que a autoridade administrativa constituiu o crédito tributário pelo lançamento, verificou e comprovou a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente,

determinou a matéria tributável, calculou o montante do tributo devido, identificou o sujeito passivo e propôs a aplicação da penalidade prevista na Lei nº 7.014/96.

Observe 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 afastou a arguição nesse sentido.

Seguindo, a defesa argumentou que ao comparar as multas sugeridas com os ditames constitucionais, ver clara dissonância, uma vez que a 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 autuantes estão previstas na Lei nº 7.014/96, portanto, consiste em um ato legal fundamentado numa norma legal.

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.

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*”.

Contudo, constato que a multa sugerida para a infração 01, “*deixar de recolher o ICMS nos prazos regulamentares decorrentes de operações não escrituradas nos livros fiscais*” foi de 100% do valor do imposto exigido, prevista no art. 42, inc. III, alínea “g” da Lei nº 7.014/96, ou seja, no caso de “*outras omissões de receitas tributáveis constatadas por meio de levantamento fiscal, inclusive mediante levantamento quantitativo de estoque*”.

No caso da infração 01, se aplicaria melhor a multa de 60%, prevista no mesmo art. 42, inc. II, alínea “f”, ou seja: “*quando ocorrer qualquer hipótese de infração diversa das previstas nesta Lei que importe descumprimento de obrigação tributária principal, em que não haja dolo, inclusive quando da utilização indevida ou antecipada de crédito fiscal;*”, tendo em vista que sequer foi aventada a possibilidade de ocorrência de dolo.

Destarte, de ofício, reenquadro a multa aplicada na infração 01, passando esta penalidade para 60% sobre o valor do imposto apurado, conforme art. 42, inc. II, alínea “f” da Lei nº 7.014/96.

Noutra arguição, a defesa questionou a aplicação da taxa SELIC nos 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.

Repito, como exposto linhas, 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 repercussão gral, 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 às duas infrações, visto que em nenhuma delas há glosa de créditos fiscais do contribuinte. A primeira infração cobra o imposto que deixou de ser recolhido pelo contribuinte referente a operações cujos documentos fiscais não foram escriturados na sua EFD, portanto, operações não consideradas na apuração mensal do ICMS nos meses autuados.

A segunda, reporta-se a aplicação de penalidade por descumprimento de obrigação acessória, qual seja, a falta de entrega dos arquivos eletrônicos da EFD nos períodos de novembro, dezembro de 2018, janeiro, fevereiro, dezembro de 2019 e janeiro de 2020.

Não há na defesa, questionamento quanto ao mérito das infrações, como também não foram apresentadas quaisquer provas que pudessem elidi-las, cujos levantamentos foram produzidos 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.

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 nenhuma prova ou argumento capaz de elidir as infrações, se reportando exclusivamente às questões de inconstitucionalidades, fato que faz incidir as normas contidas nos artigos 140 a 143 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. Portanto, cabe ao acusado o ônus de comprovar os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito que o Fisco alega ter.

Pelo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **284119.0018/22-3**, lavrado contra **ADMINISTRADORA LIMA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 57.266,68**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inc. II, alínea “f” da Lei nº 7.014/96, além da multa por descumprimento de obrigação tributária no valor de **R\$ 8.280,00**, prevista no art. 42, inc. XIII-A, alínea “L” da Lei nº 7.014/96, c/com a Lei nº 12.917/2013 e

art. 106 e 112 do Código Tributário Nacional e dos acréscimos moratórios conforme estabelece a Lei nº 9.837/05.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 23 de setembro de 2023.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS – RELATOR

JOSÉ CARLOS COUTINHO RICCIO – JULGADOR

