

A. I. N° - 284119.0014/22-8
AUTUADO - AS PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS 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 N° 0098-02/23-VD

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. OPERAÇÕES DE SAÍDAS NÃO ESCRITURADAS. Impugnação limitada a preliminares e sem apresentação de elementos de provas capazes de elidir a acusação fiscal, como indicado no art. 123 do RPAF. Reenquadramento da multa sugerida (100%) para o percentual de 60% do imposto devido, em face da não comprovação de dolo, conforme previsto no art. 42, inc. II, alínea “f” da Lei n° 7.014/96. Afastada a arguição de nulidade. Infração subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 06/09/2022, exige o valor de R\$ 160.666,52, em decorrência da seguinte infração:

Infração 1 – 002.001.002: Deixou de recolher, no(s) prazo(s) regulamentar(es), ICMS referente operações não escrituradas nos Livros Fiscais próprios. **Valor:** R\$ 160.666,52. **Período:** dezembro 2018, janeiro a março e dezembro 2019, janeiro 2020. **Enquadramento legal:** Art. 2º, I, e art. 32 da Lei n° 7.014/96 c/c Art. 332, I, §6º, do RICMS/12, aprovado pelo Decreto n° 13.780/12. **Multa** de 100%: Artigo 42, III, da Lei n° 7.014/96.

Complemento: Contribuinte não escriturou nos livros fiscais valores de débitos e créditos do ICMS apurados pelas notas fiscais de entradas e cupons fiscais de vendas. Apurado o ICMS deduzindo os valores recolhidos

O representante do autuado apresenta a Impugnação de fls. 20/35. Após relatar os fatos da autuação, passa a discorrer suas razões defensivas:

DOS VÍCIOS INSANÁVEIS EXISTENTES NOS LANÇAMENTOS

Citando os artigos 1º, III, 2º, I, 5º, II, XXXI, “a” e “b”, LIV 37 da CF/88, reproduzindo o art. 142 do CTN, bem como excertos de doutrina a respeito, diz 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 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.

DAS MULTAS APLICADAS – CARÁTER CONFISCATÓRIO

Reproduzindo excertos de doutrina a respeito, bem como ementa de decisão judicial do STF (AI-AgR 482281), ao tratar do caráter confiscatório das multas aplicadas, ressalta que deve haver respeito a proporcionalidade entre o dano e o ressarcimento, de modo a se concluir 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, mas não há provas de que a autuada praticou

ato que se amolde às hipóteses citadas, razão pela qual cabe a julgador diminuir a multa aplicada ao caso ou anulá-la, o que postula.

DO LIMITE MÁXIMO FIXADO POR NORMA FEDERAL (TAXA SELIC) INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL DA LEGISLAÇÃO ESTADUAL.

Tratando 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. Nesse sentido, transcreve trechos do voto dos Ministros e conclui que desta forma, os Estados e Municípios se sujeitam ao limite fixado em lei federal, o que decorre da literalidade dos §§ 1º e 4º do mencionado art. 24 da Carta Magna, entendimento também exposto pelo STF na ADI 442/SP, conforme reproduzida ementa do Acórdão.

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.

DO DIREITO AO CRÉDITO DE ICMS – PRINCÍPIO DA NÃO CUMULATIVIDADE

Reproduzindo o art. 155, §2º, da CF/88, art. 19 da LC 87/96, bem como excertos de doutrina a respeito, aborda o direito ao crédito de ICMS sob a ótica do princípio da não-cumulatividade, 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.

Assim, no caso presente, 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.

Concluindo, 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. 41-45. Após reproduzir as infrações e sintetizar os argumentos da defesa, passa a contestá-los nos seguintes pontos: 1) preliminar de nulidade suscitada; 2) Constitucionalidade: Multas aplicadas - caráter confiscatório; 3) Constitucionalidade: Taxa SELIC – Limite máximo fixado por norma federal.

Após o resumo passar a contrapor as argumentações defensivas:

1) Preliminar de Nulidade. Colando plotagem de página de identificação dos arquivos, informa que o autuado silenciou quanto à análise das planilhas e demonstrativas dos cálculos dos valores lançados no Auto de Infração (fls. 04, 05, 06, bem como CD-ROM anexo aos autos à fl. 13).

Nome	Data de modificação	Tipo	Tamanho
a01-Recolhimentos	14/09/2022 18:40	Pasta de arquivos	
a02-Saídas analíticas por ECF	14/09/2022 18:40	Pasta de arquivos	
a03-Sped-Efd	14/09/2022 18:40	Pasta de arquivos	
a04-Nfe Recebidas	14/09/2022 18:40	Pasta de arquivos	
16-Plan-A Recolher- Crédito Apuração.xlsx	07/09/2022 17:14	Planilha do Microsoft...	14 KB
16-Plan-A Recolher- Crédito Indevido.xlsx	13/09/2022 20:03	Planilha do Microsoft...	12 KB
16-Plan-Créditos+Ant Parcial por Nfe.xlsx	13/09/2022 10:12	Planilha do Microsoft...	9.120 KB
16-Plan-Débitos Por Ecf_2018a2020.xlsx	07/09/2022 18:04	Planilha do Microsoft...	30.187 KB
16-Plan-Recolhimentos.xlsx	13/09/2022 20:18	Planilha do Microsoft...	50 KB
2841190012225-AI-Ant Parcial+Sped.pdf	06/09/2022 15:56	Foxit Reader PDF Do...	222 KB
2841190012225-DD.pdf	06/09/2022 15:56	Foxit Reader PDF Do...	63 KB
2841190013221-AI-Créd Indevido.pdf	13/09/2022 21:03	Foxit Reader PDF Do...	217 KB
2841190013221-DD.pdf	13/09/2022 21:03	Foxit Reader PDF Do...	60 KB
2841190014228-AI-Créd Apuração.pdf	06/09/2022 15:56	Foxit Reader PDF Do...	216 KB
2841190014228-DD.pdf	06/09/2022 15:56	Foxit Reader PDF Do...	60 KB
b01-periodos_sn-SEFAZ.pdf	06/09/2022 06:52	Foxit Reader PDF Do...	60 KB
b02-Termo_Inicio_doe_2022-07-16_pag_23.pdf	06/09/2022 08:21	Foxit Reader PDF Do...	158 KB
b03-dados_cadastrais-SEFAZ.pdf	06/09/2022 06:53	Foxit Reader PDF Do...	76 KB
b04-consultaOptantes-RFB.pdf	06/09/2022 06:57	Foxit Reader PDF Do...	197 KB
b05-arquivosEFD-SEFAZ.pdf	06/09/2022 07:01	Foxit Reader PDF Do...	89 KB
b06-dma_apuracao-2018-12-outros créditos.pdf	06/09/2022 07:10	Foxit Reader PDF Do...	73 KB

Observa que, diante da ausência de escrituração fiscal, os valores calculados a título de ICMS a recolher foram apurados utilizando a seguinte metodologia:

Planilha: 16-Plan-Créditos+Ant Parcial por Nfe.

Aba 01: Parametrização: Onde se define a situação tributária de cada item comercializado pelo autuado, como ST ou NO, caso o produto seja por antecipação tributária ou tributação normal, isto para efeito da utilização de crédito fiscal;

Aba 02: Apuração dos Créditos: Relação analítica das notas fiscais de aquisição de mercadorias para revenda no período, com dados identificadores e individualizadores sejam: ChvNfe; Emissão; CNPJ; RazaoSocial; UF; SimNac; Num; Item; DescrItem; NCM; CFOP; CFOPdesc; vItem; vOutros; vDesc; vIpi; **vCrédNfe**; vIcmsSt; vAliqNfe; AliqCréd; Parmet; SitTrib; AliqBa; VL vTot; **Crédito**; BcDéb; Débito; VL vTot (NO); VL Créd-NO e AntParcial;

Aba 03: Planilha Totalizadora/Resumo por ano/mês dos Créditos Apropriados nos respectivos períodos, abaixo:

PLANILHA DE CRÉDITO - EMPRESA: 16-14598625000101- AS PRESTACAO DE SERVICOS LTDA							
Filial	Ano/M	Ano	Mê	VI Nfe	VL (NO)	VI Créd-I	
16-14598625000101-AS Prestação de Serviços	201811	2018	11	121.967,44	117.370,81	8.761,10	
16-14598625000101-AS Prestação de Serviços	201812	2018	12	131.349,39	129.046,98	9.551,04	
16-14598625000101-AS Prestação de Serviços	20191	2019	1	148.125,59	145.424,07	12.182,06	
16-14598625000101-AS Prestação de Serviços	20192	2019	2	141.627,20	134.728,06	9.613,58	
16-14598625000101-AS Prestação de Serviços	20193	2019	3	142.780,81	138.995,21	11.206,50	
16-14598625000101-AS Prestação de Serviços	201912	2019	12	197.181,11	194.162,84	14.212,65	
16-14598625000101-AS Prestação de Serviços	20201	2020	1	73.123,17	73.079,38	5.101,54	
16-14598625000101-AS Prestação de Serviços	20202	2020	2	26.868,41	26.868,41	1.859,74	
16-14598625000101-AS Prestação de Serviços	20203	2020	3	0,00	0,00	0,00	
				983.023,12		72.488,21	

Planilha: 16-Plan-Débitos Por Ecf_2019-2020;

Aba 01: Parametrização: Onde se define a situação tributária de cada item comercializado pelo autuado, como ST ou NO, caso o produto seja por antecipação tributária ou tributação normal, isto para efeito do cálculo do débito fiscal;

Aba 02: Apuração dos Débitos: Relação analítica dos cupons fiscais de venda do período, com dados identificadores e individualizadores sejam: Chave de Acesso; Série; Num.Doc.Fiscal;

Emissão; Num.Item NFC-e; Código Item NFC-e; Ncm; Descrição do Item; CFOP; VITot; Desc; SIT; AlíqBa; Vendas ECF; Vendas ECF-NO; Débito ECF.

Aba 03: Planilha Totalizadora/Resumo por ano/mês dos Débitos Apurados nos respectivos períodos, vejamos:

APURAÇÃO DOS DÉBITOS - EMPRESA: 16-14598625000101- AS PRESTACAO DE SERVICOS LTDA						
Ano/Mês	Ecf-Ano	Ecf-Mês	Vendas ECF	Vendas ECF - NO	%Vendas NO	Débito ECF
201811	2018	11	0,00	0,00	0,00%	0,00
201812	2018	12	217.479,35	198.806,78	91,41%	35.785,22
20191	2019	1	233.192,87	216.112,26	92,68%	38.900,21
20192	2019	2	254.097,48	234.819,66	92,41%	42.267,54
20193	2019	3	285.535,28	258.664,72	90,59%	46.559,65
201912	2019	12	309.414,64	285.381,89	92,23%	51.368,74
20201	2020	1	176.405,81	171.524,39	97,23%	30.874,39
						245.755,75

Planilha: 16-Plan-Apuração do ICMS;

APURAÇÃO DO ICMS A RECOLHER - EMPRESA: 16-14598625000101- AS PRESTACAO DE SERVICOS LTDA														
APURAÇÃO DOS DÉBITOS						APURAÇÃO DOS CRÉDITOS						APURAÇÃO DOS SALDOS		
An	Nº	Débito	Dif	Estor	Outr	Tot Débi	Crédito	Ant parc	Estor	Outr	Sim	Tot Crédi	Saldo Credor Anterior	Saldo de Recolh ICMS- SimNa
2018	11	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	8.761,10	7.622,78	0,00	0,00	0,00	16.383,88	0,00	-16.383,88
2018	12	35.785,22	0,00	0,00	0,00	35.785,22	9.551,04	678,88	0,00	7.622,78	0,00	17.852,70	16.383,88	17.932,52
2019	1	38.900,21	0,00	0,00	0,00	38.900,21	12.182,06	0,00	0,00	0,00	0,00	12.182,06	0,00	26.718,15
2019	2	42.267,54	0,00	0,00	0,00	42.267,54	9.613,58	0,00	0,00	0,00	0,00	9.613,58	0,00	32.653,96
2019	3	46.559,65	0,00	0,00	0,00	46.559,65	11.206,50	11.767,61	0,00	0,00	0,00	22.974,11	0,00	23.585,54
2019	12	51.368,74	0,00	0,00	0,00	51.368,74	14.212,65	2.017,64	0,00	0,00	0,00	16.230,29	0,00	35.138,45
2020	1	30.874,39	0,00	0,00	0,00	30.874,39	5.101,54	0,00	0,00	0,00	0,00	5.101,54	0,00	25.772,85
2020	2	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	1.859,74	0,00	0,00	0,00	0,00	1.859,74	0,00	-1.859,74
245.755,75						245.755,75	72.488,21	22.086,91				102.197,90		
														160.666,53

Salienta que, conforme recibo anexo aos autos às Fls. 16 e 17, e como do que se percebe do teor da peça defensiva, foram entregues ao contribuinte, cópia do auto de infração, seus demonstrativos como também CD-Rom com dados das planilhas acima, indispensáveis para o esclarecimento dos fatos narrados no corpo do auto de infração.

Assim, fora cumprido de forma integral os mandamentos do disposto no art. 142 do CTN, bem como nos artigos 15, 19, 26, 28, 30, 38, 39, em especial quanto ao inciso III “**a descrição dos fatos considerados infrações de obrigações tributárias principal e acessórias, de forma clara, precisa e sucinta;** e §§, 41, “**O Auto de Infração far-se-á acompanhar: “II - dos demonstrativos e dos levantamentos elaborados pelo fiscal autuante, se houver, e das provas necessárias à demonstração do fato argüido,** artigos 42, 43, 44, 45 e 46 do RPAF pois que as infrações estão claramente descritas, corretamente tipificadas e têm suporte nos demonstrativos e documentos fiscais autuados, emitidos na forma e com os requisitos legais.

Examinando os autos deve-se constatar que o presente PAF está em consonância com o RICMS-BA e com o RPAF-BA/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 constata-se não haver vício a macular o PAF em análise, portanto não acatamos a preliminar de nulidade ora alegada.

1- Constitucionalidade: Multas aplicadas – Caráter confiscatório:

O autuado fez menção a norma expressa no art. 150, inciso IV da Constituição Federal de 1988 e na jurisprudência no âmbito do judiciário (AI-AgR 482281, Ministro Relator Ricardo Lewandowski) sobre a questão relacionada com confisco através de multas consideradas extorsivas citando também lição de renomados professores de direito tributário.

Com relação ao argumento defensivo de que a multa é confiscatória o mesmo **não deve ser acatado**, pois que a mesma está prevista no dispositivo dos incisos do artigo 42 da Lei 7014/96, **portanto é legal** e, por consequência, os órgãos julgadores do CONSEF não possuem competência para apreciar matéria de alegações de inconstitucionalidades, conforme previsão

contida no art. 167 do RPAF/99, vejamos: “**Art. 167. Não se incluem na competência dos órgãos julgadores: I - a declaração de inconstitucionalidade;**

2- Constitucionalidade: Taxa Selic- Limite máximo fixado por norma federal:

Neste ponto, a defesa alega que a correção monetária pela taxa SELIC seria inconstitucional, pois o STF declarou inconstitucionalidade dos índices de correção monetária de tributos fixados por Estados e Municípios em patamares superiores àqueles aplicados pela União Federal.

Com relação ao argumento defensivo acima o mesmo não deve ser acatado, pois que a mesma está prevista no inciso II, do § 2º, do art. 102, da Lei nº. 3.965/81 (COTEB), **portanto é legal** e, por consequência, os órgãos julgadores do CONSEF não possuem competência para apreciar matéria a alegações de inconstitucionalidades, conforme previsão contida no art. 167 do RPAF/99, vejamos: “**Art. 167. Não se incluem na competência dos órgãos julgadores: I - a declaração de inconstitucionalidade;**

Conclusão:

Diante da falta de argumentos defensivos a respeito de questões de mérito da autuação, conclui-se como corretos os cálculos e valores levantados na auditoria fiscal associado ao fato de que a defesa opta por levantar frágil nulidade, caracterizando que a mesma não teve cuidado/interesse nas análises das planilhas anexadas aos autos, impressas, e em CD-ROM para, por fim, atribuir ao CONSEF questões de inconstitucionalidades que fogem de sua competência, REQUER à Corte Administrativa de Julgamento Fiscal, a **PROCEDÊNCIA TOTAL** do presente auto de infração.

É o relatório.

VOTO

Como acima relatado, o presente Auto de Infração conduz uma só infração à legislação tributária, tipificada pelo código fiscal 002.001.002 (falta de recolhimento de ICMS referente a operações não escrituradas nos Livros Fiscais).

Examinando os autos constato estar o PAF consoante com o RICMS-BA e com o RPAF-BA/99, pois o lançamento resta pleno dos essenciais pressupostos formais e materiais e os fatos geradores do crédito tributário constam claramente demonstrados.

Assim, considerando que: a) conforme documentos autuados às fls. 16, 17 e 18, bem como do que se depreende da manifestação defensiva, cópia do Auto de Infração e dos papéis de trabalho indispensáveis para o esclarecimento dos fatos narrados no corpo do auto foram entregues ao contribuinte; b) na lavratura do Auto de Infração foi devidamente cumprido o disposto no art. 142 do CTN, bem como nos artigos 15, 19, 26, 28, 30, 38, 39 (em especial quanto ao inciso III e §§, 41, 42, 43, 44, 45 e 46, do RPAF; c) o processo se conforma nos artigos 12, 16, 22, 108, 109 e 110 do mesmo regulamento; d) a infração está claramente descrita, determinada com segurança, corretamente tipificada e tem suporte nos demonstrativos e documentos fiscais autuados, emitidos na forma regulamentar e com os requisitos legais (fls. 04-13), bem como identificado o infrator, constato não haver vício a macular o PAF em análise.

De logo observo tratar-se de exação fiscal relacionada a tributo originalmente sujeito a lançamento por homologação (CTN: art. 150) em que a legislação atribui ao sujeito passivo a prática de todos os atos de valoração da obrigação tributária, inclusive o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, cabendo a esta apenas homologar os atos de natureza fiscal do contribuinte no prazo decadencial. Nesse caso, ainda que sobre a obrigação tributária não influam quaisquer atos anteriores à homologação, praticados pelo sujeito passivo ou por terceiro, em sendo praticados, os atos são, porém, considerados na apuração do saldo porventura devido e, sendo o caso, na imposição de penalidade, ou sua graduação (§§ 2º e 3º do artigo 150 do CTN).

Conforme documentos de fls. 09-12, estabelecido no município de Fátima-BA, o Autuado, contribuinte do ICMS inscrito no Cadastro Estadual na condição Normal, 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”, 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 (fl. 07), 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 de edital se justifica pelo fato do contribuinte se encontrar com a inscrição estadual Baixada desde 10/11/2011, 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 18.

A defesa preliminarmente arguiu nulidade do lançamento, fundamentando 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 a infração; os demonstrativos analíticos e sintéticos que sustentam a acusação fiscal foram elaborados pelo autuante cuidadosamente, de modo que expõe todas as ocorrências apuradas com os elementos necessários à cognição do cometimento da infração, de modo que a autoridade administrativa constituiu o crédito tributário em conformidade com o previsto no art. 142 do CTN.

O direito à ampla defesa e contraditório do contribuinte foi plenamente observado; não existe vício ou falha que macule de nulidade o Auto de Infração. Portanto, sem sentido lógico ou jurídico a nulidade suscitada e aqui afastada.

No que diz respeito à alegação de confisco quanto à multa proposta por vê-la desproporcional, e que caberia ao julgador administrativo diminuí-la prestigiando sua constitucionalidade, é de ser ter em conta sua previsão legal na Lei nº 7.014/96. Portanto, consiste em proposição fundamentada numa norma legal.

Disposição repetida no art. 167 do RPAF, importa também destacar o que prevê o art. 125 da Lei nº 3.956/81 – COTEB:

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.

Por tratar de descumprimento de obrigação principal, considerando que o § 8º do art. 42 da Lei nº 7.014/96, que permitia análise para dispensa ou redução, por equidade, foi revogado pela Lei nº

12.605, de 14/12/12, DOE de 15 e 16/12/12, efeitos a partir de 15/12/12, o pedido de sua redução resta prejudicado.

Sem embargo, reenquadro a multa proposta para a infração 01 (100% do imposto exigido) para 60% sobre o valor do imposto apurado, conforme art. 42, inc. II, alínea “f” da Lei nº 7.014/96, tendo em vista não se ter comprovado nos autos a existência de dolo.

Noutra arguição, a defesa questionou a legalidade de 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.

Como exposto em linhas atrás, o CONSEF, órgão competente para, no âmbito administrativo, julgar os litígios decorrentes de lançamentos de tributos e aplicação de penalidades por infrações à legislação tributária em face de impugnações e recursos do sujeito passivo, carece de competência legal para apreciar matérias que questionam a constitucionalidade de normativos legais ou negativa de aplicação de norma vigente.

Contudo, como se verifica em julgados deste CONSEF, 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, noutra linha de argumentação, o Impugnante alegou que a autuação feriu o art. 155, inc. II, § 2º, inc. I, da Constituição Federal, portanto, um ato inconstitucional, por 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.

Tal argumento não se aplica ao caso, visto que, conforme se vê no demonstrativo suporte (fl. 04) não houve glosa de créditos fiscais do contribuinte (eles foram considerados), pois, apenas 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.

No mais, na Impugnação não há mais questionamento quanto ao mérito das infrações, nem foram apresentados elementos de prova na forma indicada pelo art. 123 do RPAF, de modo a elidir a acusação fiscal, cuja liquidação foi efetuada 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. Portanto, incide sobre o caso as normas contidas nos artigos 140 e 141 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.

Os dispositivos regulamentares transcritos, refletem a 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, cabendo ao acusado o ônus de comprovar os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do Fisco, eventualmente alegados na Impugnação.

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 **284119.0014/22-8**, lavrado contra **AS PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 160.666,52**, 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, 29 de maio de 2023.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS – JULGADOR

JOSÉ CARLOS COUTINHO RICCIO – JULGADOR