

A. I. N° - 284119.0034/22-9
AUTUADO - STJ SERVIÇOS LTDA.
AUTUANTES - JOSÉ MARIA DIAS FILHO, JURACI LEITE NEVES JÚNIOR e HÉLIO RODRIGUES TORRES JÚNIOR
ORIGEM - DAT NORTE / INFACZ CENTRO NORTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET 22/06/2023

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF N° 0113-02/23-VD**

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. FALTA DE COMPROVAÇÃO DA ORIGEM. REPERCUSSÃO OBRIGAÇÃO PRINCIPAL. Impugnação limitada a preliminares e sem apresentação de elementos de provas capazes de elidir a acusação fiscal, como indicado no art. 123 do RPAF. Afastada a arguição de nulidade. Infração subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 13/09/2022, exige o valor de R\$ 325.911,72, em decorrência da seguinte infração:

Infração 1 – 001.002.028: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS com repercussão na obrigação principal. **Período:** abril a novembro de 2019. **Enquadramento legal:** Arts. 28, 30 e 31 da Lei nº 7.014/96 c/c Arts. 309 e 310 do RICMS/12 aprovado pelo Decreto nº 13.780/12. **Multa** de 60%: Artigo 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96.

Complemento: Contribuinte fez uso irregular de créditos fiscais sem comprovação de origem. Valores registrados nos Livro de Apuração do ICMS com a rubrica: “OUTROS CRÉDITOS - OCORRÊNCIAS NÃO ESPECIFICADAS ANTERIORMENTE”.

O representante do autuado apresenta a Impugnação de fls. 25/38. 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 ao 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 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.

Concluindo, requer a nulidade do Auto de Infração e, subsidiariamente, pede o reconhecimento de nulidade das multas.

Um dos autuantes prestou a informação fiscal às fls. 45-48. 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, passa a contrapor as argumentações defensivas:

1) Preliminar de Nulidade. Colando plotagem de página de identificação dos arquivos e demonstrando os valores apropriados no LRAICMS – Outros Créditos, os quais foram objeto de glossa neste AI, informa que o autuado silenciou quanto à análise das planilhas e demonstrativas dos cálculos dos valores lançados no Auto de Infração (fls. 11-18, bem como CD-ROM anexado aos autos à fl. 19):

Unidade de DVD-RW (F:) 14484452000109			
Nome	Data de modificação	Tipo	Tamanho
Arquivos no Disco (28)			
00-Recolhimentos	14/02/2023 09:14	Pasta de arquivos	
00-Saídas analíticas por ECF	14/02/2023 09:14	Pasta de arquivos	
00-Intimação- 13-07-2022.pdf	15/10/2022 01:24	Foxit Reader PDF Do...	280 KB
00-Intimação- 30-05-2022.pdf	15/10/2022 01:24	Foxit Reader PDF Do...	277 KB
00-Nfe Recebidas - xml.rar	15/10/2022 01:04	Arquivo do WinRAR	13.636 KB
01-periodos_sn-SEFAZ.pdf	15/10/2022 01:24	Foxit Reader PDF Do...	60 KB
02-dados_cadastrais-SEFAZ.pdf	15/10/2022 01:24	Foxit Reader PDF Do...	78 KB
03-consultaOptantes-RFB.pdf	15/10/2022 01:24	Foxit Reader PDF Do...	193 KB
04-arquivosEFD-SEFAZ.pdf	15/10/2022 01:24	Foxit Reader PDF Do...	91 KB
14-Plan-A Recolher- Crédito Apuração.xlsx	15/10/2022 01:24	Planilha do Microsoft...	13 KB
14-Plan-A Recolher- Crédito Indevido.xlsx	15/10/2022 01:24	Planilha do Microsoft...	12 KB
14-Plan-Créditos por Nfe+Ant Parcial.xlsx	15/10/2022 01:24	Planilha do Microsoft...	15.534 KB
14-Plan-Débitos Por Ecf_2028a2022.xlsx	15/10/2022 01:25	Planilha do Microsoft...	113.053 KB
14-Plan-Recolhimentos.xlsx	15/10/2022 01:24	Planilha do Microsoft...	38 KB
2841190033222-Al-Ant Parcial+Sped.pdf	15/10/2022 01:25	Foxit Reader PDF Do...	223 KB
2841190033222-DD.pdf	15/10/2022 01:25	Foxit Reader PDF Do...	63 KB
2841190034229-Al-Créd Indevido.pdf	15/10/2022 01:25	Foxit Reader PDF Do...	217 KB
2841190034229-DD.pdf	15/10/2022 01:25	Foxit Reader PDF Do...	60 KB
2841190035225-Al-Créd Apuração.pdf	15/10/2022 01:25	Foxit Reader PDF Do...	216 KB
2841190035225-DD.ndf	15/10/2022 01:25	Foxit Reader PDF Do...	60 KB
29 itens			

Seguindo, salienta que, conforme recibo anexo aos autos às Fls. 21 e 22, 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, elementos indispensáveis para o esclarecimento dos fatos narrados no corpo do auto de infração.

Assim, fora cumprido de forma integral os mandamentos dispostos 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 a infração está claramente descrita, corretamente tipificada e tem suporte nos demonstrativos e documentos fiscais autuados, emitidos na forma e com os requisitos legais. Assim, diz não haver vício a macular o PAF em análise e rechaça a preliminar de nulidade alegada.

2 - 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 alegações de inconstitucionalidades, conforme previsão contida no art. 167 do RPAF/99, reproduzido.

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

Neste ponto, a defesa alega que a correção monetária pela taxa SELIC seria inconstitucional pois que, 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 alegações de inconstitucionalidades, conforme previsão contida no art. 167 do RPAF/99, já reproduzido.

Conclusão:

Diante da falta de argumentos defensivos a respeito de questões de mérito da autuação, conclui como corretos os cálculos e valores levantados na auditoria fiscal, o que se vê reforçado pelo fato de que a defesa opta por levantar frágil nulidade, caracterizando que o Impugnante não teve cuidado/interesse por analisar as planilhas anexadas aos autos, impressas e em CD-ROM.

Por fim, requer a **PROCEDÊNCIA TOTAL** do 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 001.002.028 (Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS com repercussão na obrigação principal).

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. 20-22, 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. 03-19), 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. 08-09, estabelecido no município de Andorinha-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 INAPTO.

Conforme documentos de fls. 04-09, o contribuinte autuado foi intimado via DT-e em 13/07/2022 e 19/07/2022 para apresentar no prazo de 10 dias os arquivos da EFD referente ao período de 01/10/2018 a 31/03/2022.

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. 21-22).

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 a infração foi descrita de forma clara, objetiva e didática; foram indicados todos os dispositivos legais e regulamentares tidos como infringidos pelo contribuinte autuado e que fundamentam a acusação fiscal; os demonstrativos analíticos e sintéticos que sustentam a acusação fiscal foram elaborados pelo autuante, de modo que expõe todas as ocorrências apuradas com os elementos necessários à cognição do cometimento da infração. 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 diminui-la prestigiando sua constitucionalidade, é de ser ter em conta sua previsão legal na Lei nº 7.014/96. Portanto, consiste em proposição legalmente fundamentada.

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 de multa, 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.

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. Illegitimidade 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 geral, portanto, não vincula o Estado da Bahia.

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

No mais, no que resta da Impugnação não mais há questionamento quanto ao mérito da acusação fiscal, nem foram apresentados elementos de prova na forma indicada pelo art. 123 do RPAF, de modo a elidir a obrigação fiscal, cujo crédito dela decorrente foi constituído 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, é de incidir 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 fundamentando 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 2^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 284119.0034/22-9, lavrado contra **STJ SERVIÇOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 325.911,72**, 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, 12 de junho de 2023.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS – JULGADOR

JOSÉ CARLOS COUTINHO RICCIO – JULGADOR