

A. I. Nº -269283.0021/22-2
AUTUADO -ESQUINA SHOPPING LAURO COMÉRCIO DE ALIMENTOS E DOCES LTDA.
AUTUANTES -EUGÊNIA MARIA BRITO REIS NABUCO, ANTÔNIO CÉSAR COSTA SOUZA e
DILSON MILTON DA SILVEIRA FILHO
ORIGEM -DAT METRO/INFAZ ATACADO
PUBLICAÇÃO -INTERNET – 07/08/2023

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF Nº 0120-01/23-VD**

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. OPERAÇÕES ESCRITURADAS NOS LIVROS FISCAIS PRÓPRIOS. O autuado limitou-se a questionar a nulidade da autuação, bem como a constitucionalidade da multa aplicada e dos acréscimos moratórios. Entretanto não se inclui na competência dos órgãos julgadores a declaração de inconstitucionalidade, bem como a negativa de aplicação; de ato normativo; emanado de autoridade superior. Infração subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração lavrado em 28/12/2022, exige ICMS no valor histórico de R\$ 280.328,96, acrescido da multa de 60%, imputando ao autuado a seguinte irregularidade, relativa aos meses de dezembro de 2020, e maio a dezembro de 2021:

Infração 01 – 002.001.001: Deixou de recolher o ICMS nos prazos regulamentares referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios.

“Conforme demonstrativo e planilhas gravadas no Cd anexo, que passa a ser parte integrante deste Auto de Infração. Imposto apurado com base nas Entradas e saídas de mercadorias constantes dos sistemas da Sefaz”.

Enquadramento Legal: art. 2º, inciso I e art. 32, da Lei nº 7.014/96 C/C art. 332, inciso I, do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012. Multa prevista no art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96.

O contribuinte foi notificado do Auto de Infração em 03/01/23 (DTE à fl. 21) e ingressou tempestivamente com defesa administrativa em 02/03/23, peça processual que se encontra anexada às fls. 25 a 40. A Impugnação foi formalizada através de petição subscrita por seu representante legal.

Argui preliminarmente a ocorrência de vícios insanáveis no lançamento fiscal.

Cita os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, bem como os princípios elencados no seu art. 37, concluindo que os atos administrativos devem ser transparentes, claros e precisos, de forma que o administrado possa entender o que está se passando.

Transcreve, ainda, o art. 142, do CTN, bem como ensinamentos dos doutrinadores Paulo de Barros Carvalho e Hely Lopes Meireles, com o intuito de demonstrar que cabe ao Administrador Público, ao constituir o crédito tributário, fazê-lo de modo que fiquem demonstrados os fatos que ensejaram o ato administrativo.

Alega que, no presente caso, tal fato não ocorreu, dizendo que não ficou demonstrada, de maneira satisfatória, a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente.

Acrescenta que se o Agente Público não respeitar esta regra, não terá acabado a sua obra, invalidando o seu ato.

Tece considerações também sobre o Ato Jurídico Administrativo, afirmando que, no caso em análise, a forma como a Autoridade Administrativa realizou o lançamento não foi apta a demonstrar os motivos que culminaram a exigência aqui retratada.

Entende, dessa forma, que o Auto de Infração não pode subsistir, e que o mesmo deve ser anulado em sua integralidade.

Em seguida passa a contestar a multa aplicada, considerando-a de caráter confiscatório.

Com o intuito de amparar sua argumentação, traz à colação ensinamentos de Sacha Calmon Navarro e de Norberto Bobbio, asseverando que o confisco é genericamente vedado, a não ser nos casos expressos autorizados pelo constituinte e seu legislador complementar.

Observa que não praticou nenhum ato que se amoldasse nas hipóteses previstas para tal, e que a multa aplicada se configura em um castigo ao contribuinte.

Cita, ainda, a Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei 4.657 de 4/9/1942) a qual prevê que na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige; assim como o Capítulo “DAS LIMITAÇÕES AO PODER DE TRIBUTAR”, da C. F.

Conclui transcrevendo ementa de decisão do STF no AI-AgR 482281, pontua que a Carta Maior não admite que a multa tenha caráter confiscatório, e aduz que a multa em lide deve ser anulada por contrariar os limites constitucionais e legais.

Na sequência menciona o Recurso Extraordinário nº 183.907-4/SP, asseverando que 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, ainda, a ementa da ADI 442/SP, objetivando amparar o entendimento de que os Estados e Municípios devem estar sujeitos ao limite fixado em lei federal, decorrente da literalidade dos §§ 1º e 4º do mencionado art. 24 da Carta Magna.

Faz considerações sobre a taxa SELIC, instituída pela Resolução nº 1.124 do Conselho Monetário Nacional, dizendo que nos últimos anos a mesma tem sido sempre inferior à 1%.

Dessa forma, considera que a taxa de juros fixada pela Resolução SF nº 98/2010, é inconstitucional, pois extrapola claramente o valor da SELIC, ao alcançar patamares mensais superiores a três por cento.

Em seguida, alega que a ação fiscal ofende o princípio da moralidade. Menciona o art. 37, da C.F. e ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello e Hely Lopes Meirelles, argumentando que no caso em lide, houve uma invasão por parte do Fisco a informações sigilosas sem a devida autorização, fato este que considera violar o princípio em comento.

No mérito, aduz que foram considerados no Auto de Infração, para composição do ICMS supostamente não recolhido, operações de saída de mercadoria através da Nota Fiscal de Consumidor Eletrônica (NFC-E), evidenciando apenas a chave de acesso, situação e outras informações da NFC-E.

Assevera, entretanto, que o código fiscal de operações e prestações (CFOP), que diz ser uma informação imprescindível para a correta definição da incidência ou não do ICMS, não foi demonstrado no cálculo da composição da multa.

Pontua que tal fato pode levar a tributação do ICMS de itens sujeitos à substituição tributária, o que seria um erro, pois o imposto já foi recolhido anteriormente pelo fornecedor.

Conclui expondo que tais informações foram disponibilizadas pela fiscalização no arquivo denominado “ESQ SHOP LAURO 2021 SAIDAS NFCE PARA APURACAO” e “ESQ SHOP LAURO 2020 SAIDAS NFCE PARA APURACAO”, e que resta claro que o Auto de Infração possui vícios e inconsistências em sua composição, sendo o valor total do débito apurado desproporcional a realidade dos fatos e legislação do ICMS.

Ao final, requer que seja declarado nulo o Auto de Infração, e que se acaso subsistir a autuação, que seja reconhecido que a multa é nula conforme o que já expôs.

O autuante Dilson Milton da Silveira Filho prestou informação fiscal, às fls. 45/48, inicialmente esclarecendo que a empresa foi indicada para fiscalização por ter sido excluída do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional, com fundamento no art. 3º, § 4º e art. 28 a 30 da Lei Complementar nº 123, de 14/12/2006, combinado com os artigos 81, inc. II, alínea “e”, art. 83, inc. II e art. 84, inc. III, alínea “a” da Resolução CGSN nº 140, de 22/05/2018, tendo em vista o sócio (Humberto Silva Lima) participar com mais de 10% do capital de outra empresa não beneficiada pela Lei Complementar 123/2006, cuja receita bruta global ultrapassou o limite estabelecido no inciso II do art. 3º.

Acrescenta que uma vez que foi excluída do Simples Nacional, a partir do exercício de 2019, passou a ser obrigada a realizar apuração do imposto pelo Regime do Conta Corrente Fiscal, e que por esse motivo, intimou o autuado para apresentar a Escrituração Fiscal Digital (EFD) e demais obrigações previstas na legislação.

Expõe, ainda, que todos os demonstrativos constantes do presente processo foram elaborados com base nos documentos fiscais do autuado, e que para instruir o processo foram anexados aos autos os demonstrativos que detalham as infrações cometidas, tendo o contribuinte total condição de defender-se.

Rebate as preliminares de nulidade arguidas, assinalando que a autuação está em consonância com o RICMS/BA e com o RPAF/99, sendo que os fatos geradores do crédito tributário estão constituídos nos levantamentos, demonstrativos e documentos fiscais e CD, constantes do processo, todos entregues em cópias para o autuado.

Em relação à multa aplicada, nega que tenha efeito confiscatório, diz que a mesma está prevista no art. 42, da Lei nº 7.014/96, e cita o disposto no inciso I do art. 167 do RPAF/BA.

No que diz respeito a sua atualização (previsão de incidência de acréscimos moratórios sobre os débitos reclamados em lançamento de ofício decorrentes de descumprimentos de obrigação tributária acessória) comenta que possui previsão legal no art. 102, § 3º, da Lei nº 3.965/81 (COTEB) e no art. 39, do RPAF/BA.

No mérito, assevera que conforme preceitua o art. 8º, inc. IV e parágrafo 1º, do RPAF/BA, cabe ao contribuinte anexar em sua defesa os meios de prova, para demonstrar a veracidade de suas alegações, mas que não o fez.

Ressalta que a peça de defesa nada traz que descaracterize o mérito do Auto de Infração, pois falta a mesma prova material.

Ao final, considera que as alegações do autuado carecem de consistência, que a mesma tem apenas como objetivo procrastinar o pagamento do débito tributário, e dessa forma, solicita a procedência total da autuação.

VOTO

Preliminarmente o autuado suscitou a nulidade do lançamento fiscal, alegando falta de clareza e precisão na infração apontada.

Entretanto, verifico que o presente lançamento foi efetuado de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada relativamente à irregularidade apurada, não sendo vislumbrada qualquer violação ao devido processo legal e a ampla defesa.

Quanto à arguição de que a multa aplicada tem caráter confiscatório, não deve ser acatada. Não há que se falar da violação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, pois, além de serem, no presente caso, corolários do princípio do não confisco, não encontram amparo fático, na medida em que a multa aplicada é adequadamente modulada para o desestímulo ao descumprimento da obrigação tributária ora apurada.

A multa atribuída à infração tem previsão legal no art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96.

Com relação à taxa Selic, a mesma está prevista no inciso II, do § 2º, do art. 102, da Lei nº. 3.965/81 (COTEB).

Ademais, este órgão não tem competência para afastar a aplicabilidade da Legislação Tributária Estadual, assim como não lhe cabe competência para decretar a inconstitucionalidade de seus dispositivos, em conformidade com o art. 167, do RPAF/BA, além do que, as decisões dos Tribunais apontados pelo autuado não vinculam os atos administrativos dessa unidade federativa.

Dessa forma, o Auto de Infração atende aos requisitos legais, estando presentes todos os pressupostos exigidos na norma para a sua validade, especialmente os artigos 142 do CTN e 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), Decreto nº 7.629/99, pelo que passo à análise do mérito, como se segue.

O presente processo imputa ao autuado a falta de recolhimento de ICMS, nos prazos regulamentares, referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios.

O autuado, entretanto, limitou-se a questionar a nulidade da autuação, bem como a constitucionalidade da multa aplicada e dos acréscimos moratórios, porém sem apresentar nenhum documento ou demonstrativo que pudesse contrapor o mérito da acusação fiscal.

Descabe, inclusive a alegação de que o CFOP das operações não foi informado, uma vez que nas planilhas às fls. 6, 7, 11 e 12 (“Entradas de mercadorias tributadas para apuração do ICMS”) constam os respectivos CFOPs.

Por outro lado os autuantes fundamentaram sua autuação com base nos demonstrativos às fl. 05 a 14, e constantes do CD à fl. 18, onde o imposto foi apurado com base nas Entradas e saídas de mercadorias informadas pelo próprio autuado, e constantes dos sistemas da Sefaz.

Nos termos do art. 123, do RPAF-BA/99, foi garantido ao autuado o direito de fazer a impugnação do lançamento de ofício, aduzida por escrito e acompanhada das provas que possuísse, inclusive, levantamentos e documentos que pudessem se contrapor a ação fiscal, o que não ocorreu de forma a elidir a autuação.

Vale também observar, que conforme dispõe o artigo 142, do mesmo regulamento supra citado, 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.

Destarte a exigência fiscal é subsistente.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **269283.0021/22-2**, lavrado contra **ESQUINA SHOPPING LAURO COMÉRCIO DE ALIMENTOS E DOCES LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 280.328,96**, acrescido da multa de 60% prevista no art. 42, inciso II, "f", da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 21 de julho de 2023.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVEA – RELATOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ – JULGADOR