

**A.I. Nº** - 269283.0019/22-8  
**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 24/07/2023

**2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL****ACÓRDÃO JJF Nº 0123-02/23-VD**

**EMENTA:** ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME. FALTA DE RECOLHIMENTO. São responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos por substituição, devendo fazer a retenção do imposto devido na operação ou operações a serem realizadas pelos adquirentes, bem como do imposto relativo aos serviços prestados, na entrada da mercadoria ou bem no território deste Estado tratando-se de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária. A autuada não contestou o mérito da infração. Subsistente. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE PAGAMENTO. MULTA. Nas aquisições interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, será exigida antecipação parcial do imposto, a ser efetuada pelo próprio adquirente, independentemente do regime de apuração adotado. Aplicada a multa por não ter sido recolhido o ICMS – antecipação parcial exigido no art. 12-A da Lei nº 7.014/96. A defesa não contestou o mérito. Infração subsistente. Rejeitadas as arguições de nulidade. Não acatados os pedidos de redução e relevação das multas. Descartados ofensa aos Princípios da Motivação e da Moralidade na Administração Pública. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração foi lavrado em 28/12/2022, para exigir o crédito tributário no valor histórico de R\$ 93.240,24, acrescido de multa, pela constatação das infrações a seguir descritas.

**INFRAÇÃO 01 – 007.001.001.** Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior. ICMS exigido R\$ 7.043,30, acrescido de multa de 60% tipificada no art. 42, inc. II, alínea “d”, da Lei nº 7.014/96, para fatos ocorridos em janeiro a março, junho, agosto e outubro a dezembro de 2020.

Enquadramento legal: art. 8º, § 4º, inc. I, alínea “a” e art. 23 da Lei nº 7.014/96 c/com o art. 289 do RICMS/2012.

**INFRAÇÃO 02 – 007.015.003.** Multa percentual sobre o ICMS que deveria ter sido pago por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente. Multa no valor de R\$ 86.196,94, tipificada no art. 42,

inc. II, alínea “d” da Lei nº 7.014/96, para fatos apurados em janeiro a maio, julho a dezembro de 2020 e janeiro a dezembro de 2021.

Enquadramento legal: art. 12-A da Lei nº 7.014/96.

A autuada impugnou o lançamento, fls. 29 a 43, onde preliminarmente afirmou que lançamento não deve subsistir, em razão de existirem nulidades que afetam toda exigência fiscal, as quais promete demonstrar.

Aponta dentre os vários fundamentos e objetivos declarados na Constituição Federal que o estado brasileiro funda-se na dignidade da pessoa humana, objetivando construir uma sociedade livre e justa, assim como, dentre os direitos fundamentais, onde ninguém está obrigado a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei e que a todos seja assegurado o direito de petição aos Poderes Públicos, independentemente do pagamento de taxas em defesa de direito contra a ilegalidade ou abuso de poder, obtenção de certidões em repartições públicas, para a defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal, garantindo, também, o direito de propriedade.

Ressalta que a administração pública obedecerá aos Princípios da Legalidade, Impessoalidade, Moralidade, Publicidade e Eficiência e conclui que os atos administrativos devem ser transparentes, claros e precisos, de forma a que o administrado possa entender o que está se passando e saber se e quando o seu direito está sendo violado.

Sobre o lançamento tributário, reproduz o art. 142 do CTN e doutrina de Paulo de Barros Carvalho, para em seguida transcrever lição de Hely Lopes Meireles, sobre a motivação dos atos administrativos.

Conclui que, sendo o lançamento um ato jurídico administrativo, cabe ao administrador público, fazê-lo de modo que fiquem demonstrados os fatos que o ensejaram, o que, no caso de lançamento de tributo, é a ocorrência do fato jurídico tributário, fato gerador, que no presente caso não ocorreu, pois o autuante não demonstrou de maneira satisfatória a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, regra que, se não respeitada o agente público não terá acabado a sua obra, invalidando o ato, conforme ensinamento de Paulo de Barros Carvalho.

Finaliza que o ato do lançamento tributário deverá apresentar o fato jurídico tributário em toda sua integridade, sem faltar nenhum dos seus elementos constituidores, inclusive os relativos à determinação do sujeito passivo.

Aponta que a autoridade administrativa que realizou o lançamento não foi apta a demonstrar os motivos que culminaram com a exigência, pois deveria ter demonstrado cabalmente todas as circunstâncias fáticas e documentos comprobatórios que justificasse a lavratura do Auto de Infração, o que não ocorreu.

Ressalta que o agente público, ao proceder ao lançamento não apresentou no seu ato jurídico administrativo do lançamento tributário os elementos caracterizadores da ocorrência das infrações relatadas.

Recorre a mais ensinamentos de Paulo de Barros Carvalho, e ressalta 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 sua integralidade.

Ao tratar das multas aplicadas e o seu caráter confiscatório, recorre a doutrina de Sacha Calmon Navarro, que copia, e conclui que o confisco é genericamente vedado, a não ser nos casos expressamente 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.

Observar que não praticou nenhum ato que se amolde nas hipóteses citadas.

Reproduz doutrina Norberto Bobbio, ensinando 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 pelo bem.

Finaliza que as multas aplicadas ao presente caso são um castigo, que obrigará o contribuinte ao maior sacrifício, no entanto, estas devem obedecer a parâmetros e limites, ou seja, as multas devem estar revestidas por contornos que atinjam a função social a que se destinam.

Lembra que nos termos da Lei de Introdução ao Código Civil, *“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 veda os entre tributantes utilizar tributo com efeito de confisco, sobre a qual deve-se fazer uma interpretação extensiva e sistemática, aplicando-se a referida vedação às multas, conforme o entendimento do Supremo Tribunal Federal, externado no AI-AgR 482281, cuja ementa reproduz.

Diz que cabe ao julgador diminuir as multas aplicadas e caso aja de maneira diversa, prestigiará patente inconstitucionalidade.

Destaca que o caráter confiscatório das multas está na total desproporção entre o valor da imposição e o valor do bem a ser tributado.

Ressalta que a multa excessiva ultrapassando o razoável para dissuadir ações ilícitas e para punir os transgressores caracteriza uma maneira de burlar o dispositivo constitucional que proíbe o confisco, razões estas que o levam a postular o restauro da lei que protege o contribuinte da voracidade da autoridade fazendária, diminuindo o valor da multa, pois a Administração Pública deve se pautar pelos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, dentre outros.

Conclui que restou claro que as multas devem ser anuladas, pois são contrárias aos limites constitucionais e legais.

Sob o título *“DO LIMITE MÁXIMO FIXADO POR NORMA FEDERAL (TAXA SELIC). INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL DA LEGISLAÇÃO ESTADUAL”*, narra 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, conforme se denota através da ementa que transcreve.

Acrescenta que de acordo com a decisão, ficam os Estados e Municípios sujeitos ao limite fixado em lei federal, o que decorre da literalidade dos §§ 1º e 4º do art. 24 da Carta Magna e com efeito, 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 SELIC para títulos públicos federais, acumulada mensalmente.

Discorre acerca da taxa SELIC e lembra que o art. 95, § 5º, da Lei nº 6.374/89 é expresso ao dispor que *“em nenhuma hipótese a taxa de juros prevista neste artigo poderá ser inferior à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia – SELIC para títulos federais, acumulada mensalmente.”* Portanto, todas as normas que compõe taxa de juros superior à SELIC, devem ser banidas do ordenamento jurídico.

No tópico *“DA OFENSA AO PRINCÍPIO NORTEADOR DA ADMINISTRAÇÃO – MORALIDADE”*, transcreve o art. 34 da Constituição Federal e observa que pelo preceito constitucional a administração deve observar os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, sendo que no caso houve ofensa ao princípio da moralidade, sobre o qual copia lição de Celso Antônio Bandeira de Mello.

Acrescenta que a moralidade administrativa constitui pressuposto de validade dos atos praticados pela Administração Pública e sua ausência acarretará a ilegitimidade da atividade pública.

Sinaliza que no caso em comento, houve uma invasão por parte do Fisco às informações sigilosas sem a devida autorização, fato este que não pode ser admitido, sob pena de ofensa ao citado princípio da moralidade, conforme lições de Hely Lopes Meirelles.

Ressalta que não pode, e o direito não admite, ser prejudicado por atos administrativos desta envergadura e a única conclusão é que atitudes deste gênero configura verdadeiro aniquilamento da moralidade. Portanto, não pode ser compelida ao pagamento aqui exigido pois evidente a desobediência ao princípio da moralidade.

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

Um dos autuantes prestou a informação fiscal às fls. 49 a 52, onde, após transcrever as infrações, relatou que a empresa foi indicada para fiscalização por ter sido excluída do regime Simples Nacional, com fundamento no art. 3º, § 4º e art. 28 a 30 da Lei Complementar nº 123/2006, c/com o art. 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 participa com mais de 10% do capital de outra empresa não beneficiada pela Lei Complementar nº 123/2006, cuja receita bruta global ultrapassou o limite estabelecido no inc. II do art. 3º da citada lei.

Acrescenta que excluída do regime simplificado, a partir do exercício de 2019, a autuada passou a ser obrigada a apurar o imposto pelo regime de conta corrente fiscal, motivo pelo qual, a intimou para apresentar a Escrituração Fiscal Digital - EFD e demais obrigações previstas na legislação, que serviram de base para elaboração de todos os demonstrativos constantes no processo.

Informa que foram anexados aos autos os demonstrativos que detalham as infrações cometidas, tendo, portanto, o contribuinte total condição de se defender.

Quanto as preliminares de nulidade arguidas, assevera que a composição, processamento e formalização do Auto de Infração se encontram em total consonância com o RICMS/BA e com o RPAF/99, ou seja, contém todos os pressupostos materiais e essenciais, pois a sua lavratura, obedeceu ao disposto no art. 39 do RPAF/99, e os fatos geradores do crédito tributário estão constituídos nos levantamentos, demonstrativos e documentos fiscais e CD, necessários à demonstração dos fatos, todos entregues em cópias a autuada, que exerceu com plenitude a ampla defesa e o contraditório.

Sinaliza que para cada irregularidade apurada consta o enquadramento legal, com os artigos do RICMS/BA, tidos como infringido, assim como da multa aplicada.

Em relação aos aspectos de desproporcionalidade e inconstitucionalidade da multa aplicada, diz que tal argumento não deve prosperar, tendo em vista que a multa está prevista no art. 42 da Lei nº 7.014/96, e conforme disposto no inc. I do art. 167 do RPAF/BA, não se incluem na competência do órgão julgador administrativo, a declaração de inconstitucionalidade da legislação tributária, não procedendo o pedido de redução ou cancelamento da multa, pois a mesma foi corretamente aplicada.

Complementa que multa aplicada decorreu de descumprimento da legislação do ICMS estando expressamente determinado no art. 42 da Lei nº 7.014/96, assim como a previsão de incidência de acréscimos moratórios sobre os débitos reclamados em lançamento de ofício com previsão legal no art. 102, § 3º da Lei nº 3.965/81 - COTEB e no art. 39 do RPAF/99.

Registra que as multas são legais, pois tipificadas na Lei nº 7.014/96 e que esta instância de julgamento não detém competência para apreciar inconstitucionalidade de dispositivos da legislação estadual - art. 167, inc. I do RPAF/99.

Lembra que o art. 8º, inc. IV e § 1º do RPAF/99, determina que cabe ao contribuinte anexar em sua defesa os meios de prova, para demonstrar a veracidade de suas alegações, o que não fez a autuada.

Ressalta que a defesa nada traz que descaracterize o mérito da autuação, pois falta a prova material. Assim, verifica que o pedido de nulidade carece de consistência e não está previsto nos dispositivos regulamentares, sendo incontestável que a mesma foi feita apenas com o objetivo de procrastinar o pagamento do débito tributário.

Por fim solicita a procedência total do Auto de Infração por estar de acordo com a legislação tributária em vigor, especialmente o RICMS/2012, por ser de justiça.

É o relatório.

## **VOTO**

O Auto de Infração em análise imputou ao sujeito passivo a acusação de cometer duas infrações à legislação do ICMS, apuradas entre 2020 e 2021, tempestivamente impugnadas.

A autuada é contribuinte do ICMS que exerce a atividade econômica principal de comércio varejista de artigos de papelaria, dentre as secundárias no segmento de comércio atacadista de artigos de escritório, de papelaria e de embalagens e varejista de doces, balas, bombons e semelhantes, inscrito no Cadastro Estadual na condição de Microempresa, não optante do Simples Nacional, portanto, apura o ICMS na sistemática de conta corrente fiscal.

Do início da ação fiscal o contribuinte foi cientificado em 14/10/2022, através de mensagem postada no Domicílio Tributário Eletrônico – DT-e, fl. 06 e intimado a quitar o débito ou apresentar defesa administrativa, também via mensagem do DT-e, em 03/01/2023, fls. 25 a 27, oportunidade que recebeu todos os demonstrativos analíticos e sintéticos que sustentam as infrações elaborados pelos autuantes contendo todas as informações e dados necessários ao entendimento das acusações, assim como a memória de cálculo do *quantum* exigido.

A defesa arguiu preliminarmente nulidade das infrações, fundamentada em dois argumentos: (i) os autuantes não demonstraram de maneira satisfatória a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente; e (ii) os agentes fiscais não apresentaram no lançamento tributário os elementos caracterizadores da ocorrência das infrações relatadas, pois deveriam ter demonstrado cabalmente todas as circunstâncias fáticas e documentais comprobatórias de que justificasse a lavratura do Auto de Infração.

Quanto ao primeiro argumento, trata-se da motivação, que se constitui num dos elementos necessários do lançamento tributário como ato administrativo, identificado pela descrição exata e precisa dos motivos de fato e de direito que lhe serviram de fundamento, especificamente com a indicação de seus pressupostos fáticos e jurídicos, bem como a justificação para a formalização do lançamento.

Não se nega a obrigatoriedade e dever dos agentes administrativos públicos motivar os seus atos, pressuposto e garantia do Estado Democrático de Direito.

Segundo Hugo de Brito Machado, em sua obra “Comentários ao código tributário nacional” (São Paulo: Atlas, 2003), sobre o princípio da motivação, entende que o “*Dito princípio implica para a administração o dever de justificar seus atos, apontando-lhes os fundamentos de direito e de fato, assim como a correlação lógica entre os eventos e situações que deu por existentes e a providência tomada, nos casos em que esse último esclarecimento seja necessário para aferir-se a consonância da conduta administrativa com a lei que lhe serviu de arrimo*”.

Ou seja, no processo administrativo tributário, o princípio da motivação, também conhecido na doutrina como o princípio da fundamentação, exige a exposição das razões de direito que levam a administração pública a analisar os fatos e observar a legalidade.

No presente lançamento, as duas infrações imputadas a autuada, se apresentam claramente descritas, os fatos relatados de forma direta, sem subterfúgios ou descrições dúbias e com a indicação objetiva dos dispositivos legais e regulamentares tidos como infringidos.



Constatou que no presente lançamento se observou a subsunção dos fatos à norma, ou seja, os casos concretos se enquadram à norma legal em abstrato, restando caracterizada a adequação das condutas à norma jurídica indicada em cada infração.

Quanto aos documentos probatórios, registro que os roteiros fiscais desenvolvidos pela equipe de Auditores Fiscais, tomou como base e insumos para os executar, os registros procedidos pelo próprio contribuinte quando elaborou e transmitiu à Receita Federal através do SPED-Fiscal a sua Escrituração Fiscal Digital – EFD, obrigatória, conforme art. 248 do RICMS/2012, que segundo o art. 249 do citado RICMS, “*deve observar o Ajuste SINIEF 02/09, além das Especificações Técnicas do Leiaute do Arquivo Digital e do Guia Prático da EFD-ICMS/IPI, previstos no Ato COTEPE/ICMS nº 44/18*”.

A EFD se constitui na única e válida escrituração fiscal, art. 248, § 2º do RICMS/2012, não podendo o contribuinte negar ser esta o reflexo de todas as suas atividades mercantis com repercussão fiscal.

Portanto, os fatos que caracterizaram as duas infrações estão demonstrados e comprovados mediante os registros da EFD.

Oportuno lembrar que o Código Civil – Lei nº 10.406/2002, assim estabelece no seu art. 226:

*Art. 226. Os livros e fichas dos empresários e sociedades provam contra as pessoas a que pertencem, e, em seu favor, quando, escriturados sem vício extrínseco ou intrínseco, forem confirmados por outros subsídios.*

Já o Código de Processo Civil – Lei nº 13.105/2015, trata da matéria nos artigos 417 e 418, *in verbis*:

*Art. 417. Os livros empresariais provam contra seu autor, sendo lícito ao empresário, todavia, demonstrar, por todos os meios permitidos em direito, que os lançamentos não correspondem à verdade dos fatos.*

*Art. 418. Os livros empresariais que preencham os requisitos exigidos por lei provam a favor de seu autor no litígio entre empresários.*

Assim, resta patente que a EFD, sendo os livros fiscais do contribuinte faz prova contra e a favor do mesmo.

Destarte, as provas das infrações estão claramente demonstradas, que se constitui exatamente na escrita fiscal do contribuinte, por ele elaborada e transmitida, que reflete fielmente os fatos e ocorrências com repercussão fiscal, até prova em contrário.

Ademais, constato que o lançamento foi realizado em observância às determinações legais e regulamentares. A descrição dos fatos infracionais se apresenta de forma clara, é possível se determinar com certeza a natureza das infrações, o autuado e o montante do débito tributário, assim como as multas sugeridas e os dispositivos legais e regulamentares tidos como infringidos.

Observo 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.

Portanto, as arguições de nulidade, não podem ser acatadas, por falta de sustentação.

Ultrapassadas as preliminares de nulidade, saliento que a defesa não abordou o mérito das infrações, que poderiam ser elididas caso se apresentasse as provas que demonstrassem o contrário do registrado na EFD ou a justificativa desses registros.

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 juntamente com a defesa prova ou argumento capaz de elidir as infrações se reportando exclusivamente a questões de nulidades e inconstitucionalidades, fato que faz incidir as normas contidas nos artigos 140 a 142 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 do 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 das funções administrativas.

Portanto, tenho as infrações como subsistentes.

Seguindo, a defesa argumentou que ao comparar as multas sugeridas com os ditames constitucionais, ver clara dissonância, uma vez que o 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.

Aduziu 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 vigente.

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 nos art. 167, incisos I e III, ou seja, os órgãos administrativos de julgamento estão impedidos de negar a aplicação de norma legal vigente.

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, 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*”, foi revogado pelo Decreto nº 19.384/2019, com efeitos a partir de 01/01/2020.

Noutra arguição, a defesa questionou a aplicação da taxa SELIC no cálculo dos 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, deveriam 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 acima, 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 caráter de 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 argumentou que não pode ser compelida ao pagamento exigido devido a evidente desobediência ao princípio da moralidade, em razão de entender que *“houve uma invasão por parte do Fisco a informações sigilosas sem a devida autorização, fato este que não pode ser admitido, sob pena de ofensa ao princípio em comento”*.

Trata-se de argumento sem nenhum respaldo, em vista do que estabelece o art. 195 do CTN: *“Art. 195. Para os efeitos da legislação tributária, não têm aplicação quaisquer disposições legais excludentes ou limitativas do direito de examinar mercadorias, livros, arquivos, documentos, papéis e efeitos comerciais ou fiscais, dos comerciantes industriais ou produtores, ou da obrigação destes de exibi-los”*.

Para esclarecer, transcrevo trecho acerca do tema contido no documento “Perguntas Frequentes Escrituração Fiscal Digital EFD ICMS IPI”, versão 7.0, atualizado: 18/05/22, disponível no sítio da Receita Federal do Brasil (<http://sped.rfb.gov.br/>):

*“Do ponto de vista legal: a) não têm aplicação quaisquer disposições legais excludentes ou limitativas do direito do Fisco de examinar mercadorias, livros, arquivos, documentos, papéis e efeitos comerciais ou fiscais, dos comerciantes, industriais ou produtores, ou da obrigação destes de exibi-los, nos termos do art. 195 do CTN – Lei 5.172/66; b) as informações existentes na escrituração fiscal digital – EFD ICMS/IPI estão protegidas pelo sigilo fiscal, nos termos do art. 198 do CTN – Lei 5.172/66. Entretanto, se ainda assim o contribuinte entender que a composição física poderá ferir o segredo industrial, o mesmo poderá cifrar a descrição dos insumos/componentes. Em uma eventual auditoria fiscal, formalizada nos termos da legislação vigente, essa descrição poderia ser decifrada mediante intimação do Auditor-Fiscal. Dessa forma, apenas o Auditor-Fiscal que está efetuando a auditoria fiscal conhecerá os insumos/componentes da composição dos produtos.”* (Grifos do relator.).

Indo mais além, com o advento da Lei Complementar nº 105/2001, foi franqueado o acesso da Receita a dados bancários dos contribuintes, sem necessidade de autorização judicial, nos termos de seu art. 6º *verbis*:

*Art. 6º As autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente.*

*Parágrafo único. O resultado dos exames, as informações e os documentos a que se refere este artigo serão conservados em sigilo, observada a legislação tributária.*

Contudo, há dois requisitos para a flexibilização do sigilo das operações financeiras pelo Fisco, em observância dos princípios da finalidade, da motivação, da proporcionalidade e do interesse público: (1) existência de processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso; e (2) imprescindibilidade dos exames contábeis pela autoridade administrativa competente.

Também importante registrar que a lei prevê severas punições para o servidor público que vazar informações, que ficará sujeito à pena de reclusão, de um a quatro anos, mais multa, além de responsabilização administrativa, civil e criminal, culminando inclusive com a possibilidade de perda do cargo.

O princípio da moralidade na administração pública corresponde a proibição da atuação administrativa de distanciar-se da moral, lealdade e boa-fé, de modo que atenda às necessidades da administração pública sem qualquer desvio por interesse próprio.

Assim, não vislumbro no presente caso, qualquer ação, fato ou atitude dos agentes fiscais que possam se caracterizar como ofensa ao Princípio da Moralidade na Administração Pública, portanto, sem cabimento.

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 **269283.0019/22-8**, lavrado contra **ESQUINA SHOPPING LAURO COMÉRCIO DE ALIMENTOS E DOCES LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 7.043,30**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inc. II, alínea “d”, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$ 86.196,94**, tipificada no art. 42, inc. II, alínea “d” do mesmo diploma legal e dos acréscimos moratórios conforme estabelece a Lei nº 9.837/05.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 14 de julho de 2023.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS – RELATOR

JOSÉ CARLOS COUTINHO RICCIO – JULGADOR