

A. I. Nº	- 146468.0007/23-4
AUTUADO	- BETO BOLSAS BAIXA DOS SAPATEIROS LTDA.
AUTUANTE	- HENRIQUE IJALMAR LOPES GRANGEON
ORIGEM	- DAT METRO / INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO	- INTERNET – 25/07/2023

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF Nº 0125-03/23-VD**

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. OPERAÇÕES ESCRITURADAS NOS LIVROS FISCAIS PRÓPRIOS. O Autuado não logra êxito em elidir a acusação fiscal. Preliminar de nulidade não acolhida. Não atendido pedido de redução da multa. Infração subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração foi lavrado em 20/03/2023 e refere-se à cobrança de ICMS no valor de R\$ 565.401,06, acrescido da multa de 60%, pela constatação da Infração **01** - 002.001.001. Falta de recolhimento ICMS nos prazos regulamentares referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, nos meses de maio a dezembro de 2022, conforme demonstrativo acostado à fl. 06.

O Autuado apresenta impugnação, fls. 37 a 49, nos termos a seguir resumidos.

Inicialmente revela que entre os vários fundamentos e objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, declarou a Constituição Federal de 1988, em seu art. 1º, que, entre outros, o Estado Brasileiro fundamenta-se na dignidade da pessoa humana (inciso III), objetivando também construir uma sociedade livre e justa (art. 2º, I).

Lembra que constituem, ainda, direitos fundamentais: que ninguém seja obrigado a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (art. 5º, II); que a todos seja assegurado o direito de petição aos Poderes Públicos, independentemente do pagamento de taxas (Art. 5º, XXXIV, “a” e “b”); o direito de petição aos Poderes Públicos 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-se, também, o direito de propriedade (art. 5º, LIV).

Prossegue destacando que, em seu art. 37, a Constituição diz que: “A *administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos Princípios da Legalidade, Impessoalidade, Moralidade, Publicidade e Eficiência*”.

Diz que de tudo isso se pode concluir que os atos administrativos devem ser transparentes, claros e precisos, de forma a que o administrado possa entender o que está se passando. Possa saber se e, quando o seu direito está sendo violado. Reproduz o teor do art. 142, do Código Tributário Nacional.

Em seu socorro, reproduz sobre o tema trechos de ensinamentos dos juristas Paulo de Barros Carvalho e Hely Lopes Meireles.

Prossegue aduzindo que, sendo o lançamento um ato jurídico administrativo, cabe ao Administrador Público, ao constituir o crédito tributário, fazê-lo de modo que fiquem demonstrados os fatos que ensejaram o ato administrativo, o que, no caso de lançamento de tributo, é a ocorrência do fato jurídico tributário (“Fato Gerador”), fato que não ocorreu, pois não

demonstrou de maneira satisfatória a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente.

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

Nesta linha de raciocínio, menciona novamente lições do já citado professor Paulo de Barros Carvalho, em sua obra já mencionada nesta defesa, fl. 40.

Esclarece que se pode comparar, então, o Ato Jurídico Administrativo do lançamento com a foto de uma imagem que, após sua revelação, apresentará a imagem fotografada com todos os seus detalhes. O mesmo deve ocorrer com o ato do lançamento tributário, que 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.

Registra que, no caso em análise, a forma como a Autoridade Administrativa realizou o lançamento não foi apta a demonstrar os motivos que culminaram com a exigência aqui retratada.

Observa que deveria o fiscal ter demonstrado cabalmente todas as circunstâncias fáticas e documentos comprobatórios de que justificasse a lavratura do auto de infração, fato este que não ocorreu.

Diz que o Agente Público, ao proceder ao lançamento fiscal não apresentou no seu Ato Jurídico Administrativo do lançamento tributário os elementos caracterizadores da ocorrência das infrações relatadas.

Utilizando novamente das lições do professor Paulo de Barros Carvalho, agora em artigo publicado na Revista Dialética de Direito Tributário nº 34/104, que, comentando o Princípio da Tipicidade Tributária, volta a reproduzir trechos de ensinamentos do jurista pátrio.

Remata destacando ter demonstrado de forma clara que os Autos de Infração não podem subsistir, por consubstanciar desrespeito a regras basilares do ato jurídico administrativo e do nascimento do crédito tributário, devendo os mesmos serem anulados em suas integralidades.

Quanto às multas aplicadas sustenta a impossibilidade de aplicação das multas lançadas, dado o seu caráter confiscatório.

Diz que na aplicação da multa deve haver respeito ao aspecto de proporcionalidade entre o dano e o ressarcimento, como assevera Sacha Calmon Navarro, em ensinamentos do jurista, cujo trecho reproduz à fl. 42.

Pondera que é de se concluir que o confisco é genericamente vedado, a não ser nos casos expressos autorizados pelo constituinte e seu legislador complementar, que são três: danos causados ao Erário; enriquecimento ilícito no exercício de cargo, função ou emprego na Administração Pública; e utilização de terra própria para o cultivo de ervas alucinógenas [...]

Observa que não praticou nenhum ato que se amoldasse nas hipóteses acima citadas.

Menciona que em sua obra “Dala Struttura Alla Funzione”, Norberto Bobbio chama a atenção às fls. 13/32, para a existência no ordenamento jurídico de determinadas normas que se revestem de um caráter que intitula de sanções positivas.

Explica que é ao lado das normas que têm a finalidade de desencorajar a prática de determinadas condutas (castigos), existem outras cuja função é exatamente o contrário, ou seja, a de encorajar determinadas condutas (prêmios).

Prossegue assinalando que ensina Norberto Bobbio: 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. Em relação ao agente, diz Bobbio que, embora com certa imposição, o castigo retribui com uma dor um prazer (o prazer do delito) enquanto o prêmio retribui com um prazer uma dor (pelo esforço dependido na prática do comportamento desejado).

Registra que as multas aplicadas ao caso em comento são um castigo ao contribuinte, que lhe obrigarão ao maior sacrifício, no entanto, estas multas devem obedecer a parâmetros, limites, ou seja, as multas devem estar revestidas por certos contornos que atinjam a função social a que vieram. Neste sentido acresce lembrar que nos termos da Lei de Introdução ao Código Civil (Dec.- Lei 4.657 de 4/9/1942, “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

Revela que a própria Constituição Federal, no Capítulo “DAS LIMITAÇÕES AO PODER DE TRIBUTAR”, no art. 150, inciso IV diz que “*Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios utilizar tributo com efeito de confisco*”.

Diz que apesar de a Constituição trazer em sua literalidade a palavra “tributo”, há que se fazer uma interpretação extensiva e sistemática, aplicando-se a referida vedação às multas. Afirma que nesse sentido, é o entendimento do Supremo Tribunal Federal, transcrevendo a ementa do julgado: AI-AgR 482281, Relator: Ministro. Ricardo Lewandowski, data da decisão: 30/06/2009; data da publicação: 21/08/2009.

Menciona que ao se comparar as multas aplicadas ao caso em tela com os ditames da Constituição Federal, vemos que há dissonância, posto que a Carta Maior não admite que a multa tenha caráter confiscatório.

Frisa que neste sentido cabe ao julgador, ou seja, aquele que irá apreciar a presente Impugnação diminuir as multas aplicadas ao caso, conforme entendimento exposto. Caso aja de maneira diversa, estará prestigiando patente inconstitucionalidade.

Afirma que o caráter confiscatório das multas está na total desproporção entre o valor da imposição e o valor do bem a ser tributado. A gradação da multa deve ser lógica, o que não ocorre no presente caso. Continua observando que uma excessiva ultrapassando o razoável para dissuadir ações ilícitas e para punir os transgressores, caracteriza, de fato, uma maneira de burlar o dispositivo constitucional que proíbe o confisco.

Pondera que tais razões levam a postular pronunciamento que restaure a lei que protege o contribuinte da voracidade da autoridade fazendária, diminuindo o valor pertinente à multa. A Administração Pública deve se pautar pelos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, dentre outros. Logo, os atos administrativos que não sigam tais diretrizes são fadados ao fracasso, como ocorre no caso em comento.

Arremata destacando ter restado claro que as multas devem ser anuladas, pois contrárias aos limites constitucionais e legais.

Ao tratar da Taxa SELIC e apresentar seu entendimento de inconstitucionalidade na forma da legislação estadual baiana, assinala que no Recurso Extraordinário n. 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, conforme se denota através da ementa do que transcreve.

Sobre o tema, traz também à colação trecho extraído do voto dos Ministros Nelson Jobim e Sidney Sanches.

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

Revela que a Lei Federal nº 9.065, de 20.6.95, através de seu 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.

Destaca que a taxa SELIC foi instituída pela Resolução nº 1.124 do Conselho Monetário Nacional e é definida pelo Banco Central como sendo “... a taxa apurada no Selic, obtida mediante o cálculo

da taxa média ponderada e ajustada das operações de financiamento por um dia, lastreadas em títulos públicos federais e cursadas no referido sistema ou em câmaras de compensação e liquidação de ativos, na forma de operações compromissadas.”, ou seja, é o valor mensal dos juros pagos na negociação dos títulos emitidos pelo Estado e negociados por instituições financeiras, remunerando assim o capital que financiará o déficit estatal.

Diz que nos últimos anos, a taxa SELIC mensal 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 três por cento.

Lembra que o novel art. 95, § 5º, da Lei 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*”.

Arremata destacando ser evidente que todas as normas que compõe taxa de juros superior à SELIC, devem ser banidas do ordenamento jurídico.

Conclui requerendo 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, conforme demonstrado.

O Autuante presta informação fiscal, fls. 53 e 54, nos seguintes termos.

De início esclarece que o Auto de Infração em tela, cuja lavratura se deu em 20/03/2023, exige do Impugnante o ICMS REGIME NORMAL no valor histórico de R\$ 565.401,06, em função da constatação da seguinte irregularidade: Falta de recolhimento o ICMS nos prazos regulamentares referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios.

Explica que essa irregularidade deveu-se a falta de recolhimento/recolhimento à menor do ICMS-NO nos meses de Maio a Dezembro/2022, no valor total de R\$ 565.401,06, tudo conforme detalhado no Anexo I, acostado ao presente PAF, e cuja a cópia reprográfica será regularmente entregue ao contribuinte.

Revela que em suas razões de Defesa, protocolada junto à SEFAZ em 18.05.2022, conforme Processo nº 029.320/2023-8, o Impugnante apresenta os argumentos que fundamentam este seu pleito, arguindo diversos aspectos constitucionais, vícios insanáveis e também o caráter confiscatório da multa aqui aplicada e conclui pedindo a nulidade da presente exigência fiscal, tanto em relação a obrigação principal - ICMS, como com relação a multa aqui aplicada.

No tocante às demais alegações, passa a se pronunciar nos termos resumidos a seguir.

Diz que, analisando-se a Defesa apresentada pelo Autuado, depreende-se, com relativa facilidade, que seu propósito parece ser, unicamente, o de postergar ao máximo, o cumprimento destas obrigações.

Esclarece que a irregularidade apurada deveu-se a falta de recolhimento ICMS - REGIME NORMAL nos meses de maio a dezembro/2022, no valor total de R\$ 565.401,06, tudo conforme detalhado no Anexo I, acostado aos presentes autos, e cuja a cópia reprográfica será regularmente entregue ao contribuinte.

Revela que os valores ora apontados, que não foram contestados pelo Impugnante, *foram todos eles apurados a partir dos arquivos EFD apresentados pelo contribuinte*, em relação aos respectivos meses, conforme consta às fls. 07 a 14.

Esclarece que, de fato, o que restou caracterizado em relação aos meses de maio a dezembro/2022, foi que todos os valores relativos ao ICMS normal deste período não foram recolhidos nos prazos fixados na legislação tributária estadual, gerando, destarte, as diferenças apontadas nesta Infração, que totalizam R\$ 565.401,06 e que, portanto, deve ter a sua procedência declarada por este CONSEF.

Registra o fato de que a empresa autuada foi regularmente intimada a apresentar justificativas pelo não recolhimento das parcelas acima arroladas, em 13/01/2023, conforme documentos às fls. 15 a 32, deixando de fazê-lo, no prazo e condições ali requeridos, razão pela qual foi exigido o valor do ICMS referente a presente autuação.

Conclui pugnando pela procedência do Auto de Infração.

VOTO

Inicialmente, consigno que, depois de examinar as peças compõem o presente PAF não foi constatada violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos, cujas cópias foram devidamente entregues ao Autuado. Observo que, o Lançamento está revestido das formalidades legais, e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV, do art. 18, do RPAF-BA/99, que pudessem inquinar de nulidade o presente lançamento.

O Autuado, em sua Defesa, pugnou pela nulidade da autuação, por cerceamento ao seu direito de defesa, alegando que o Autuante deveria ter demonstrado cabalmente todas as circunstâncias fáticas e apresentado os documentos comprobatórios que justificassem a lavratura do Auto de Infração, fato este que não ocorreu. Sustentou que ao proceder ao lançamento fiscal não apresentou no seu Ato Administrativo do Lançamento Tributário os elementos caracterizadores da ocorrência da infração relatada.

Depois de examinar os elementos que compõe esse item da autuação, constato não assistir razão ao Autuado, tendo em vista a singularidade da acusação fiscal, expressa em uma única infração, que resultou da simples constatação de que o estabelecimento autuado, no período fiscalizado, não recolheu o ICMS nos prazos regulamentares referente a operações registradas em seus livros fiscais. Ademais, o Autuado recebeu cópia do Auto de Infração e do demonstrativo de débito, fl. 02.

Assim, entendo que não há que falar em circunstâncias fáticas e documentos comprobatório, eis que a irregularidade decorreu e se originou de sua própria escrituração e dos documentos de arrecadação que deveriam ter sido emitidos e recolhidos pelo próprio Autuado, os quais não constam no sistema de arrecadação desta SEFAZ.

Logo, pelo expendido, não acolho a preliminar de nulidade suscitada pelo Impugnante.

No mérito o Auto de Infração imputa ao sujeito passivo a falta de recolhimento do ICMS no prazo regulamentar referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, nos meses de maio a dezembro de 2022, conforme demonstrativo acostado à fl. 06.

Em sede de Defesa, o Impugnante, mesmo tendo recebido cópia do Auto de Infração e do demonstrativo de apuração, não apresentou argumento algum denegando o cometimento da irregularidade que lhe fora imputada, haja vista que sua peça defensiva, abordou, tão-somente, argumentos atinentes a preliminar de nulidade suscitada e à redução da multa sugerida no Auto de Infração.

Pelo expendido, não tendo o Autuado trazido aos autos qualquer elemento capaz de elidir a acusação fiscal, resta configurado o cometimento da infração apurada.

Concluo pela subsistência da autuação.

O Defendente requereu, a redução da multa aplicada de 60%, alegando seu caráter confiscatório que contraria os limites constitucionais e legais.

Rejeito este pleito, visto que a multa sugerida pela Fiscalização está corretamente tipificada no art. 42, da Lei 7.014/96, para a irregularidade apurada. Ademais, essa Junta de Julgamento Fiscal não possui atribuição (competência) para decidir sobre cancelamento ou redução de penalidade aplicada por descumprimento de obrigação tributária.

No que concerne à aplicação de juros, correção monetária e taxa SELIC, não obstante as alegações defensivas, as mencionadas incidências sobre os débitos tributários recolhidos fora do prazo regulamentar estão expressamente previstas no art. 102, da Lei nº 3.965/81 - COTEB, valendo repetir que não se inclui na competência deste órgão julgador, a declaração de inconstitucionalidade da legislação estadual e da negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior, nos termos dos incisos I e III, do art. 167, do RPAF-BA/99.

Em face do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **146468.0007/23-4**, lavrado contra **BETO BOLSAS BAIXA DOS SAPATEIROS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 565.401,06**, acrescido da multa de 60%, prevista na alínea “f”, do inciso II, do art. 42, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 06 de julho de 2023.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA