

A. I. N° - 284119.0027/22-2
AUTUADO - R. H. COMÉRCIO DE TECIDOS, FERRAGENS LTDA.
AUTUANTES - JOSÉ MARIA DIAS FILHO, JURACI LEITE NEVES JÚNIOR e HÉLIO RODRIGUES TORRES JÚNIOR
ORIGEM - DAT NORTE / INFAZ CENTRO NORTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET 25/07/2023

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF N° 00128-02/23-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 “P” da Lei nº 7.014/96. Afastada a arguição de nulidade. Infração subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 07/09/2022, exige o valor de R\$1.769.368,75, em decorrência da seguinte infração:

Infração 1 – 002.001.002: Deixou de recolher no prazo(s) regulamentar(es) ICMS referente operações não escrituradas nos livros fiscais próprios. Valor: R\$1.769.368,75. Período: fevereiro 2020 a março 2021. Enquadramento legal: Arts. 2º, I e 32, da Lei 7014/96 c/c art. 332, I, § 6º do RICMS-BA. Multa: 100%, art. 42, III da Lei 7014/96.

Complemento: Contribuinte não escriturou livros fiscais. Valores de débitos e créditos do ICMS apurados pelas notas fiscais de entrada e cupons fiscais de vendas. Apurado o ICMS a recolher, foram deduzidos os valores recolhidos.

O representante do autuado apresenta a Impugnação de fls. 28/41. 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.

Visando explicar o procedimento fiscal, colando plotagem de página de identificação dos arquivos suportes contidos no CD de fl. 23, cuja cópia foi entregue ao contribuinte autuado (fls. 24-26), diz iniciar a análise da Impugnação vinculando o fato do autuado silenciar-se na análise das planilhas demonstrativas dos cálculos dos valores lançados no Auto de Infração. Vide folhas 05, 06 e 07 bem como **CD-Rom anexo aos autos** às fls. 23 com os arquivos abaixo:

Nome	Data de modificação	Tipo	Tamanho
Arquivos no Disco (22)			
a01-Recolhimentos	14/09/2022 21:31	Pasta de arquivos	
a02-Saídas analíticas por ECF	14/09/2022 21:31	Pasta de arquivos	
a03-Sped-Efd	14/09/2022 21:31	Pasta de arquivos	
a04-Nfe Recebidas	14/09/2022 21:31	Pasta de arquivos	
05-Plan-A Recolher-Créd Apuração.xlsx	13/09/2022 17:38	Planilha do Microsoft...	15 KB
05-Plan-Créditos+Ant Parcial por Nfe.xlsx	13/09/2022 17:49	Planilha do Microsoft...	7.507 KB
05-Plan-Débitos Por Ecf_2019a2021.xlsx	13/09/2022 17:43	Planilha do Microsoft...	59.002 KB
05-Plan-Recolhimentos.xlsx	13/09/2022 17:55	Planilha do Microsoft...	32 KB
2841190017227_NF-Sped.pdf	08/09/2022 15:26	Foxit Reader PDF Do...	245 KB
2841190017227-DD.pdf	08/09/2022 15:26	Foxit Reader PDF Do...	62 KB
2841190027222-AI-Créd Apuração.pdf	08/09/2022 15:27	Foxit Reader PDF Do...	218 KB
2841190027222-DD.pdf	08/09/2022 15:27	Foxit Reader PDF Do...	62 KB
2841190028229-AI_Ant Parcial.pdf	08/09/2022 15:27	Foxit Reader PDF Do...	218 KB
2841190028229-DD.pdf	08/09/2022 15:27	Foxit Reader PDF Do...	62 KB
b01-Intimação- 13-07-2022.pdf	06/09/2022 19:09	Foxit Reader PDF Do...	280 KB
b01-Intimação- 18-04-2022.pdf	06/09/2022 19:09	Foxit Reader PDF Do...	277 KB
b01-Intimação- 30-05-2022.pdf	06/09/2022 19:08	Foxit Reader PDF Do...	279 KB
b02-periodos_sn-SEFAZ.pdf	06/09/2022 18:19	Foxit Reader PDF Do...	53 KB
b03-dados_cadastrais-SEFAZ.pdf	06/09/2022 18:18	Foxit Reader PDF Do...	73 KB
b04-consultaOncantes-RFR.pdf	06/09/2022 18:02	Foxit Reader PDF Do...	182 KB

Planilha: 05-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: 05-33897914000156- R. H COMERCIO DE TECIDOS, FERRAGENS LTDA					
Ar	Mês	VI Nfe	VL (NO)	VI Créd-NO	
2019	6	0,00	0,00	0,00	
2019	7	0,00	0,00	0,00	
2019	8	0,00	0,00	0,00	
2019	9	0,00	0,00	0,00	
2019	10	0,00	0,00	0,00	
2019	11	0,00	0,00	0,00	
2019	12	0,00	0,00	0,00	
2020	1	0,00	0,00	0,00	
2020	2	78.089,26	77.046,86	3.825,04	
2020	3	235.393,98	232.982,17	11.950,14	
2020	4	196.531,51	195.233,99	10.074,23	
2020	5	225.399,98	223.598,52	12.359,77	
2020	6	255.080,80	253.111,53	14.117,57	
2020	7	347.183,50	343.826,35	19.124,70	
2020	8	398.955,24	397.770,85	22.185,48	
2020	9	392.996,64	388.561,20	22.620,51	
2020	10	803.016,47	796.604,48	43.315,19	
2020	11	884.602,01	858.650,71	46.986,96	
2020	12	598.257,77	598.257,77	32.073,22	
2021	1	359.494,33	359.449,23	21.693,69	
2021	2	552.809,32	551.356,75	32.095,78	
2021	3	348.607,36	347.922,16	20.013,86	
		5.676.418,17		312.436,15	

Planilha: 05-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; AliqBa; Vendas ECF; Vendas ECF-NO; Débito ECF.

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

APURAÇÃO DOS DÉBITOS - EMPRESA: 05-33897914000156- R. H COMERCIO DE TECIDOS, FERRAGENS LTDA						
Ano/Mês	Ecf-Ano	Ecf-Mês	Vendas ECF	Vendas ECF - NO	%Vendas NO	Débito ECF
20196	2019	6	0,00	0,00	0,00%	0,00
20197	2019	7	0,00	0,00	0,00%	0,00
20198	2019	8	0,00	0,00	0,00%	0,00
20199	2019	9	0,00	0,00	0,00%	0,00
201910	2019	10	0,00	0,00	0,00%	0,00
201911	2019	11	0,00	0,00	0,00%	0,00
201912	2019	12	0,00	0,00	0,00%	0,00
20201	2020	1	0,00	0,00	0,00%	0,00
20202	2020	2	333.767,32	331.323,14	99,27%	59.638,17
20203	2020	3	539.070,50	532.773,56	98,83%	95.899,24
20204	2020	4	480.852,74	477.869,09	99,38%	86.016,44
20205	2020	5	726.930,88	725.646,75	99,82%	130.616,42
20206	2020	6	756.340,12	753.683,43	99,65%	135.663,02
20207	2020	7	912.102,24	908.998,28	99,66%	163.619,69
20208	2020	8	987.618,27	980.324,53	99,26%	176.458,42
20209	2020	9	1.058.840,16	1.048.583,61	99,03%	188.745,05
202010	2020	10	1.060.281,00	1.050.678,96	99,09%	189.122,21
202011	2020	11	1.009.526,09	999.132,22	98,97%	179.843,80
202012	2020	12	1.169.159,16	1.152.236,99	98,55%	207.402,66
20211	2021	1	950.957,77	947.107,59	99,60%	170.479,37
20212	2021	2	845.640,48	837.558,02	99,04%	150.760,44
20213	2021	3	879.490,96	876.684,19	99,68%	157.803,15
			11.710.577,69			2.092.068,06

Planilha: 05-Plan-Apuração do ICMS;

APURAÇÃO DO ICMS A RECOLHER - EMPRESA: 05-33897914000156- R. H COMERCIO DE TECIDOS, FERRAGENS LTDA																	
APURAÇÃO DOS DÉBITOS							APURAÇÃO DOS CRÉDITOS							APURAÇÃO DOS SALDOS			
A	M	Débito	Dif	Estor	Outr	Tot Débi	Crédito	Ant parc	Estorn	Outr	SimN	Tot Crédi	Saldo Credor Anterior	Saldo do Mês	Recolh ICMS SimNa	Recolh ICMS-N	A Recolher
2019	6	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00
2019	7	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00
2019	8	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00
2019	9	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00
2019	10	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00
2019	11	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00
2019	12	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00
2020	1	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00
2020	2	59.638,17	0,00	0,00	0,00	59.638,17	3.825,04	0,00	0,00	0,00	0,00	3.825,04	0,00	55.813,12	0,00	0,00	55.813,12
2020	3	95.899,24	0,00	0,00	0,00	95.899,24	11.950,14	4.191,02	0,00	0,00	0,00	16.141,16	0,00	79.758,08	0,00	0,00	79.758,08
2020	4	86.016,44	0,00	0,00	0,00	86.016,44	10.074,23	6.072,13	0,00	0,00	0,00	16.146,36	0,00	69.870,07	0,00	0,00	69.870,07
2020	5	130.616,42	0,00	0,00	0,00	130.616,42	12.359,77	0,00	0,00	0,00	0,00	12.359,77	0,00	118.256,65	0,00	0,00	118.256,65
2020	6	135.663,02	0,00	0,00	0,00	135.663,02	14.117,57	0,00	0,00	0,00	0,00	14.117,57	0,00	121.545,45	0,00	0,00	121.545,45
2020	7	163.619,69	0,00	0,00	0,00	163.619,69	19.124,70	0,00	0,00	0,00	0,00	19.124,70	0,00	144.494,99	0,00	0,00	144.494,99
2020	8	176.458,42	0,00	0,00	0,00	176.458,42	22.185,48	0,00	0,00	0,00	0,00	22.185,48	0,00	154.272,93	0,00	0,00	154.272,93
2020	9	188.745,05	0,00	0,00	0,00	188.745,05	22.620,51	0,00	0,00	0,00	0,00	22.620,51	0,00	166.124,54	0,00	0,00	166.124,54
2020	10	189.122,21	0,00	0,00	0,00	189.122,21	43.315,19	0,00	0,00	0,00	0,00	43.315,19	0,00	145.807,02	0,00	0,00	145.807,02
2020	11	179.843,80	0,00	0,00	0,00	179.843,80	46.986,96	0,00	0,00	0,00	0,00	46.986,96	0,00	132.856,84	0,00	0,00	132.856,84
2020	12	207.402,66	0,00	0,00	0,00	207.402,66	32.073,22	0,00	0,00	0,00	0,00	32.073,22	0,00	175.329,44	0,00	0,00	175.329,44
2021	1	170.479,37	0,00	0,00	0,00	170.479,37	21.693,69	0,00	0,00	0,00	0,00	21.693,69	0,00	148.785,67	0,00	0,00	148.785,67
2021	2	150.760,44	0,00	0,00	0,00	150.760,44	32.095,78	0,00	0,00	0,00	0,00	32.095,78	0,00	118.664,66	0,00	0,00	118.664,66
2021	3	157.803,15	0,00	0,00	0,00	157.803,15	20.013,86	0,00	0,00	0,00	0,00	20.013,86	0,00	137.789,29	0,00	0,00	137.789,29
		2.092.068,06					312.436,15										1.769.368,77

Salienta que, conforme recibo anexo aos autos às Fls. 25 e 26, 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 facilmente 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.

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 multa 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;

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 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 corretos os cálculos e valores levantados na auditoria fiscal, entendimento que associa ao fato do Impugnante ter optado por levantar frágil nulidade, caracterizando sequer ter tido cuidado/interesse para analisar as planilhas anexadas aos autos de forma impressa e em CD-ROM e, por fim, atribuir ao CONSEF questões de inconstitucionalidades que fogem da competência do órgão julgador administrativo. Então, requer que o AI seja julgado **PROCEDENTE**.

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 no prazo regulamentar, referente a operações não escrituradas nos Livros fiscais próprios).

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. 24-26, 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. 03-23), 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 Feira de Santana-BA, o Autuado, contribuinte do ICMS inscrito no Cadastro Estadual na condição MICROEMPRESA com forma de apuração do imposto em CONTA CORRENTE FISCAL, exercia a atividade econômica principal e única, sob o código “CNAE-Fiscal 47555501 – Comércio varejista de tecidos, sendo que atualmente se encontra na situação cadastral de INAPTO.

Conforme documentos de fls. 08-18, o contribuinte autuado foi regularmente intimado com ciência via DT-e em diversas ocasiões (em 13/07/2022, 19/07/2022, 18/04/2022, 24/04/2022 e 30/05/2022) para apresentação dos arquivos da EFD referente ao período de 01/01 a 25/08/2021, constando escrituração do livro Registro de Inventário na forma prevista no art. 225 do RICMS/2012, referente às mercadorias, matérias-primas, produtos intermediários e materiais de embalagem, produtos manufaturados e produtos em fabricação existentes em estoque em 31/12/2020 ou, se for o caso, último dia útil do mês anterior ao mês em que produzir efeitos a exclusão de contribuinte do Simples Nacional, passando a apurar o imposto pelo regime de conta-corrente fiscal, devendo especificar: 1. As mercadorias cujas operações subsequentes sejam isentas ou não-tributadas; 2. As mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária; 3. As demais mercadorias sujeitas ao ICMS para fins de utilização do crédito fiscal a elas correspondentes a ser calculado mediante a aplicação da alíquota no momento da aquisição, sobre o preço mais recente da mercadoria.

Observa-se que em todas oportunidades consta que antes de vencido o prazo para apresentação dos arquivos objeto das intimações, a empresa poderia se manifestar relatando interesse em retificar arquivos SPED-EFD já enviados à SEFAZ referente ao período fiscalizado, pois, findando-se o prazo, caracteriza-se que os arquivos SPED-EFD já informados refletem a realidade das operações mercantis do período fiscalizado. Contudo, ainda que disso ciente, vê-se nos autos, que o contribuinte silenciou acerca das intimações.

No que diz respeito à Impugnação, preliminarmente arguiu-se nulidade do lançamento, fundamentando a 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 teria ocorrido, pois alega não ter sido 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, 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 legalmente fundamentada.

Sem embargo, reenquadro a multa proposta para a infração (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.

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. Abrigou fundamento alegando inconstitucionalidade formal da legislação estadual por não seguir ao limite máximo fixado por norma federal.

Como exposto 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.

Sem embargo, 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 seguinte redação:

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.

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 documentos fiscais ali registrados, em especial quanto às 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, o que não ocorreu neste caso.

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 **284119.0027/22-2**, lavrado contra **R. H. COMÉRCIO DE TECIDOS, FERRAGENS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.769.368,75**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.01496, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 19 de julho de 2023.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ ADELSON MATOS RAMOS – JULGADOR

JOSÉ CARLOS COUTINHO RICCIO – JULGADOR