

A.I. Nº - 206881.0036/22-3
AUTUADO - ESQUINA BOCA DO RIO COMÉRCIO DE ALIMENTOS E DOCES LTDA.
AUTUANTES - EUGÊNIA MARIA BRITO REIS NABUCO, DILSON MILTON DA SILVEIRA FILHO
e ANTONIO CÉSAR COSTA SOUZA
ORIGEM - DAT METRO – INFAZ ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 04/09/2023

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0160-02/23-VD

EMENTA: ICMS. 1. FALTA DE RECOLHIMENTO. a) OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. O contribuinte apenas alegou a improcedência da infração sem apontar objetivamente o que considera motivador da insubsistência da infração. **Infração insubsistente. b) ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA.** 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. MULTA. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO.** 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 26/12/2022, para exigir o crédito tributário no valor histórico de R\$ 93.787,95, acrescido de multa, pela constatação das infrações a seguir descritas.

INFRAÇÃO 01 – 002.001.003. Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, para fatos geradores ocorridos em janeiro, fevereiro e abril a dezembro de 2021. ICMS exigido R\$ 430,49, acrescido de multa de 60% tipificada no art. 42, inc. II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

Enquadramento legal: art. 2º, inc. I, art. 32, da Lei nº 7.014/96, c/com art. 332, inc. I do RICMS/2012.

INFRAÇÃO 02 – 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, para fatos geradores ocorridos em setembro, dezembro de 2020, fevereiro, julho, setembro e outubro de 2021. ICMS exigido R\$ 436,38, acrescido de multa de 60% tipificada no art. 42, inc. II, alínea “d” da Lei nº 7.014/96.

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

INFRAÇÃO 03 – 007.015.003. Multa percentual sobre o ICMS que deixou de ser pago por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente, para fatos geradores ocorridos em dezembro de 2020, janeiro, fevereiro, abril e junho a dezembro de 2021. Multa no valor de R\$ 83.061,71, tipificada no art. 42, inc. II, alínea “d” da Lei nº 7.014/96.

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

INFRAÇÃO 04 – 007.015.005. Multa percentual sobre a parcela do ICMS que deixou de ser paga por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente, para fatos geradores ocorridos em setembro a novembro de 2020 e março de 2021. Multa no valor de R\$ 9.859,37, tipificada no art. 42, inc. II, alínea “d” da Lei nº 7.014/96.

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

A autuada impugnou o lançamento, fls. 94 a 109.

Após fazer um breve relato dos fatos, apontou a existência de vícios insanáveis no lançamento e em seguida discorreu sobre as previsões contidas na Constituição Federal sobre a dignidade da pessoa humana, a construção de uma sociedade livre e justa e destacou que ninguém é obrigado a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, conforme art. 5º, inc. II, e que a todos seja assegurado o direito de petição aos poderes públicos, independentemente do pagamento de taxas, art. 5º, inc. XXXIV, alíneas “a” e “b”, e 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, inc. LIV da Constituição.

Referindo-se aos princípios da Legalidade, Impessoalidade, Moralidade, Publicidade e Eficiência, conclui que os atos administrativos devem ser transparentes, claros e precisos, de forma a que o administrado possa entender e saber, se e quando o seu direito está sendo violado.

Transcreve o art. 142 do CTN, cita e transcreve lição de Paulo de Barros Carvalho sobre o lançamento, entendendo ser este um ato jurídico administrativo, assim como doutrina de Hely Lopes Meireles sobre a motivação dos atos administrativos.

Conclui 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, o que no caso de lançamento de tributo é a ocorrência do fato jurídico tributário, o fato gerador, o que não ocorreu no presente caso, pois os autuantes não demonstraram de maneira satisfatória a sua ocorrência.

Reproduz ensinamento de Paulo de Barros Carvalho sobre a matéria e aduz que no caso em análise a forma como a autoridade administrativa realizou o lançamento, não foi apta a demonstrar os motivos que culminaram na exigência, pois os autuantes deveriam ter demonstrado cabalmente todas as circunstâncias fáticas e apresentado os documentos comprobatórios que justificassem a lavratura do Auto de Infração, o que não ocorreu.

Transcreve novamente lições do professor Paulo de Barros Carvalho, agora acerca do Princípio da Tipicidade Tributária e justifica ser necessária para demonstrar de forma clara 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 o mesmo ser anulado em sua integralidade.

Ao tratar do caráter confiscatório das multas aplicadas, ressalta que na sua aplicação deve haver respeito a proporcionalidade entre o dano e o ressarcimento, reproduzindo doutrina de Sacha Calmon Navarro e conclui 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. Ressalta não haver provas de que a autuada praticou ato que se amolde às hipóteses citadas.

Cita Norberto Bobbio acerca da existência no ordenamento jurídico de determinadas normas que se revestem de caráter que se intitula sanções punitivas e ensina 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 e no segundo o bem com o bem.

Afirma que as multas tributárias são um castigo ao contribuinte, lhe obrigando ao maior sacrifício, no entanto, essas multas devem obedecer a parâmetros e limites, portanto, devem estar revestidas por contornos que atinjam a sua função social.

Lembra que nos termos da Lei de Introdução ao Código Civil - Decreto-Lei nº 4.657/1942, “*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 seu art. 150, inc. 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.*”, porém, há que se fazer uma interpretação extensiva e sistemática, aplicando-se a referida vedação às multas, conforme o entendimento do Supremo Tribunal Federal contido no AI-AgR 482281, cuja ementa reproduz.

Apona que ao comparar as multas aplicadas com os ditames da Constituição Federal, há clara dissonância, posto que não se admite que a multa tenha caráter confiscatório. Portanto, entende caber ao julgador administrativo diminuir as multas aplicadas ao caso que, se agir de maneira diversa se prestigiará patente inconstitucionalidade.

Repisa 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.

Defende que uma multa excessiva ultrapassando o razoável, caracteriza, de fato, uma maneira de burlar o dispositivo constitucional que proíbe o confisco. Assim, diz restar claro que as multas devem ser anuladas, pois contrárias aos limites constitucionais e legais.

Ao tratar 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.

Transcreve trechos do voto dos Ministros e conclui 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.

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.

Relembra os princípios que devem nortear a Administração Pública, expressamente citados o *caput* do art. 37 da Constituição Federal, destacando o da moralidade administrativa, que, conforme doutrina, constitui pressuposto de validade dos atos praticados pela Administração Pública e, sua ausência, acarreta ilegitimidade.

Acusa que no presente caso, houve uma invasão por parte do Fisco às informações sigilosas sem a devida autorização, fato que ofende o citado princípio.

Traz lições de Hely Lopes Meirelles e questiona como admitir que tal procedimento da Administração Pública, qual seja a obtenção de dados e informações sigilosas sem a devida autorização judicial, cuja atitude diz configurar um verdadeiro aniquilamento do princípio da moralidade. Portanto, não pode ser compelida ao pagamento aqui exigido.

Relata que foram considerados no Auto de Infração, para composição do ICMS supostamente não recolhido, operações como a venda de mercadoria, adquirida ou recebida de terceiros, sujeita ao regime de substituição tributária, na condição de contribuinte-substituído.

Destaca que, embora a venda represente receita, nesta operação o ICMS já fora recolhido pelo remetente da mercadoria, portanto, não caberia mais à autuada recolher este valor, em respeito ao princípio da não-cumulatividade do imposto, cujas informações constam nos demonstrativos da Fiscalização, restando claro que o lançamento possui vícios e inconsistências em sua composição, multa desproporcional aos fatos e a legislação do ICMS.

Requer que seja declarado nulo o Auto de Infração, em razão de ofensa ao quanto determinado no artigo 142 do Código Tributário Nacional, assim como o fato de terem sido considerados para composição do ICMS, valores do imposto já foi recolhido anteriormente pelo remetente das mercadorias.

Contudo, se acaso subsistir a autuação, o que cogita apenas para fins de argumentação, requer o reconhecimento da nulidade das multas.

Um dos autuantes prestou a informação fiscal às fls. 114 a 120, onde reproduziu as infrações e os argumentos da defesa. Em seguida, passando a contestá-los, conta que a empresa foi indicada para fiscalização por ter sido excluída do Simples Nacional, com fundamento na Lei Complementar nº 123/2006 e Resolução CGSN nº 140, de 22/05/2018, tendo em vista a constatação de que 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 em 2018 e 2019, ultrapassou o limite estabelecido no inc. II do art. 3º da citada lei complementar, tudo conforme Termo de Exclusão do Simples Nacional, fls. 85 e 86.

Acrescenta que após excluída do Simples Nacional, a partir de 2020, a autuada passou a ser obrigada a realizar a apuração do imposto pelo regime da conta corrente fiscal, motivo pelo qual foi intimada para apresentar a Escrituração Fiscal Digital - EFD e demais obrigações previstas na legislação.

Afirma que todos os demonstrativos foram elaborados com base nos documentos fiscais da autuada, conforme se comprova através das cópias dos Termos de Intimação e de Ciência no DT-e, fls. 09 a 12, portanto, ao contribuinte foi dada total condição de se defender.

Esclarece que a exigência do imposto ocorreu em função de infrações à legislação tributária estadual, tendo como respaldo o RICMS/2012, cujas multas se encontram prevista no art. 42, inc. II, alíneas “a” e “d” da Lei nº 7.014/96.

Assegura que foram anexados aos autos os demonstrativos que detalham as infrações cometidas, bem como os livros e documentos fiscais: (i) Demonstrativos da Falta de Recolhimento do ICMS -

Operação Tributada como Não Tributada NFC-e – Anexo I, fls. 13 a 18; (ii) Demonstrativo da Antecipação Tributária não Recolhida – Anexo II, fls. 19 a 23; (iii) Demonstrativo da Antecipação Parcial não Recolhida – Anexo III, fls. 24 a 45; e (iv) Demonstrativo da Antecipação Parcial Recolhida a Menor – Anexo IV, fls. 46 a 65, cujas cópias foram entregues ao contribuinte, conforme intimação da lavratura, via DT-e, fls. 87 e 88.

Quanto as preliminares de nulidade arguidas, afirma que na composição, processamento e formalização do Auto de Infração se encontram em total consonância com o RICMS/BA e com o RPAF/99, ou seja, o lançamento tributário 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. Os demonstrativos, documentos fiscais e CD, necessárias à demonstração dos fatos arguidos foram todos entregues em cópias a autuada, que exerceu com plenitude a ampla defesa e o contraditório.

Observa que para cada irregularidade apurada consta o enquadramento legal, com a indicação dos dispositivos do RICMS/BA, assim como a tipificação da multa aplicada como prevê a Lei nº 7.014/96. Portanto, conclui que estão presentes todos os pressupostos de validação do processo, tendo sido observadas as exigências regulamentares.

Em relação a alegada desproporcionalidade e inconstitucionalidade da multa aplicada, que teria efeito confiscatório, não deve prosperar, tendo em vista que a multa aplicada 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, a declaração de inconstitucionalidade da legislação tributária. Também não procede o pedido de redução ou cancelamento da multa, pois as mesmas foram corretamente aplicadas.

Ressalta que as multas aplicadas decorrem do descumprimento da legislação do ICMS, estando expressamente determinada no art. 42 da Lei nº 7.014/96, assim como a previsão de incidência de acréscimos moratórios sobre os débitos reclamados, possui 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 estão previstas na Lei nº 7.014/96, além do fato de faltar competência a instância de julgamento para apreciar inconstitucionalidade de dispositivos da legislação estadual que rege a matéria objeto da contenda, art. 167, inc. I do RPAF/99.

Defende a improcedência da arguição da autuada de que houve desobediência ao Princípio da Moralidade Administrativa, tendo em vista que as infrações foram verificadas através da sua Escrituração Fiscal Digital, obrigação acessória do contribuinte, bem como, das notas fiscais de entradas e saídas.

Também diz não proceder a alegação defensiva de que foi incluído no valor do ICMS devido constante do demonstrativo vendas de mercadorias sujeitas a substituição tributária, pois conforme se verifica no Anexo I, fls. 13 a 18, todas as vendas consideradas são de mercadorias tributadas.

Acrescenta que o contribuinte não provou suas alegações, nem identificou quais mercadorias constantes do demonstrativo, estariam sujeitas ao regime de substituição tributária.

Por fim, salienta que de acordo com o art. 8º, inc. IV e § 1º do RPAF/99, cabe ao contribuinte apresentar os meios de prova, para demonstrar a veracidade de suas alegações. Não o fez por não as possuir, finaliza.

Lembra que a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da ação fiscal. Ressalta que a defesa nada traz que descaracterize o mérito do presente Auto de Infração, pois falta a mesma a prova material.

Constata que o fundamento do pedido de nulidade do lançamento carece de consistência e não está previsto nos regulamentos sendo incontestável que a mesma foi feita apenas com o objetivo de procrastinar o pagamento do débito tributário.

Solicita a procedência total do presente processo 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 imputa ao sujeito passivo a acusação de cometer quatro infrações à legislação do ICMS, apuradas entre 2020 e 2021, tempestivamente impugnadas.

A autuada é contribuinte do ICMS, 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 12/07/2022, através de mensagem postada no Domicílio Tributário Eletrônico – DT-e, fl. 12, e intimado a quitar o débito ou apresentar defesa administrativa, também via mensagem do DT-e, em 28/12/2022, fls. 87 e 88, 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, pois 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 gerador; e (ii) os agentes fiscais não apresentaram 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, pelo princípio da motivação, também conhecido na doutrina como o princípio da fundamentação, se exige a exposição das razões de direito que levam a administração pública a praticar o ato administrativo depois de analisar os fatos e observar a legalidade.

No presente lançamento, as infrações imputadas à autuada se apresentam claramente descritas, os fatos estão relatados de forma direta, sem subterfúgios ou descrições sujeitas a interpretações 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 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 a 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 conta e a favor do mesmo.

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 às 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.

Segundo, a defesa argumentou que ao comparar as multas sugeridas com os ditames constitucionais, vê 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.

Aduz 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, 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, 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, devem 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 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 (...)

§ 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. 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 não só aos registros fiscais contábeis, mas também aos 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 **206881.0036/22-3**, lavrado contra **ESQUINA BOCA DO RIO COMÉRCIO DE ALIMENTOS E DOCES LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 93.787,95** acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inc. II, alíneas “a” e “d” da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 24 de agosto de 2023.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS – RELATOR

JOSÉ CARLOS COUTINHO RICCIO – JULGADOR