

A. I. N° - 284119.0024/22-3
AUTUADO - R C COM. DE TECIDOS, FERRAGENS E VARIEDADES DE ARTEFATOS EIRELI
AUTUANTE - JOSÉ MARIA DIAS FILHO, JURACI LEITE NEVES JÚNIOR e
HÉLIO RODRIGUES TORRES JÚNIOR
ORIGEM - DAT NORTE / INFACZ CENTRO NORTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 04/10/2023

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF N° 0174-03/23**

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS, PARA COMERCIALIZAÇÃO, NÃO ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. ADOÇÃO DO REGIME NORMAL DE APURAÇÃO DO IMPOSTO. MULTA. Uma vez comprovada a tributação regular nas operações subsequentes, torna-se inexigível o tributo neste caso, convertendo-se a exigência relativa ao imposto não antecipado em multa. Infração subsistente. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 07/09/2022, refere-se à exigência de multa no valor de R\$ 357.110,03, em decorrência da seguinte irregularidade:

Infração 01 – 007.015.005: Multa percentual sobre o ICMS que deveria ter sido pago por antecipação parcial, referente às mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, adquiridas para fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente, nos meses de novembro e dezembro de 2018; janeiro, fevereiro, abril a dezembro de 2019; janeiro e fevereiro de 2020.

O Autuado, por meio de advogado, apresentou impugnação às fls. 18 a 29 do PAF. Alega que o presente Auto de Infração não deve subsistir, uma vez que nele existem nulidades que afetam toda exigência fiscal.

Menciona os arts. 1º, 2º, I, 5º, II, XXXIV e LIV, além do art. 37 da Constituição Federal de 1988 e ressalta que os atos administrativos devem ser transparentes, claros e precisos, de forma a que o administrado possa entender o que está se passando.

Transcreve o art. 142 do Código Tributário Nacional e ensinamentos de Paulo de Barros Carvalho e Hely Lopes Meireles, concluindo que, sendo o lançamento um ato jurídico, 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). Diz que no presente lançamento não foi demonstrado de maneira satisfatória a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, ou seja, no caso concreto, o apontamento seguro de quais documentos próprios do Impugnante foram base para a cognição de ausência de recolhimento de ICMS antecipação parcial, decorrente de produtos adquiridos em outros Estados Federativos.

Afirma que deveria o fiscal ter demonstrado cabalmente todas as circunstâncias fáticas e documentos comprobatórios de que justificassem a lavratura do Auto de Infração, fato este que não ocorreu.

Registra que embora a exposição tenha sido longa, foi necessária para demonstrar de forma clara que os Autos de Infração não podem subsistir, por consubstanciar desrespeito às regras basilares do ato jurídico administrativo e do nascimento do crédito tributário, devendo o mesmo ser anulado em suas integralidades.

Em relação à multa aplicada, menciona que na aplicação da multa deve haver respeito ao aspecto de proporcionalidade entre o dano e o ressarcimento. Cita o posicionamento de Sacha Calmon Navarro e conclui que o confisco é genericamente vedado, a não ser nos casos expressos autorizados pelo contribuinte e seu legislador complementar, que são três: (i) danos ao Erário; (ii) enriquecimento ilícito no exercício do cargo, função ou emprego na Administração Pública; (iii) utilização de terra própria para cultivo de ervas alucinógenas [...].

Lembra que nos termos da Lei de Introdução do Código Civil (Decreto-lei 4.657 de 04/09/1942, “*Na aplicação da Lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum*”.

Acrescenta: Em que pese 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. Nesse sentido, cita o entendimento do Supremo Tribunal Federal.

Apresenta o entendimento de que, cabe ao julgador diminuir as multas aplicadas ao caso, conforme exposto no decorrer da defesa. Caso aja de maneira diversa, estará prestigiando patente inconstitucionalidade.

Diz que o caráter confiscatório das multas está na total desproporção entre o valor da imposição e o valor a ser tributado. Uma multa 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.

Conclui que 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.

Afirma que restou claro que a multa deve ser anulada, pois contrárias aos limites constitucionais e legais.

Em relação à Taxa Selic, alega inconstitucionalidade da legislação estadual. Cita o Recurso Extraordinário nº 183.907-4/SP. Transcreve trecho do voto dos Ministros Jobim e Sidney Sanches.

Diz que a Lei Federal nº 9.065, de 20/06/1995, através de seu artigo 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 federados, acumulada mensalmente.

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

Diante de todo exposto, requer seja declarado nulo o Auto de Infração, em razão de ofensa ao quanto determinado no art. 142 do Código Tributário Nacional.

Se acaso subsistir a autuação, o que se cogita apenas para fins de argumentação, requer o reconhecimento de que as multas são nulas, conforme demonstrado acima.

O Autuante Juraci Leite Neves Júnior presta informação fiscal às fls. 36 a 40 dos autos. Afirma que o Defendente silencia na análise das planilhas demonstrativas dos cálculos dos valores lançados no Auto de Infração.

Diz que os valores calculados a título de “Antecipação Parcial - Multa” foram apurados utilizando a seguinte metodologia:

Planilha: 01-Plan-Créditos+Ant Parcial por NF-e:

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 como também para antecipação parcial;

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;

Aba 04: Planilha Totalizadora/Resumo por ano/mês da Antecipação Parcial/Multa calculados nos respectivos períodos;

Planilhas Resumo dos créditos apropriados e Multa da Antecipação Parcial recolhida a menos.

Salienta que se percebe do teor da peça defensiva, que foram entregues, ao contribuinte, cópias 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, conforme recibo anexo aos autos às fls. 15 e 16.

Afirma que 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, artigos 42, 43, 44, 45 e 46 do RPAF. A infração está claramente descrita, corretamente tipificada e tem suporte nos demonstrativos e documentos fiscais autuados, emitidos na forma e com os requisitos legais (fls. 05-06 e CD de fl. 19).

Examinando os autos diz que se deve 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. A infração está determinada com segurança como também a identificação do infrator, não se constata vício a macular o PAF em análise, portanto não acata a preliminar de nulidade ora alegada.

Quanto ao item Constitucionalidade da Multa aplicada – Caráter confiscatório, diz que 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.

No que se refere ao mencionado argumento defensivo de que a multa é confiscatória, entende que não deve ser acatado, porque a mesma 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, que reproduz.

Em relação ao item Constitucionalidade, Taxa Selic- Limite máximo fixado por norma federal, diz que a Defesa alega que a correção monetária pela taxa SELIC seria inconstitucional porque o STF declarou inconstitucionalidade dos índices de correção monetária de tributos fixados por Estados e Municípios em patamares superiores àqueles aplicados pela União Federal.

Diz que o argumento defensivo não deve ser acatado, porque a Taxa Selic 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 alegações de inconstitucionalidades, conforme previsão contida no art. 167 do RPAF/99.

Diante da falta de argumentos defensivos a respeito de questões de mérito da autuação, conclui que estão corretos os cálculos e valores levantados na auditoria fiscal associado ao fato de que a defesa opta por levantar a nulidade da autuação, caracterizando que o Defendente não teve cuidado/interesse nas análises das planilhas anexadas aos autos impressas e em CD-ROM e, por fim, atribuir ao CONSEF questões de inconstitucionalidades aos quais fogem de sua competência.

Requer a procedência total do presente auto de infração.

VOTO

O Defendente afirmou que no presente lançamento não foi demonstrado de maneira satisfatória a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, ou seja, no caso concreto, o apontamento seguro de quais documentos próprios do Impugnante foram base para a cognição de ausência de recolhimento de ICMS antecipação parcial, decorrente de produtos adquiridos em outros Estados Federativos.

Disse que o Autuante deveria ter demonstrado cabalmente todas as circunstâncias fáticas e documentos comprobatórios de que justificassem a lavratura do Auto de Infração, fato este que não ocorreu.

Observo que se encontra no CD-R à fl. 13 do PAF, demonstrativo contendo relação das notas fiscais de entradas indicando as datas de emissão, chave de acesso, descrição das mercadorias e respectivos valores. Foi elaborada Planilha com a totalização mensal do valor antecipação parcial calculado, o valor recolhido, a diferença encontrada e a multa exigida.

Foi destacado pelo Autuante na Informação Fiscal, que encaminhou, ao contribuinte, cópia do auto de infração, seus demonstrativos como também CD-ROM com dados das planilhas, indispensáveis para o esclarecimento dos fatos narrados no corpo do auto de infração, conforme comprovante anexo aos autos às fls. 15 e 16.

O presente Auto de Infração foi efetuado em cumprimento a uma Ordem de Serviço, a descrição dos fatos foi efetuada de forma comprehensível, foram indicados os dispositivos infringidos, relativamente à irregularidade apurada, não foi constatada violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o débito apurado consoante o levantamento fiscal acostado aos autos.

Em relação ao lançamento, a autoridade administrativa que constituir o crédito tributário pelo lançamento deve identificar o sujeito passivo e propor a aplicação de penalidade cabível (art. 142 do CTN), e de acordo com o art. 39, inciso I do RPAF/BA, o Auto de Infração conterá a identificação, o endereço e a qualificação do autuado.

No caso em exame, o autuado está devidamente identificado à fl. 01 do PAF, constando a sua inscrição estadual, CNPJ, e endereço, inexistindo qualquer dúvida quanto à sua qualificação, e não foi apresentada contestação específica quanto aos valores apurados pelo autuante.

Não foi constatada violação ao devido processo legal e a ampla defesa, o autuado tomou conhecimento do lançamento efetuado, conforme se pode constatar nas alegações defensivas, inexistindo cerceamento ao direito de defesa. O PAF 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/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento, ficando rejeitada a preliminar de nulidade apresentada nas razões de defesa.

Quanto ao mérito, o presente Auto de Infração trata de multa percentual sobre o ICMS que deveria ter sido pago por antecipação parcial, referente às mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, adquiridas para fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente, nos meses de novembro e dezembro de 2018; janeiro, fevereiro, abril a dezembro de 2019; janeiro e fevereiro de 2020.

Observo que as hipóteses em que deve ser feita a antecipação parcial do imposto são estabelecidas no art. 12-A da Lei 7.014/96, sendo devido o pagamento na primeira repartição

fazendária do percurso de entrada neste Estado, a título de antecipação parcial do ICMS, em valor correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, nas entradas de mercadorias adquiridas para comercialização.

O defensor não contestou os dados numéricos do levantamento fiscal, apenas alegou que na aplicação da multa deve haver respeito ao aspecto de proporcionalidade entre o dano e o ressarcimento e apresentou o entendimento de que, cabe ao julgador diminuir as multas aplicadas ao caso, conforme exposto no decorrer da defesa. Caso aja de maneira diversa, estará prestigiando patente inconstitucionalidade.

A penalidade sobre o imposto que deveria ter sido pago por antecipação parcial encontra-se no art. 42, inciso II, alínea “d” da Lei 7.014/96 que prevê aplicação da multa de 60% do valor do imposto não recolhido por antecipação, inclusive no caso de antecipação parcial.

O presente lançamento não foi efetuado para cobrar o imposto, que foi recolhido quando da saída das mercadorias, segundo a descrição dos fatos, mas apenas a multa. Neste caso, a própria Lei 7.014/96, instituidora da obrigação tributária, também estabelece a penalidade pelo descumprimento da obrigação principal. Ou seja, foi constatado imposto não recolhido no prazo estabelecido pela legislação tributária, sendo efetuado o pagamento em outro momento.

De acordo com o § 1º do mencionado art. 42 da Lei 7.014/96. *“no caso de o contribuinte sujeito ao regime normal de apuração deixar de recolher o imposto por antecipação, inclusive por antecipação parcial, nas hipóteses regulamentares, mas, comprovadamente, recolher o imposto na operação ou operações de saída posteriores, é dispensada a exigência do tributo que deveria ter sido pago por antecipação, aplicando-se, contudo, a penalidade prevista na alínea “d” do inciso II”.*

Vale ressaltar que essa Junta de Julgamento Fiscal não tem competência para apreciar pedido de redução ou cancelamento de multa decorrente de obrigação tributária, e não cabe a este órgão julgador, a declaração de inconstitucionalidade da legislação estadual, nos termos do art. 167, I, do RPAF-BA/99, aprovado pelo Decreto nº 7.269/99.

Por outro lado, não elide a imputação fiscal o entendimento de que não houve prejuízo ao Tesouro Estadual, uma vez que houve descumprimento da legislação do ICMS, restando provado que o autuado não efetuou o recolhimento do imposto devido, nos prazos regulamentares, caracterizando o prejuízo pelo não recolhimento tempestivamente do tributo devido.

Ao sujeito passivo cabe observar e cumprir as determinações previstas na legislação tributária, e não pode ser aceito que o contribuinte pretenda definir a forma de apurar e recolher o tributo devido.

Em relação à Taxa Selic, o Defensor alegou inconstitucionalidade da legislação estadual. Não acato a alegação defensiva, considerando que a utilização da Taxa Selic para a atualização do crédito tributário este índice está previsto no Código Tributário do Estado da Bahia, Lei 3.956, de 11 de dezembro de 1981, estabelecendo no art. 102 (caput) que os débitos tributários recolhidos fora dos prazos regulamentares ficarão sujeitos a acréscimos moratórios e a Taxa Selic consta nos incisos I e II do § 2º desse mesmo artigo. Como já mencionado neste voto, falece a esta Junta de Julgamento fiscal atribuição legal para declarar inconstitucionalidade desta legislação, nos termos do art. 167, I do RPAF/BA.

Concluo que está caracterizada a acusação fiscal, considerando que, restando comprovada a tributação regular nas operações subsequentes, torna-se inexigível o tributo neste caso, convertendo-se a exigência relativa ao imposto não antecipado em multa.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 284119.0024/22-3, lavrado contra **R C COMÉRCIO DE TECIDOS, FERRAGENS E VARIEDADES DE ARTEFATOS EIRELI**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento da multa no valor de **R\$ 357.110,03**, prevista no art. 42, inciso II, alínea “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei 9.837/05.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 22 de setembro de 2023

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA