

A. I. Nº - 206881.0024/22-5
AUTUADO - ESQUINA CAJAZEIRAS COMÉRCIO DE ALIMENTOS E DOCES LTDA.
AUTUANTE - EUGÊNIA MARIA BRITO REIS NABUCO, DILSON MILTON DA SILVEIRA FILHO
e ANTONIO CÉSAR COSTA SOUZA
ORIGEM - DAT METRO / INFAZ ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 08/09/2023

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF Nº 0174-04/23-VD**

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. a) AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS ENQUADRADA NO REGIME. SUJEITO PASSIVO POR SUBSTITUIÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO. Item subsistente. **b)** ANTECIPAÇÃO PARCIAL. MERCADORIAS ADQUIRIDAS DE OUTRAS UNIDADES DA FEDERAÇÃO PARA FINS DE COMERCIALIZAÇÃO. 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 e ao crédito indevido em multa equivalente a 60% do imposto não antecipado, nos termos do art. 42, II, “d”, c/c o § 1º, da Lei nº 7.014/96. Item subsistente. Afastada a arguição de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração lavrado em 29/09/2022, exige o valor de R\$ 46.112,87, inerente ao ano de 2020, conforme demonstrativo às fls. 13 a 28 dos autos, que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 29 em razão das seguintes irregularidades, concernentes à legislação do ICMS:

INFRAÇÃO 01 - 007.001.001: Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou exterior no ano de 2020, conforme demonstrativo de fls. 14 e 15 dos autos, constante do CD/Mídia de fl. 29. Lançado ICMS no valor de R\$ 368,89, com enquadramento no art. 8º, § 4º, inciso I, alínea “a”; e art. 23, da Lei nº 7.014/96, c/c art. 289, do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/12 e multa tipificada no art. 42, inc. II, “d”, da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 02 - 007.015.005: Multa percentual sobre a parcela do imposto (ICMS) que deixou de ser paga por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente no ano de 2020, conforme demonstrativo de fls. 16 a 28 dos autos, constante do CD/Mídia de fl. 29. Lançado multa no valor R\$ 45.742,98, com enquadramento no artigo 12-A da Lei nº 7.014/96 e multa aplicada na forma do art. 42, inc. II, alínea “d”, do mesmo diploma legal.

Às fls. 41 a 42 dos autos, com documentos anexos, o autuado apresenta sua defesa, na qual apresenta os seguintes esclarecimentos:

A. DOS VÍCIOS INSANÁVEIS EXISTENTES NOS LANÇAMENTOS

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

Pontua 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).

Mais adiante, 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”.

De tudo, até aqui exposto, diz que se 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.

Após outras considerações, com destaque ao artigo 142 do CTN, associado a entendimentos de estudiosos do direito, diz 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, ao seu entender, não ocorreu.

Assim, aduz que, embora a exposição tenha sido longa, foi decerto necessária e bastante 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.

B. DAS MULTAS APLICADAS – CARÁTER CONFISCATÓRIO

Diz que este tópico visa demonstrar a impossibilidade de aplicação das multas lançadas, dado o seu caráter confiscatório.

Após apresentar entendimentos de estudiosos do direito, 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 (Decreto-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.”

Em complementação, diz que a própria Constituição Federal, no Capítulo “DAS LIMITAÇÕES AO PODER DE TRIBUTAR”, no artigo 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, e 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, traz entendimento do Supremo Tribunal Federal.

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

Consigna que 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.

Em face do exposto, diz que resta claro que as multas devem ser anuladas, pois contrárias aos limites constitucionais e legais.

C. DO LIMITE MÁXIMO FIXADO POR NORMA FEDERAL (TAXA SELIC) INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL DA LEGISLAÇÃO ESTADUAL.

Diz que o 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, conforme se denota através da ementa do julgado, que destaca na peça de defesa à fl. 49 dos autos.

Com efeito, diz que a Lei Federal nº 9.065, de 20.6.95, 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 federais, acumulada mensalmente.

Registra 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.

Pontua 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.

Diz, então, que, por todo o exposto, evidente que todas as normas que compõe taxa de juros superior à SELIC, devem ser banidas do ordenamento jurídico.

D. DOS PEDIDOS

Diante de todo exposto requer, após o recebimento desta, seja declarado nulo o auto de infração, em razão de ofensa ao quanto determinado no artigo 142 do Código Tributário Nacional.

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

Os agentes Fiscais Autuantes, ao prestarem a informação fiscal, às fls. 58/63 dos autos, após descrever os termos da defesa, assim posicionam quanto a defesa apresentada pelo sujeito passivo:

I. DA CONTESTAÇÃO - PRELIMINARES

Dizem que o presente Auto de Infração foi desmembrado cumprindo o que determina o Art. 40 do RPAF vigente. A empresa foi indicada para fiscalização por ter sido excluída do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, com fundamento no art. 3º, § 4º e art. 28 a 30 da Lei Complementar nº 123 de 14/12/2006, combinado com os artigos 81 inc. II, alínea “e”, art. 83 inc II e art. 84 inc. III, alínea “a” da Resolução CGSN nº 140, de 22/05/2018, tendo em vista o sócio (Humberto Silva Lima) participar com mais de 10% do capital de outra empresa não beneficiada pela Lei Complementar 123/2006, cuja receita bruta global dos exercícios de 2018 e 2019, ultrapassou o limite estabelecido no inciso II do art. 3º, conforme Termo de Exclusão do Simples Nacional, anexo fls. 33 e 34 do presente processo.

Consignam, então, uma vez que foi excluída do Simples Nacional, a partir do exercício de 2020, passou a ser obrigada a realizar apuração do imposto pelo Regime do Conta Corrente Fiscal. Por esse motivo, dizem ter intimado a autuada para apresentar a Escrituração Fiscal Digital (EFD) e demais obrigações previstas na legislação.

Todos os demonstrativos constantes do presente processo foram elaborados com base nos documentos fiscais da autuada, conforme se pode comprovar através das fotocópias dos Termos de Intimação e de Ciência no DTE, anexos fls. 7 a 12 do PAF.

Frisam que a cobrança do imposto ocorreu após não atendimento das intimações, principalmente a não apresentação da EFD, nesse PAF o contribuinte deixou de recolher a antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, nas aquisições de mercadorias provenientes de

outros estados, bem como, a multa pelo não recolhimento e recolhimento a menor da antecipação parcial, nas aquisições de mercadorias para comercialização em outros estados, tendo como respaldo legal o RICMS/BA aprovado pelo Decreto nº. 13.780/2012, cujas multas encontram-se prevista no art. 42 inc. II alínea “d”, da Lei nº. 7.014/96.

Além do presente auto de infração, dizem ter lavrado o de nº 2068810023/22-9 e as notificações fiscais nº 2068810022/22-2 e 2068810026/22-8.

Pontuam que, para instruir o processo foram anexados aos autos os demonstrativos que detalham as infrações cometidas, ou seja, o Demonstrativo da Antecipação Tributária não Recolhida – anexo I (fls. 13 a 15), e o Demonstrativo da Antecipação Parcial Recolhida a Menor e Não Recolhida, Lista de Notas Fiscais e Resumo do Débito – anexo II (fls. 16 a 27), tendo sido fornecido fotocópias dos citados demonstrativos e planilhas em meio magnético (CD-R) conforme declarado pela autuada às fls. 03 do Auto de Infração, tendo, portanto, o contribuinte total condição de defender-se.

II. DA CONTESTAÇÃO - VÍCIOS INSANÁVEIS EXISTENTES NOS LANÇAMENTOS:

Com relação às preliminares de nulidade arguidas, na análise de todos os elementos que integram o presente auto de infração, dizem que se pode verificar que a sua composição, processamento e formalização 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 nos levantamentos, demonstrativos e documentos fiscais e CD, constantes do processo, necessárias à demonstração dos fatos arguidos, todos entregues cópias a autuada, que exerceu com plenitude a ampla defesa e o contraditório.

Dizem que, para cada irregularidade apurada no auto de infração consta o enquadramento legal, com os artigos do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto n. 13.780/2012 infringido, e o artigo da multa aplicada com seu inciso e alínea como prevê a Lei n. 7.014/96.

Registram, então, que estão presentes todos os pressupostos de validação do processo, tendo sido observadas as exigências regulamentares, notadamente o RPAF/99 em seu art. 18 inc. I a IV.

III. DA CONTESTAÇÃO - QUANTO AO CARÁTER CONFISCATÓRIO DAS MULTAS:

Aduzem que, no tocante aos aspectos de 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 inciso I do art.167 do RPAF/BA, não se incluem na competência deste órgão julgador, a declaração de inconstitucionalidade da legislação tributária, não procedendo o pedido de redução ou cancelamento da multa, pois a mesma foi corretamente aplicada.

IV. DA CONTESTAÇÃO - QUANTO A ATUALIZAÇÃO DA MULTA:

Consignam que a multa aplicada no presente Auto de Infração decorre de descumprimento da legislação do ICMS estando expressamente determinado no art. 42 da Lei n. 7014/96, assim como a previsão de incidência de acréscimos moratórios sobre os débitos reclamados em lançamento de ofício, possui previsão legal no art. 102 § 3º da Lei nº 3.965/81(COTEB) e no art. 39 do RPAF/Ba Decreto nº 7.629/99.

Registram que as multas não são ilegais. Ao contrário, encontram-se tipificadas na Lei 7.014/96. E que, esta instância de julgamento não possui atribuição (competência) para apreciar inconstitucionalidade de dispositivos da legislação estadual que rege a matéria objeto da contenda (art. 167, I, RPAF/99).

Dizem, então, que, conforme preceitua o art. 8º. Inc. IV e parágrafo 1º. do RPAF/BA Decreto nº 7.629/99, cabe ao contribuinte anexar em sua defesa os meios de prova, para demonstrar a veracidade de suas alegações, não o fez por não as possuí.

Ponderam que a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de

elidir a presunção de legitimidade da ação fiscal. Cabe ressaltar que a presente defesa nada traz que descaracterize o mérito do presente Auto de Infração, pois falta a mesma a prova material. Verifica-se que o pedido de nulidade com base nas alegações da autuada carece de consistência e não está previsto nos dispositivos regulamentares sendo incontestável que a mesma foi feita apenas com o objetivo de procrastinar o pagamento do débito tributário.

V. CONCLUSÃO

Ante o exposto, solicitam a procedência total do presente processo por estar de acordo com a legislação tributária em vigor, especialmente o RICMS aprovado pelo Decreto n. 13.780/2012, por ser de JUSTIÇA!!!

À fl. 65, verso, têm-se o despacho da Secretaria Administrativa do CONSEF encaminhando o presente PAF a este Relator, para instrução e julgamento.

VOTO

Inicialmente suscita, o sujeito passivo, nulidade do Auto de Infração, em tela, sob a perspectiva de que os atos administrativos devem ser transparentes, claros e precisos, de forma a que o administrado possa entender o que está se passando, ou seja, possa saber se o seu direito está sendo violado.

Então, após outras considerações, com destaque ao artigo 142 do CTN, associado a entendimentos de estudiosos do direito, diz 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, ao seu entender, não ocorreu.

Não é o que vejo dos elementos constitutivos do lançamento fiscal, pois se trata de uma acusação fundamentada em demonstrativos, com os indicativos de cada uma das infrações lançadas, através do Auto de Infração nº 206881.0024/22-5, em tela, cujo enquadramento legal está posto de forma clara e precisa em total sintonia com as imputações descritas na inicial.

Vê-se, também, da Informação Fiscal produzida, pelos agentes Fiscais Autuantes, a qual acompanho na sua inteireza, que, em relação, ainda, às preliminares de nulidade arguidas, em sede de defesa, pelo Contribuinte Autuado, na análise de todos os elementos que integram o presente Auto de Infração, verifica-se que a sua composição, processamento e formalização, na forma dos documentos acostados às fls. 5/28 dos autos, se encontram em total consonância com o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia (RPAF/BA), aprovado pelo Decreto 7.629/99, mais especificamente ao disposto no art. 39, em que os fatos geradores do crédito tributário estão constituídos nos levantamentos e demonstrativos de fls. 13/27, que fazem parte integrante do CD/Mídia de fl. 29, constantes do presente PAF, necessários à demonstração dos fatos imputados, todos entregues ao defendente, que exerceu com plenitude a ampla defesa e o contraditório.

Ultrapassado, então a arguição de nulidade suscitada pela defesa, passo, então, a análise da lide no mérito.

Trata-se do Auto de Infração, em tela, lavrado em 29/09/2022, resultante de uma ação fiscal realizada por Auditores Fiscais lotados na unidade Fazendária INFAZ ATACADO, em que, no exercício de suas funções de Fiscalização, em cumprimento da O.S.: 501730/22, constituiu o presente lançamento fiscal de exigência de imposto e multa no valor total de R\$ 46.742,98, conforme descrito na inicial, decorrente de duas infrações, sendo a infração 1, por ter deixado de recolher o imposto (ICMS) por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, correspondente ao valor de R\$ 369,89; e a infração 2 multa percentual sobre a parcela do imposto (ICMS) que deixou de ser paga por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da federal, com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente no ano de 2020.

A infração 1, que diz respeito a deixado de recolher o imposto (ICMS) por antecipação, na

qualidade de sujeito passivo por substituição, têm-se como enquadramento legal o art. 8º, § 4º, inciso I, alínea “a”; e art. 23, da Lei nº 7.014/96, c/c art. 289, do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/12 e multa tipificada no art. 42, inc. II, “d”, da Lei nº 7.014/96.

Por sua vez, a infração 2, que trata de cobrança de multa de 60% sobre a parcela do imposto (ICMS) que deixou de ser paga por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente, têm-se como enquadramento legal o artigo 12-A da Lei nº 7.014/96 combinado com o art. 42, inc. II, alínea “d”, do mesmo diploma legal.

No mérito, então, não observo das peças processuais, qualquer arguição de defesa, relativamente as infrações imputadas no Auto de Infração em tela. Há de se ressaltar que, nos termos do art. 140 do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, 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. Portanto, considero que o conjunto de provas apresentado pelos Fiscais Autuante são suficientes para caracterizar a autuação.

Em relação à alegação da defesa de inconstitucionalidade da multa aplicada, visto que a mesma foi fixada em patamares de 60% que tornam sua cobrança confiscatória, sendo vedado o confisco, sob pena de violação aos direitos mais básicos assegurados pela Constituição Federal, verifico que não pode ser acatada. Observo que a sua aplicação neste processo é prevista em dispositivo legal, no caso específico das infrações, objeto em análise, art. 42, inciso II, alínea “d”, da Lei 7.014/96, sendo que a este foro administrativo não cabe discutir a constitucionalidade da legislação posta, bem como apreciação de decisão do Poder Judiciário conforme assim preconiza o art. 167, I e II do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629 de 09/07/99.

Da mesma forma, a este foro administrativo, não cabe discutir a constitucionalidade dos índices de acréscimos moratórios sobre os débitos reclamados em lançamento de ofício no Estado da Bahia, que possui previsão legal no art. 102 § 3º da Lei nº 3.965/81(COTEB) e no art. 39 do RPAF/BA Decreto nº 7.629/99.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, em tela.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206881.0024/22-5**, lavrado contra **ESQUINA CAJAZEIRAS COMÉRCIO DE ALIMENTOS E DOCES LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 369,89**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, alínea “d”, da Lei nº 7.014/96, além da multa de 60% sobre a parcela do imposto (ICMS) que deixou de ser paga por antecipação parcial correspondente ao valor de **R\$ 45.742,98**, prevista no inciso II, alíneas “d” da citada Lei nº 7.014/96,, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 16 de agosto de 2023.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

JOÃO VICENTE COSTA NETO – RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – JULGADORA