

<b>PROCESSO</b>	- A. I. N° 233085.0040/20-7
<b>RECORRENTE</b>	- CITYTEC COMÉRCIO E REPARAÇÃO LTDA.
<b>RECORRIDA</b>	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
<b>RECURSO</b>	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF n° 0053-02/21-VD
<b>ORIGEM</b>	- DAT METRO / INFAS VAREJO
<b>PUBLICAÇÃO</b>	- INTERNET: 22/02/2024

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF N° 0026-12/24-VD

**EMENTA: ICMS.** 1. SIMPLES NACIONAL. **a)** ERRO NA INFORMAÇÃO DA RECEITA E/OU ALÍQUOTA APLICADA A MENOS. RECOLHIMENTO A MENOS; **b)** OMISSÃO DE RECEITA APURADA MEDIANTE LEVANTAMENTO FISCAL. Infrações comprovadas, de acordo com os demonstrativos elaborados pelo Autuante e acostados aos autos; **c)** FALTA DE RECOLHIMENTO. CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. COTEJO DAS OPERAÇÕES DECLARADAS NA ESCRITA FISCAL DO CONTRIBUINTE COM OS VALORES INFORMADOS PELA ADMINISTRADORA DOS CARTÕES, RESULTANDO EM DIFERENÇA NÃO COMPROVADA. PRESUNÇÃO LEGAL DE OMISSÃO DE OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. Acusação devidamente comprovada; **d)** VALOR DA RECEITA INFORMADA NA DASN INFERIOR AO ENCONTRADO NOS DOCUMENTOS EMITIDOS; **e)** BASE DE CÁLCULO. RECOLHIMENTO A MENOS. Erro na determinação da base de cálculo decorrente da exclusão da venda de produtos sujeitos a isenção, imunidade ou valor fixo do ICMS estabelecido pela legislação Estadual, da base de cálculo do Simples Nacional. Não há previsão legal para a exclusão empreendida. Acusação fiscal não elidida. A Defesa não enfrentou o mérito de quaisquer das infrações, sequer trouxe elementos para desconstituir o lançamento. Não acolhidas as arguições preliminares. Indeferido o pedido de diligência. Negada a redução e/ou exclusão da multa por impossibilidade legal. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVADO**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 29/09/2020, em razão da seguinte irregularidade:

**Infração 01 - 17.02.01:** Efetuou recolhimento a menor de ICMS declarado referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, implicando, desta forma, em não recolhimento de parte do ICMS, devido a erro na informação da receita e/ou alíquota aplicada a menor, nos meses de julho a outubro de 2018 e fevereiro a maio e julho a dezembro de 2019, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 675,51, acrescido da multa de 75%, prevista no Art. 35 da Lei Complementar nº 123/06 e no Art. 44, I, da Lei Federal nº 9.430/96.

**Infração 02 - 17.03.12:** Omissão de receita apurada através de levantamento fiscal – sem dolo, nos meses de janeiro a abril de 2018 e julho, agosto e outubro de 2019, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 2.737,83, acrescido da multa de 75%, prevista nos Arts. 34 e 35 da Lei Complementar nº 123/06 e no Art. 44, I, da Lei Federal nº 9.430/96.

**Infração 03 - 17.03.16:** Omissão de saídas de mercadoria tributada, presumida por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito, em valor inferior ao informado por instituição financeira e administradora de cartão de crédito - sem dolo, nos meses de março a maio, agosto, setembro, novembro e dezembro de 2017 e janeiro a dezembro de 2018 e 2019, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 20.541,35, acrescido da multa de 75%, prevista nos Arts. 34 e 35 da Lei Complementar nº 123/06 e no Art. 44, I,

da Lei Federal nº 9.430/96.

**Infração 04 - 17.04.01:** Deixou de recolher o ICMS em razão de considerar receitas de vendas de mercadorias não sujeitas à substituição tributária por antecipação, como se o ICMS já tivesse substituído ou antecipado, nos meses de janeiro, junho e outubro de 2017, maio a julho, setembro e dezembro de 2018 e janeiro a maio e julho a dezembro de 2019, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 7.652,15, acrescido da multa de 75%, prevista no Art. 35 da Lei Complementar nº 123/06 e no Art. 44, I, da Lei Federal nº 9.430/96.

**Infração 05 - 17.05.01:** Deixou de recolher ICMS em razão de considerar receita tributável como não tributável (imunidade, isenção ou valor fixo), nos meses de janeiro a novembro de 2017, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 28.753,71, acrescido da multa de 75%, prevista no Art. 35 da Lei Complementar nº 123/06 e no Art. 44, I, da Lei Federal nº 9.430/96.

A 2ª JJF decidiu pela Procedência do Auto de Infração, por unanimidade, mediante o Acórdão nº 0053-02/21-VD (fls. 73 a 86), com base no voto a seguir transcrito:

*“O presente lançamento constitui-se em cinco infrações arroladas pela fiscalização, objeto de impugnação por parte do autuado.*

*Verifico que o sujeito passivo foi intimado acerca do início da ação fiscal, através da lavratura e encaminhamento de Intimação para Apresentação de Livros e Documentos e/ou Prestação de Informações, por meio do DTE em 07/09/2020, através da mensagem 174.211, científica pelo contribuinte em 14/09/2020 (fl. 13).*

*A memória de cálculo da autuação se encontra às fls. 17 a 22, de forma sintética, impressa, e em formato digital na mídia de fl. 23, entregue em cópia ao sujeito passivo de acordo com os recibos de fls. 24 a 29.*

*Nela constam, dentre outros, Relatório TEF diário e mensal, proporcionalidade da substituição tributária pelas compras, apuração do imposto por tipo de infração, lista de documentos fiscais emitidos, cálculo da receita apurada, dentre outros, nos quais se discrimina, de forma sintética e analítica, as infrações apuradas na auditoria, com indicação do ICMS devido, totalizado por mês do período fiscalizado.*

*O autuante, quando do lançamento, descreveu com precisão as infrações cometidas, apontando as condutas praticada pelo contribuinte, e tidas como contrárias à norma legal, os artigos infringidos, a previsão da multa sugerida, os prazos para interposição de defesa, ou usufruto do benefício de redução dos percentuais de multa, além de indicar o sujeito passivo, tudo em conformidade com a disposição contida nos artigos 142 do CTN e 39 do RPAF/99, preenchendo, pois, todos os requisitos de validade sob o aspecto formal.*

*Por outro lado, o contribuinte compareceu ao processo, exercendo de forma irrestrita o seu direito de ampla defesa, prova disso é que externou os argumentos que entendia lhe amparar, trazendo fatos e elementos que ao seu entender elidiram a mesma, e exercendo sem qualquer restrição o contraditório, ainda que sob a forma da singela e objetiva peça de impugnação.*

*Registro não ter sido atendido pela defesa o disposto no artigo 8º, § 3º do RPAF/99, quanto obrigação de apresentação de peças processuais em mídia:*

*“Art. 8º As petições deverão conter:*

*(...)*

*§ 3º As peças processuais como defesa, informação fiscal, diligências, perícias, recursos, parecer da Procuradoria Geral do Estado e outras manifestações do contribuinte e do autuante, bem como os demonstrativos e planilhas elaborados pelo autuante, autuado e diligentes ou peritos, referentes a processo administrativo fiscal, deverão ser apresentadas em papel e, também, em disco de armazenamento de dados, em arquivo em formato texto ou tabela, conforme o caso, onde conste cópia exata da peça apresentada”.*

*Ainda que, no momento excepcional em que se vive, nada impediria que o contribuinte cumprisse tal determinação, cujo não atendimento traz diversas dificuldades ao relator, quando da elaboração do relatório do voto ora prolatado.*

*Existem questões preliminares a serem apreciadas, o que passo a fazer neste momento.*

*Inicialmente, quanto as diversas menções defensivas a existência de cerceamento de seu direito de defesa, esclareço que de acordo com o artigo 123, do RPAF/99, é assegurado ao sujeito passivo tributário o direito de fazer a impugnação, o que aconteceu no caso presente, razão inclusive pela qual se examina neste momento a peça apresentada.*

*Dai se infere que o processo administrativo tributário, sob pena de nulidade, obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.*

*No ensinamento de Hely Lopes Meirelles “O essencial é que a peça inicial descreva os fatos com suficientes especificidades, de modo a delimitar o objeto da controvérsia e a permitir a plenitude da defesa. Processo com*

instauração imprecisa quanto à qualificação do fato e sua ocorrência no tempo e no espaço é nulo”.

Além disso, a própria Constituição Federal tantas vezes invocada pela defendant, em seu artigo 5º determina em seu Inciso LV que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Ainda leciona Hely Lopes Meirelles: “defesa é garantia constitucional de todos os acusados, em processo judicial ou administrativo e compreende a ciência da acusação, a vista dos autos na repartição, a oportunidade para oferecimento de contestação e provas, a inquirição e reperguntas de testemunhas e a observância do devido processo legal (due process of law). É um princípio universal nos Estados de Direito, que não admite postergação nem restrições na sua aplicação”.

Dessa forma, conclui-se que a garantia da ampla defesa, seja qual for à natureza do objeto do processo, compreende não só o direito de ser informado, como de igual forma o exercício do contraditório, além do direito à prova legitimamente obtida ou produzida, sendo inequívoco o fato de ter havido a oportunidade de a empresa fazê-lo. Logo, não pode a mesma arguir qualquer prejuízo à sua defesa.

Ao curso de toda a tramitação do feito, a empresa teve não só conhecimento de todos os atos processuais, como a oportunidade de exercer o contraditório, além do que o processo se encontra fartamente documentado no sentido de embasar a acusação fiscal.

A propósito do princípio da ampla defesa, oportuno citar Odete Medauar (*A Processualidade no Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, páginas 105 e 106), quando se posiciona no sentido de que:

“... a Constituição Federal de 1988, alude, não ao simples direito de defesa, mas, sim à ampla defesa. O preceito da ampla defesa reflete a evolução que reforça o princípio e denota a elaboração acurada para melhor assegurar a observância. Significa, então, que a possibilidade de rebater acusações, alegações, argumentos, interpretações de fatos, interpretações jurídicas, para evitar sanções ou prejuízos, não pode ser restrita, no contexto em que se realiza. Daí a expressão final do inciso LV, com os meios e recursos a ela inerentes englobados na garantia, refletindo todos os desdobramentos, sem interpretação restritiva”.

Verifica-se, portanto, que o direito de ampla defesa não está vinculado somente na possibilidade de atuação do administrado no processo administrativo, por meio do contraditório, mas diretamente ligado a outras garantias que lhe possibilitam essa atuação. E pela análise do feito, percebe-se claramente que todas as garantias que poderiam ser oferecidas à empresa, o foram de modo inofensável.

Assim, o princípio da ampla defesa impõe que o julgador administrativo observe a fiel aplicação das normas processuais e de todos os princípios jurídicos incidentes sobre o processo e atinentes ao direito de defesa do contribuinte sendo que a não observância a tais princípios implica nulidade da decisão por cerceamento de defesa. E, repita-se, tal fato não ocorreu ao longo do processo em sua trajetória até o presente momento.

Dessa forma, não há de se falar em existência de qualquer elemento motivador para a decretação da nulidade do processo, exatamente pela obediência não somente aos ritos, como de igual forma, ao sagrado e constitucional direito do sujeito passivo de não só conhecer o teor da acusação fiscal, como, de igual forma, contraditá-lo.

Também não se pode argumentar que o lançamento tributário ofendeu o princípio da legalidade, vez que realizado ao amparo e em consonância com as normas legais, especialmente a Lei Complementar e a legislação estadual, inclusive, e sobretudo, a Lei nº 7.014/97.

De igual forma, o princípio da verdade material foi seguido rigorosamente, sempre se buscando a verdade dos fatos.

Analizando os fólios processuais, verifico que todos os direitos e garantias quanto ao exercício da ampla defesa foram observadas em seu curso, prova disso é que nesse momento analisamos a argumentação defensiva do sujeito passivo, razão pela qual também não se há de falar em violação a qualquer dos princípios do processo administrativo tributário, reitero.

Para a tese de que o demonstrativo elaborado pelo autuante deveria relacionar todas as notas fiscais e considerar os respectivos DAE de pagamento de ICMS substituído, discriminando-os, esclareço que como já dito em momento anterior, na mídia acostada aos autos pelo autuante, devida e regularmente entregue em cópia ao contribuinte conforme recibo por este firmado, constam os elementos necessários para a perfeita identificação e conhecimento pleno das infrações arroladas.

Por pertinência, esclareço, também que a acusação se refere a diversas figuras tributárias, como presunção de omissão de saídas de mercadorias decorrente de levantamento fiscal das operações com cartões de crédito e débito, recolhimento a menor dos valores devidos a título de Simples Nacional, consideração de receitas de vendas de mercadorias não sujeitas à substituição tributária por antecipação, como se o ICMS já tivesse substituído ou antecipado e consideração de receita tributável como não tributável (imunidade, isenção ou valor fixo).

No caso dos autos, acredito que por equívoco, a empresa aborda em sua defesa substituição tributária e antecipação parcial, o que não é o caso o escopo da autuação.

Quanto aos documentos de arrecadação, que o sujeito passivo entende deveriam ser enumerados, são documentos que se encontram em seu poder, e, como tal, poderiam ser acostados aos autos, nos termos do artigo 142 do RPAF/99:

*“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”.*

Desta forma, não acolho o argumento.

Assim, diante dos demonstrativos elaborados pelo autuante, conforme já explicitado anteriormente, caberia ao autuado apontar e demonstrar a indevida cobrança acaso indevida, mediante apresentação da competente prova.

Os argumentos utilizados pela empresa para tal carecem de qualquer fundamento, não estando presentes nenhum dos elementos motivadores de nulidade previstos na legislação, especialmente nos artigos 18 e 39 do RPAF/99, reitero, inexistindo, pois, motivação real para tal requerimento. Por tais razões, não acolho a preliminar levantada, rejeitando a nulidade do lançamento, e adentrando no seu mérito.

Relativamente ao pedido para realização de diligência para elucidação da matéria ora discutida, indefiro, tendo em vista o disposto no artigo 147, incisos I, alínea “a” e “b” e II, alínea “a” do RPAF/99, segundo o qual:

*“Art. 147. Deverá ser indeferido o pedido:*

*I - de diligência, quando:*

- a) o julgador considerar suficientes para a formação de sua convicção os elementos contidos nos autos, ou quando a verificação for considerada impraticável;*
- b) for destinada a verificar fatos vinculados à escrituração comercial e fiscal ou a documentos que estejam na posse do requerente e cuja prova ou sua cópia simplesmente poderia ter sido por ele juntada aos autos;*

*II - de perícia fiscal, quando:*

- a) a prova do fato não depender do conhecimento especial de técnicos;*
- b) for desnecessária em vista de outras provas produzidas;*
- c) a verificação for impraticável.*

*§ 1º A critério do órgão julgador, o pedido ou proposta de perícia fiscal poderá ser convertido em determinação de diligência, em atendimento ao disposto neste artigo”.*

A desnecessidade da solicitação se pauta no fato de que os dados que serviram de base para o lançamento foram retirados da escrituração fiscal e documentos fiscais emitidos contra e pela empresa autuada, os quais são de seu pleno conhecimento e responsabilidade quanto a emissão e prestação das informações ali contidas (notas fiscais, EFD, e outros documentos em poder do Fisco e/ou disponibilizados pelo contribuinte).

Inexiste fundamentação robusta para amparar tal pedido, e ademais, não conseguiu a defesa indicar de forma e maneira precisa quais seriam os dados do levantamento que contém erros ou equívocos, sequer que os demonstrativos elaborados os possuam, a fim de serem devidamente analisados quando da diligência/perícia, acaso realizada.

Ainda obedecendo aos requisitos legais, importante frisar que tal pedido submete-se unicamente à decisão dos julgadores, conforme reza a legislação em vigor, não sendo, de igual forma, motivo para a solicitação de ofício, o que não é o caso presente.

E não se pode argumentar que tal negativa ora firmada, venha a se constituir em qualquer cerceamento de direito de defesa, inclusive à vista de posicionamento adotado sobejamente nos Tribunais Superiores, de entender no sentido de que a prática de julgar tal ato vem a se constituir em qualquer dificuldade ou cerceamento para a defesa do contribuinte, até pelo fato de que não poder se alegar desconhecimento da legislação.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ), ao analisar o AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 441782 MG 2002/0027327-2 pela 2ª Turma, tendo como Relator o Ministro Franciulli Netto, assim entendeu:

*Ementa: “AGRAVO REGIMENTAL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL – ALEGADO CERCEAMENTO DE DEFESA - NECESSIDADE DE PROVA PERICIAL E REQUISIÇÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO - NECESSIDADE DE REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA - SÚMULA 7/STJ. A matéria escapa do âmbito de cognição do recurso especial, pois necessário seria o reexame do conjunto probatório para se analisar se as provas dos autos são suficientes para a apreciação do pedido formulado, o que encontra óbice no enunciado da Súmula 7 deste Sodalício. Não há que se falar em*

*cerceamento de defesa ou ilegalidade se o juiz indefere a produção de prova pericial e a juntada do processo tributário administrativo ao verificar que o processo está suficientemente instruído. Agravo regimental não provido". (Grifei).*

Já a 5ª Turma do mesmo STJ na análise de matéria afeita a requerimento de realização de diligência, no AGRG NO ARESP 774036 / SP 2015/0219845-4, tendo como Relator o Ministro Ribeiro Dantas, ainda que não tratando de matéria no âmbito tributário, mas de matéria de mesma natureza da ora analisada, assim se manifestou:

*"INDEFERIMENTO DE DILIGÊNCIAS. NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. SÚMULA 7/STJ. EMBARGOS RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que não se acolhe alegação de nulidade por cerceamento de defesa, em função do indeferimento de diligências requeridas pela defesa, porquanto o magistrado é o destinatário final da prova, logo, compete a ele, de maneira fundamentada e com base no arcabouço probatório produzido nos autos, analisar a pertinência, relevância e necessidade da realização da atividade probatória pleiteada. Precedentes".*

Cito ainda trecho da decisão exarada pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região TRF-1 - APELAÇÃO CIVEL 0001459-03.1999.4.01.3300 BA 0001459-03.1999.4.01.3300, julgado pela 7ª Turma Suplementar, e relatado pelo Juiz Federal Carlos Eduardo Castro Martins:

*"A realização da prova pericial destina-se ao convencimento do julgador primário, a quem cabe verificar se a documentação constante dos autos é suficiente à sua convicção, podendo dispensar a produção de provas que entender desnecessárias à formação de seu livre convencimento. O indeferimento de prova irrelevante para o deslinde da causa não constitui nulidade processual. Configura cerceamento de defesa a notificação de lançamento fiscal que não oferece ao contribuinte a oportunidade de impugnar a exação. Remessa oficial não conhecida. Apelação a que se nega provimento".*

No caso presente, a exação foi impugnada, o feito se encontra devidamente instruído, inclusive com os elementos de prova tidos como suficientes para suportar a acusação fiscal, além do que a decisão compete ao julgador, diante de sua análise dos elementos que compõem o processo, os quais tenho como suficientes para prolatar decisão de mérito, motivos pelos quais não acolho o pedido defensivo.

No mérito, antes de qualquer outra análise, observo que tanto a defesa apresentada pelo contribuinte, quanto a informação fiscal prestada pelo autuante, dizem respeito a matéria estranha às infrações ora analisadas, já devidamente apontadas quando do relatório, não constando em qualquer delas assunto relativo a substituição ou antecipação parcial tributária.

Observo, inclusive, serem as mesmas cópias exatas das apresentadas nos Autos de Infração 233085.0038/20-2 e 233085.0039/20-9 já julgados por esta mesma Junta de Julgamento Fiscal, o que justifica plenamente a não abordagem dos aspectos da acusação posta.

Desta maneira, resta prejudicada qualquer análise de mérito, ainda que outros aspectos da autuação colocados pela defesa tenham sido analisados em sede de preliminar, e outros o serão em seguida, como se verá.

Com isso, se constata e conclui que, em razão dos fatos acima apontados, não vieram aos autos quaisquer elementos de prova no sentido de desconstituir as infrações, e, consequentemente, a autuação, o que contribui para a sua manutenção, diante da plena aplicação dos artigos 140, 142 e 143 do RPAF/99:

*"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. 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.*

*Art. 143. A simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal".*

Tal fato encaminha o feito para a sua total procedência.

Tendo o autuado em sua peça de impugnação mencionado o teor da Lei 9.298/96, datada de 01/08/1996, esclareço ter a mesma alterado a redação do § 1º do artigo 52 da Lei 8.078, de 11/09/1990, que "dispõe sobre a proteção do consumidor", sendo que tal Lei (8.078), vem a ser o Código de Defesa do Consumidor (CDC), que regula as relações de consumo, não tendo qualquer alcance, abrangência ou aplicação ao direito tributário, à vista, inclusive de decisões do STJ, como a constante do Agravo em Recurso Especial 397.617/DF, julgado em 1º de abril de 2014, no qual o Ministro João Otávio de Noronha, seguindo entendimento consolidado naquela corte de inaplicabilidade do CDC, quando houver Lei específica que regule a matéria, como é o caso do ICMS.

Além disso, a multa ali estabelecida é de natureza contratual, também matéria estranha ao direito tributário, onde a multa possui caráter legal.

Ressalto, por oportuno, que a relação jurídica tributária entre o contribuinte e o Fisco não se constitui em

relação de consumo, mas de natureza bastante específica e diversa, descabendo tal arguição efetivada pela defesa, o que concorre para a sua não aceitação.

Em relação a menção defensiva ao artigo 630 do Decreto 33.118, de 14 de março de 1991, o qual aprovou o “Regulamento do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – RICMS do estado de São Paulo”, esclareço que além da total incapacidade do mesmo em produzir qualquer efeito no estado da Bahia, à vista das disposições constitucionais do ICMS, por se constituir em legislação interna do estado de São Paulo, estando o seu alcance e aplicação limitado a tal território, foi o mesmo revogado pelo Decreto 45.490, datado de 30/11/2000, em seu artigo 2º:

“Artigo 2º - Este decreto entra em vigor na data de sua publicação, produzindo efeitos a partir de 1º de janeiro de 2001, quando então ficarão revogados o Decreto n.º 33.118/1991 e o regulamento por ele aprovado, com todas as suas modificações e o Decreto 43.738/1998“.

Diante de tal fato, me escuso a tecer qualquer comentário a respeito.

Quanto a discussão encetada acerca da cobrança dos juros de mora, postas pela defesa, além de possuir a devida base legal, apreciada em sede de preliminar, tal matéria se encontra pacificada não somente na legislação, sobretudo no campo da Jurisprudência, uma vez ser o entendimento consolidado no Poder Judiciário, o da possibilidade de sua cobrança, como se denota da decisão abaixo resumida em sua Ementa, dentre as mais diversas existentes:

TRF-1 Apelação Cível AC 60644MG 1999.01.00.060644-1, Segunda Turma Suplementar, Relatora Vera Carla Nélson de Oliveira Cruz, julgado em 27/11/2001, DO de 28/01/2002:

“Ementa: TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. MULTA MORATÓRIA. JUROS DE MORA. CUMULAÇÃO. JURIDICIDADE. CTN. ART. 161.

I. Se o crédito tributário não for integralmente pago no vencimento, são devidos juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta e sem prejuízo das penalidades cabíveis (art. 161 do Código Tributário Nacional).

II. Não há bis in idem na cumulação de juros de mora e multa moratória em face da identidade de pressuposto fático dessas exigências, já que suas naturezas jurídicas são discrepantes: os juros de mora tem caráter resarcitório, enquanto a multa de mora, muito embora esteja também afeta a disponibilidade do capital, é, ontologicamente, uma sanção, que, vale enfatizar, não se desvirtua pelo fato de se distinguir da multa por infração em consequência da nuance compensatória.

III. Apelação improvida”.

De igual modo, o STJ, a exemplo da decisão contida no REsp. 220.859/SC, relatado pelo Ministro Garcia Vieira, o qual firma posição no sentido de que “Se o crédito não foi integralmente pago no vencimento, são devidos juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta e sem prejuízo das penalidades cabíveis. É admissível a cumulação de juros de mora e multa”.

Logo, não posso albergar tal argumento.

Diante da menção defensiva à ADI 4.384, esclareço que em sessão virtual de 01/02/2019 a 07/02/2019, por maioria, o pleno do STF, vencido o Ministro Marco Aurélio Melo, acompanhou o voto do relator, Ministro Luís Fux, negando provimento por ilegitimidadeativa ao autor, nos seguintes termos:

“AGRAVO REGIMENTAL NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEGITIMIDADE PARA AJUIZAMENTO DE AÇÕES DE CONTROLE CONCENTRADO. CRITÉRIOS JURISPRUDENCIAIS PARA DEFINIR CONFEDERAÇÃO SINDICAL E ENTIDADE DE CLASSE DE ÂMBITO NACIONAL. DIREITO TRIBUTÁRIO. ARTIGO 13, § 1º, XIII, G, ITEM 2, E H, DA LEI COMPLEMENTAR FEDERAL 123/2006, COM AS ALTERAÇÕES DA LEI COMPLEMENTAR FEDERAL 128/2008. REGIME ESPECIAL UNIFICADO DE ARRECADAÇÃO DE TRIBUTOS E CONTRIBUIÇÕES DEVIDOS PELAS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTO - SIMPLES NACIONAL. ICMS. COBRANÇA DO DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA NAS OPERAÇÕES INTERESTADUAIS. AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS PARA FINS DE REVENDA. AÇÃO PROPOSTA POR ASSOCIAÇÃO CIVIL QUE NÃO SE INCLUI NO ROL TAXATIVO DE LEGITIMADOS À PROPOSITURA DAS AÇÕES DE CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE. ARTIGO 103, IX, DA CONSTITUIÇÃO. ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM. PRECEDENTES. AGRAVO NÃO PROVIDO”.

Desta forma, fica prejudicada qualquer apreciação à arguição defensiva posta, diante da decisão acima exarada.

Quanto a remissão da impugnação ao teor do artigo 13, § 6º, da Lei Complementar 123/06, vejamos a redação ali posta:

“Art. 13. O Simples Nacional implica o recolhimento mensal, mediante documento único de arrecadação,

*dos seguintes impostos e contribuições:*

(...)

*§ 6º O Comitê Gestor do Simples Nacional:*

*I - Disciplinará a forma e as condições em que será atribuída à microempresa ou empresa de pequeno porte optante pelo Simples Nacional a qualidade de substituta tributária;*

*II - Poderá disciplinar a forma e as condições em que será estabelecido o regime de antecipação do ICMS previsto na alínea g do inciso XIII do § 1º deste artigo”.*

*No caso do inciso I, a norma legal nos fala em “qualidade de substituta tributária”, o que se entende apenas em relação a antecipação tributária com encerramento de tributação, o que não é o caso, reitero.*

*O inciso II, por sua vez, traz apenas uma possibilidade, diante da redação “poderá disciplinar”, aí entendido não ser a sua adoção ou regulamentação obrigatória, o que desconstitui o argumento posto.*

*Também não cabe a este órgão calcular acréscimos moratórios ou valor de juros moratórios, por força de seu Regimento Interno, do qual a defesa seguramente tem pleno e total conhecimento, o que prejudica o atendimento do pedido formulado neste sentido.*

*No que diz respeito ao caráter considerado pela defesa como confiscatório das multas sugeridas na infração (75%), observo que dentre os princípios vigentes no processo administrativo, um deles, um de maior importância é o da legalidade, o qual tem a sua gênese na Constituição Federal, artigo 5º, inciso II, ao dispor que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Esse princípio tem forte ligação com o próprio Estado de Direito, uma vez que nele é assegurado o “império da lei” ou “jus imperium”.*

*No campo tributário, este princípio encontra-se devidamente explícito no artigo 150, inciso I da Carta Magna, ao dispor que “nenhum tributo pode ser criado, aumentado, reduzido ou extinto sem que seja por lei”. Desse comando, depreende-se que aos Estados, compete instituir e normatizar os tributos estaduais. Dessa forma, somente a lei poderá diminuir e isentar tributos, parcelar e perdoar débitos tributários, criar obrigações acessórias, sendo necessário que haja competência do ente para que seja válida sua criação, competência esta descrita no próprio corpo do texto constitucional.*

*O professor Roque Antônio Carrazza em seu livro Princípios Constitucionais Tributários. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1998, ensina que “O princípio da legalidade garante, decisivamente, a segurança das pessoas, diante da tributação. De fato, de pouco valeria a Constituição proteger a propriedade privada (arts. 5º, XXII, e 170, II) se existisse a garantia cabal e solene de que os tributos não seriam fixados ou alterados pelo Poder Executivo, mas só pela lei”.*

*E por tais razões, cabe a todos a estrita obediência à norma legal, dentro dos parâmetros e limites estabelecidos na Constituição Federal, a qual, inclusive, determina que os conflitos sejam mediados e decididos pelo Poder Judiciário.*

*Dessa forma, existe todo um conjunto legal, o qual segue regramento específico para a edição e cumprimento das normas, as quais se aplicam indiferentemente a todos independente de qualquer critério. Assim, dentro de cada competência, os entes federativos constroem as normas que hão de vigorar relativamente àqueles tributos que lhes cabem.*

*Nesta seara, a Lei Complementar 123/06, que regula o Simples Nacional, determina em seu artigo 35:*

*“Art. 35. Aplicam-se aos impostos e contribuições devidos pela microempresa e pela empresa de pequeno porte, inscritas no Simples Nacional, as normas relativas aos juros e multa de mora e de ofício previstas para o imposto de renda, inclusive, quando for o caso, em relação ao ICMS e ao ISS”.*

*Tal Lei conceitua, tipifica e determina as regras e percentuais de penalidades a serem aplicadas diante da constatação de descumprimento de obrigação tributária, bem como os percentuais de redução das mesmas, e as condições necessárias para tal.*

*No caso do imposto de Renda, a Lei 9.430/96 assim dispõe:*

*“Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:*

*I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata”.*

*O Agente fiscal, no momento do lançamento tributário, deve, pois, em atenção às normas legais vigentes, aplicar os percentuais previstos para cada uma das infrações verificadas, em nome não somente do princípio da legalidade, como, igualmente, do princípio da segurança jurídica, não estando a sua aplicação sujeita à discricionariedade, senão da Lei.*

*Assim, cabe apenas seguir a lei, sugerindo a multa a ser aplicada, diante do seu caráter legal e cuja aplicação é obrigatória, nos termos da legislação, não estando tal imposição ao talante de quem quer que seja.*

*Por fim, para sepultar qualquer discussão a respeito, frente às colocações defensivas, menciono decisão do STF através da sua 1ª Turma, ao analisar o AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 833.106 GOIÁS, assim decidiu:*

*"TRIBUTÁRIO – MULTA – VALOR SUPERIOR AO DO TRIBUTO – CONFISCO – ARTIGO 150, INCISO IV, DA CARTA DA REPÚBLICA.*

*Surge inconstitucional multa cujo valor é superior ao do tributo devido. Precedentes: Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 551/RJ – Pleno, relator ministro Ilmar Galvão – e Recurso Extraordinário nº 582.461/SP – Pleno, relator ministro Gilmar Mendes, Repercussão Geral".*

*Em tal decisão, o Relator, Ministro Marco Aurélio Melo, assim se manifestou:*

*"A decisão impugnada está em desarmonia com a jurisprudência do Supremo. O entendimento do Tribunal é no sentido da invalidade da imposição de multa que ultrapasse o valor do próprio tributo – Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 551/RJ, relator ministro Ilmar Galvão, Diário da Justiça de 14 de fevereiro de 2003, e Recurso Extraordinário nº 582.461/SP, relator ministro Gilmar Mendes, julgado sob o ângulo da repercussão geral em 18 de maio de 2011, Diário da Justiça de 18 de agosto de 2011.*

*Ante o exposto, dou provimento ao recurso para, reformando o acórdão recorrido, assentar a inconstitucionalidade da cobrança de multa tributária em percentual superior a 100%, devendo ser refeitos os cálculos, com a exclusão da penalidade excedente, a fim de dar sequência às execuções fiscais".*

*Esclareço que a multa aplicada na presente autuação foi de 75%, ou seja, não houve penalidade em valor maior do que o devido a título de imposto.*

*Da mesma forma, por se tratar de descumprimento de obrigação principal, não cabe qualquer afastamento ou redução do percentual aplicado, conforme solicitado, diante da falta de previsão legal.*

*Quanto ao requerimento da empresa autuada no sentido de que fosse suportado pelo notificante, ou seja, o autuante, os custos havidos pela mesma, para a produção da defesa, esclareço não ser possível de atendimento, tendo em vista estarmos diante de processo em apreciação administrativa, de características em alguns pontos diversos dos processos judiciais, inclusive um processo sem custas diretas de tramitação ou de semelhante natureza pelo contribuinte, não podendo ser o mesmo acolhido.*

*Em relação aos argumentos que eventualmente envolvam questões relativas à constitucionalidade, nos termos do artigo 167, inciso I do RPAF/99, este Órgão não possui a devida competência para tal análise.*

*Por fim, diante das reiteradas ameaças postas na peça apresentada de busca do Poder Judiciário, se trata de direito inalienável do contribuinte, em atenção ao preceito constitucional do direito de postulação, cabendo ao próprio fazê-lo, frente ao entendimento de oportunidade e pertinência, nada cabendo a este órgão."*

O Autuado apresentou Recurso Voluntário (fls. 98 a 107), nos termos do Art. 169, I, "b" do RPAF/99, onde, após um breve relato dos fatos, suscitou a nulidade da autuação por cerceamento de defesa em razão de não ter sido reconhecido o seu direito, embora tenha acostado a documentação que o demonstra, não tendo sido observada a existência de pagamento do ICMS antecipado nem feita a discriminação das notas fiscais e respectivos valores que serviram de amparo para o lançamento efetuado.

Também foi decidido pelo não acolhimento do argumento de que o Autuante deveria ter relacionado todas as notas fiscais e respectivos DAEs de pagamentos de ICMS substituído, nem aceita a tela acostada aos autos, extraída de forma incontroversa do sistema da SEFAZ e juntada visando economia processual, bem como foi indeferido o pedido de diligência se omitindo de documentos (pagamentos) que, no mínimo, reduziriam o valor do débito lançado.

No mérito, alegou a inconstitucionalidade da antecipação parcial para as sociedades submetidas ao regime do Simples Nacional, violando o Art. 146, III, "d", c/c o Art. 170, IX e 179, todos da CF/88, conforme Decisão do TJ/BA no Agravo de Instrumento nº 8022936-67.2020.8.05.0000.

Discorreu sobre a confiscatoriedade das multas aplicadas, conforme o Art. 150, IV, da CF/88, violando os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, bem como criando capitalização indevida e onerosidade ilícita pela incidência de encargos moratórios, e afirmou que, pela legislação atualmente em vigor, somente poderia ser aplicada no percentual de 2% (dois por cento) sobre o valor corrigido.

Requeru a improcedência ou a nulidade do Auto de Infração ou, se assim não entender, a conversão do feito em Diligência a fim de apurar as informações prestadas.

Protestou por todos os meios de prova em direito admitido, em especial a juntada de documentos futuros, com fulcro no Art. 369 do CPC.

Posteriormente, o Autuado apresentou nova manifestação (fls. 202 a 208), na qual pugnou pela nulidade absoluta do Auto de Infração por ter sido lavrado por um Agente de Tributos Estaduais, conforme o julgamento da ADI nº 4.233 pelo STF e seus efeitos.

Registra-se a presença na sessão de videoconferência, Srs. Fernando Santos Oliveira Júnior e Carlos Santana que no julgamento exerceram seu direito regimental de sustentação oral.

## VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão que julgou pela procedência do Auto de Infração, lavrado para exigir ICMS e multa em razão do recolhimento a menor do imposto declarado e por omissão de receitas e da falta de recolhimento do imposto por considerar receitas tributáveis, em virtude de imunidade, isenção e substituição tributária por antecipação, como não tributáveis.

Constatou que não foram juntados novos documentos ou quaisquer outras provas após a interposição do Recurso Voluntário, exceto pela manifestação questionando a legitimidade do Autuante.

O STF concluiu o julgamento dos Embargos de Declaração opostos pelo Governador do Estado da Bahia e pela Assembleia Legislativa do Estado da Bahia (ALBA), relativos à ADI nº 4.233, no Plenário, em Sessão Virtual ocorrida no período de 10 a 20/11/2023.

Na decisão da Corte, os ministros acompanharam, à unanimidade, o voto do Relator (Ministro Alexandre de Moraes), oportunidade em que acolheram parcialmente os Embargos de Declaração para modular os efeitos da declaração de constitucionalidade anteriormente publicada, conforme abaixo.

*“Voto: Diante do exposto, NÃO CONHEÇO dos Embargos de Declaração opostos pelo Sindicato dos Servidores da Fazenda do Estado da Bahia SINDSEFAZ e pela Federação dos Trabalhadores Públicos do Estado da Bahia FETRAB e ACOLHO PARCIALMENTE os Embargos de Declaração opostos pelo Governador do Estado da Bahia e pela Assembleia Legislativa do Estado da Bahia, para, modulando os efeitos da decisão embargada, conceder-lhe efeitos ex tunc, a partir da data da publicação do acórdão embargado.” (grifo nosso)*

Assim, como base na decisão tomada no dia 20/11/2023, é possível concluir que a Corte Suprema modulou os efeitos da sua anterior decisão de mérito (Data de Publicação DJE 29/04/2021 - Ata nº 70/2021. DJE nº 80) para que somente produzisse efeitos a partir do dia 29/04/2021, em diante, sem, portanto, retroagir.

Nesse sentido, os Autos de Infração lavrados pelos Agentes de Tributos Estaduais, anteriores ao dia 29/04/2021, NÃO são afetados pela decisão do STF.

Saliento que a conversão do processo em diligência ou perícia não se constitui em direito subjetivo das partes, mas em instrumento a serviço do juízo administrativo, com vistas a esclarecer fatos cujo conhecimento requeira exame de bens ou documentos, não sendo, portanto, um meio de defesa, podendo o perito (diligente) ser definido como um auxiliar do juízo.

Consoante os termos do Art. 147, I, “a” do RPAF/99, indefiro o pedido de diligência, pois os dados constantes no processo são suficientes para a minha apreciação.

O Autuado suscitou a nulidade da autuação em razão de cerceamento de defesa por não terem sido considerados os pagamentos de ICMS relativos à substituição tributária por antecipação que apresentou e por ter sido indeferido o pedido de diligência, bem como por não ter sido apresentada uma relação dos documentos fiscais e respectivos valores que serviram de amparo para o lançamento efetuado.

Preliminarmente, verifico que não se encontra no presente processo nenhum motivo elencado na legislação para se determinar a nulidade do Auto de Infração, tendo o lançamento sido efetuado

de forma compreensível, indicado os dispositivos infringidos e a multa aplicada, bem como não foi constatada violação ao devido processo legal e à ampla defesa, com o imposto e sua base de cálculo apurados conforme os levantamentos e documentos acostados aos autos.

Saliento, conforme já explicado, que a Diligência é um instrumento a serviço do juízo administrativo, e o seu indeferimento não resulta em nulidade.

Destaco que não há nenhuma infração relacionada aos recolhimentos referentes à antecipação tributária, todas exigem o ICMS normal de acordo com o Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, devido a equívocos na Declaração do Simples Nacional, sendo que foram considerados os recolhimentos com o Código de Receita nº 709 - ICMS Simples Nacional.

Portanto, todos os valores indicados foram extraídos dos próprios documentos fiscais emitidos pelo Autuado em contraposição com as receitas declaradas também pelo Autuado e, no caso da Infração 03, com a relação de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito, informado por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, tudo constante dos demonstrativos acostados aos autos e fornecidos ao Autuado.

Somente a Infração 04 é que faz menção ao regime de substituição tributária por antecipação, mas porque exige a diferença do imposto relativo ao Simples Nacional em razão do Autuado ter considerado receitas de vendas de mercadorias não sujeitas à substituição tributária por antecipação, como se o ICMS já tivesse substituído ou antecipado.

Ressalto que esta Câmara não tem competência para declarar a ilegalidade ou constitucionalidade da legislação tributária, nos termos do Art. 125, I e III da Lei nº 3.956/81 (COTEB) e do Art. 167, I e III do RPAF/99, sendo certo que as multas aplicadas estão previstas nos Arts. 34 e 35 da Lei Complementar nº 123/06 e no Art. 44, I da Lei Federal nº 9.430/96, e que a antecipação tributária parcial consta do Art. 12-A da Lei nº 7.014/96.

Diante do exposto, afasto as nulidades suscitadas e voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração nº 233085.0040/20-7, lavrado contra **CITYTEC COMÉRCIO E REPARAÇÃO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$ 60.360,55, acrescido da multa de 75%, prevista no art. 44, I da Lei nº 11.488/07, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 30 de janeiro de 2024.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

MARCELO MATTEDE E SILVA – RELATOR

MARCELO CARDOSO DE ALMEIDA MACHADO – REPR. DA PGE/PROFIS