

A.I. Nº - 088568.0030/22-0
AUTUADO - ESQUINA BAIXA DOS SAPATEIROS 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 - INTERNER 13/05/20204

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0086-02/24-VD

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. RECOLHIMENTO EFETUADO A MENOS. Os argumentos defensivos não são capazes de elidir a infração, cujo fato gerador ocorreu nos termos do art. 12-A da Lei nº 7.014/96. Afastada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração foi lavrado em 30/09/2022, para exigir o crédito tributário no valor histórico de R\$ 258.783,53, acrescido da multa de 60% tipificada no art. 42, inc. II, alínea “d” da Lei nº 7.014/96, pela constatação da infração a seguir descrita.

INFRAÇÃO 01 – 007.015.002: Recolheu a menor antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação com fins de comercialização, para fatos apurados em junho a dezembro de 2020.

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

A autuada através de seu representante, apresentou impugnação ao lançamento, fls. 21 a 35, na qual relatou os fatos e afirmou que o Auto de Infração não deve subsistir, uma vez que, além da ausência da demonstração das operações, constatou a existência de nulidades.

Explana acerca dos direitos consagrados na Constituição Federal e os princípios estabelecidos no seu art. 37, que a administração pública deverá observar: aos Princípios da Legalidade, Impessoalidade, Moralidade, Publicidade e Eficiência.

Transcreve o art. 142 do Código Tributário Nacional, doutrina de Paulo de Barros Carvalho sobre o lançamento, entendendo ser este um ato jurídico administrativo e sobre a motivação, princípio atrelado aos fundamentos que ensejam a celebração do ato. Sobre o tema, motivação dos atos administrativos, transcreve lição de Hely Lopes Meireles, afirmando que as decisões administrativas devem ser motivadas formalmente e deve vir precedida de uma explicação ou exposição dos fundamentos de fato e de direito.

Conclui que sendo o lançamento um ato jurídico administrativo, caberia ao Administrador Público, ao constituir o crédito tributário, fazê-lo de modo que fiquem demonstrados os fatos que ensejaram o ato, o que não ocorreu no presente caso, pois o autuante não demonstrou de maneira satisfatória a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, ou seja, não houve o apontamento seguro de quais operações e documentos foram a base para a infração.

Volta a recorrer aos ensinamentos de Paulo de Barros Carvalho, desta vez sobre a caracterização e demonstração da ocorrência do fato jurídico e sinaliza que, no caso em análise, a forma como a Autoridade Administrativa realizou o lançamento não foi apta a demonstrar os motivos que culminam na exigência, que deveria ter demonstrado cabalmente todas as circunstâncias fáticas e

apresentado os documentos comprobatórios que justificasse a lavratura do Auto de Infração, o que não ocorreu.

Ao tratar das multas aplicadas, ressalta o seu caráter confiscatório e leciona que na aplicação da multa deve haver respeito ao aspecto de proporcionalidade entre o dano e o ressarcimento, conforme lição transcrita de Sacha Calmon Navarro.

Relata que o Direito brasileiro contempla alguns casos de multa elevadíssimas onde os percentuais facilmente chegam a 100%, e até 300%.

Lembra que a fixação das penalidades e dos respectivos valores é atribuição do legislador, sendo que a Constituição proíbe o confisco, a não ser nos casos expressos autorizados pelo constituinte e seu legislador complementar.

Reproduz doutrina de Norberto Bobbio e ressalta que as multas aplicadas ao caso em comento são um castigo ao contribuinte, que lhe obrigam ao maior sacrifício.

Lembra que a Constituição Federal veda a utilização do tributo com efeito de confisco, que se aplicando uma interpretação extensiva e sistemática, se aplica também às multas, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal, externado no AI-Agr. 482281, ementa reproduzida.

Aponta que as multas aplicadas são dissonantes da Constituição Federal, pois além da empresa se enquadrar no Simples Nacional é penalizada duplamente pelo mesmo fato e, em altíssimo valor. Assim, caberá ao julgador diminuir as multas aplicadas ao caso e, e se agir de maneira diversa prestigiará patente inconstitucionalidade.

No tópico “*DO LIMITE MÁXIMO FIXADO POR NORMA FEDERAL (TAXA SELIC) INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL DA LEGISLAÇÃO ESTADUAL.*”, diz 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, entendimento que prevaleceu na Corte, no julgamento da ADI 442/SP, cuja ementa segue copiada.

Conta 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 3%.

Lembra que dispõe o art. 95, § 5º, da Lei nº 6.374/89 e conclui que todas as normas que considera taxa de juros superior à SELIC, devem ser banidas do ordenamento jurídico.

Ao tratar do direito ao crédito fiscal do ICMS, discorre acerca do princípio constitucional da não cumulatividade do ICMS, reproduz lição de Roque Carraza sobre a matéria, que evidencia o direito do contribuinte de efetuar a apuração de créditos de ICMS que posteriormente será utilizado como “*moeda de pagamento*” do imposto e complementa com doutrina de Paulo de Barros Carvalho.

Aponta que no presente caso, uma vez inexistindo a devida comprovação da invalidade dos créditos de ICMS, é certo que o Auto de Infração deve ser anulado, pois a legitimidade dos créditos apurados pela autuada encontra guarida na legislação.

Sinaliza que a Fiscalização, considerando como indevidos os créditos da autuada, desconsiderou, por completo, o que determina o princípio da não cumulatividade, se revelando aquele ato inconstitucional e ilegal por ofensa ao art. 19, da Lei Complementar nº 87/96.

Requer que seja declarado nulo o Auto de Infração, em razão de ofensa ao art. 142 do CTN e, 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. 40 a 45, na qual, após reproduzir resumidamente os argumentos da defesa, registrou que o Auto de Infração foi desmembrado cumprindo o que determina o art. 40 do RPAF/99.

Informa que a empresa foi indicada para fiscalização por ter sido excluída do Regime Simples Nacional, com fundamento no art. 3º, § 4º e art. 28 a 30 da Lei Complementar nº 123/2006, c/com o art. 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 participa com mais de 10% do capital de outra empresa não beneficiada pela Lei Complementar nº 123/2006, cuja receita bruta global ultrapassou o limite estabelecido no art. 3º, inc. II do, conforme *Histórico do Simples Nacional*, anexo. Informa que foram lavrados os Autos: nº 0885680030/22-0 e nº 0885680029/22-2.

Complementa que, excluída do Simples Nacional a partir de 2019, a empresa passou a ser obrigada a realizar apuração do imposto pelo regime da conta corrente fiscal, razão pela qual a intimou para apresentar a Escrituração Fiscal Digital - EFD e demais obrigações previstas na legislação.

Garante que todos os demonstrativos constantes do presente processo foram elaborados com base nos documentos fiscais da autuada, conforme os Termos de Intimação e de Ciência no DT-e, fls. 04 a 12.

Aduz que a cobrança da multa ocorreu após não atendimento das intimações, principalmente pela não apresentação da EFD. O que motivou o refazimento da conta corrente fiscal e apuração do ICMS devido, baseado nas compras e vendas de mercadorias existentes nos Sistemas da SEFAZ.

Acrescenta que aplicou multa por descumprimento de obrigações acessórias em Auto de Infração desmembrado, tendo como respaldo legal o RICMS/2012, cujas multas encontram-se prevista na Lei nº 7.014/96 e, além do presente Auto de Infração, foram lavrados os de nºs 2068810032/22-8 e 2060010031/22-1.

Explica que foram anexados aos autos o demonstrativo que detalham as infrações cometidas, ou seja, o Demonstrativo da Falta de Recolhimento da Antecipação ou recolhimento a menor, fl. 13, tendo sido fornecido fotocópias em planilhas gravadas em meio magnético, conforme declarado pela autuada à fl. 02.

Quanto as preliminares de nulidade arguidas, diz que o Auto de Infração se encontra em total consonância com o RICMS/BA e com o RPAF/99. Para cada irregularidade consta o enquadramento legal e o artigo da multa aplicada como prevê a Lei nº 7.014/96.

Em relação a arguição de desproporcionalidade e inconstitucionalidade da multa aplicada e do efeito confiscatório, afirma que não deve prosperar, tendo em vista que a multa aplicada está prevista na Lei nº 7.014/96, e conforme disposto no art. 167 do RPAF/BA, não se incluem na competência do 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.

Complementa que a aplicação de multa por descumprimento de obrigação acessória é de fundamental importância para a Administração Tributária, visando o controle da obrigação principal.

Ressalta que a multa aplicada no presente Auto decorreu de descumprimento da legislação do ICMS estando expressamente determinado no art. 42 da Lei nº 7.014/96, assim como a previsão de incidência de acréscimos moratórios sobre os débitos reclamados em lançamento de ofício decorrentes de descumprimentos de obrigação tributária acessória possui previsão legal no art. 102, § 3º da Lei nº 3.965/81 - COTEB e no art. 39 do RPAF/99.

Quanto ao princípio da não cumulatividade, afirma não proceder o argumento da autuada, pois foram atribuídos créditos fiscais decorrentes das compras, débito pelas saídas, deduzidos o imposto que foi recolhido.

Destaca que conforme art. 8º, inc. IV e § 1º do RPAF/99, cabe ao contribuinte apresentar os meios de prova, para demonstrar a veracidade de suas alegações, que não o fez. 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 Auto de Infração, pois falta a prova material, cujo pedido de nulidade se baseia em alegações carente de consistência e não tem previsão na legislação. Ou seja, foi feita apenas com o objetivo de procrastinar o pagamento do débito tributário.

Solicita a procedência total do Auto de Infração 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 ter recolhido a menor a antecipação parcial do ICMS decorrente da aquisição em outras unidades da Federação de mercadorias para fins comerciais, tempestivamente impugnada.

O sujeito passivo é contribuinte do ICMS, inscrito no Cadastro Estadual na condição de Microempresa, não optante do Simples Nacional e explora a atividade econômica de comércio varejista de artigos de papelaria além do comércio atacadista e varejista de chocolates, confeitos, balas, bombons e semelhantes.

Do início da ação fiscal o contribuinte foi notificado através da Intimação pra Apresentação de Livros e Documentos, recebida em 12/07/2022 através do Domicílio Tributário Eletrônico – DT-e, fls. 05 a 12.

A autuada arguiu nulidade do lançamento sob o fundamento de que não houve a demonstração cabal de todas as circunstâncias fáticas e documentos comprobatórios que justificassem a lavratura do Auto de Infração, tendo em vista que o Agente Público, ao proceder ao lançamento não apresentou no seu ato jurídico administrativo do lançamento tributário os elementos caracterizadores da ocorrência das infrações.

Não é o que se observa nos autos, tendo em vista os demonstrativos anexados, gravados no CD, fl. 14, contém todas as informações e dados necessários à perfeita cognição da infração, além de indicar claramente a metodologia de cálculo onde constam abatidos os valores recolhidos a título de ICMS – antecipação parcial.

Constato que a descrição dos fatos foi efetuada de forma compreensível, foram determinadas com segurança a infração e o infrator; foram indicados os dispositivos infringidos e os dispositivos da multa aplicada. Não foi constatada violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos, fatos que descaracteriza por completo o fundamento utilizado pela defesa para sustentar a pretendida nulidade do Auto de Infração, que fica afastada.

Portanto, o processo está revestido das formalidades legais, e não se encontram presentes, motivos elencados nos incisos I a IV, do art. 18 do RPAF/99, capazes de justificar a decretação de nulidade do presente lançamento.

Quanto as alegações da autuada de que: (i) inexistente a comprovação da invalidade dos créditos de ICMS; (ii) são legítimos créditos apurados pela autuada, baseado na legislação; e (iii) considerar como indevidos os créditos da autuada, é desconsiderar o que determina o princípio da não cumulatividade, se revelando um ato inconstitucional e ilegal, ressaltando não ter ressonância da infração apurada: *recolhimento a menor do ICMS antecipação parcial*.

Ademais, destaco que na autuação o Princípio da não Cumulatividade do ICMS foi plenamente respeitado conforme se observa nos demonstrativos e na metodologia de cálculo da diferença apurada.

O mérito da infração não foi contestado pela defesa, tampouco foram questionados os valores apurados como devidos. Assim, cabe aplicar o que determina o art. 140 do RPAF/99, *verbis*:

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.

Em relação ao protesto da defesa por considerar a multa sugerida tem caráter confiscatório, lembro que a multa de 60% sugerida, é a penalidade prevista na Lei nº 7.014/96, art. 42, inc. II, alínea “d” para a infração apurada.

Portanto, estando prevista em lei, não tem este órgão julgador competência para discutir sua aplicação, tendo em vista o disposto no art. 167 do RPAF/99:

Art. 167. Não se incluem na competência dos órgãos julgadores:

I - a declaração de inconstitucionalidade;

II - questão sob a apreciação do Poder Judiciário ou por este já decidida.

III - a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior.

Outro protesto da defesa refere-se ao limite máximo fixado por norma federal, incidente a título de acréscimos moratórios com base na Taxa SELIC e a alegada inconstitucionalidade da legislação estadual nesse aspecto, ressalto que Lei nº 3.956/81 – COTEB, assim determina no art. 102:

Art. 102. Os débitos tributários recolhidos, fora dos prazos regulamentares ficarão sujeitos aos seguintes acréscimos moratórios: (...)

II - se reclamados através de Auto de Infração, 1% (um por cento) por cada mês ou fração seguinte, a partir de 30 (trinta) dias de atraso.

§ 1º Os acréscimos moratórios serão calculados sobre o valor do tributo atualizado monetariamente na data do recolhimento.

§ 2º Os acréscimos moratórios, incidentes a partir de 1º de janeiro de 2001, serão calculados segundo os seguintes critérios: (...)

II - sobre os débitos reclamados em lançamento de ofício, a partir de 30 (trinta) dias de atraso, incidirão acréscimos equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia (SELIC) para títulos federais, acumulada mensalmente até o último dia do mês anterior ao do pagamento, e 1% (um por cento) relativo ao mês em que o pagamento estiver sendo efetuado.

§ 3º A partir de 1º de janeiro de 2006, também incidirão acréscimos moratórios sobre os débitos reclamados em lançamento de ofício decorrentes do descumprimento de obrigação tributária acessória, na forma prevista no inciso II do § 2º deste artigo.

Portanto, sobre os débitos reclamados em lançamento de ofício, que é o presente caso, incidirão acréscimos equivalentes à Taxa SELIC, para títulos federais, conforme determinado no COTEB.

Dessa forma, não cabe acolher o questionamento de inconstitucionalidade da lei estadual, tendo em vista o que estabelece o art. 167, inc. I do RPAF/99, acima transcrito.

Em referência a arguição de que as multas devem ser anuladas, pois são contrárias aos limites constitucionais e legais, saliento que este órgão julgador falece de competência para reduzir ou anular multas aplicadas de acordo com a legislação.

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 **088568.0030/22-0**, lavrado contra

ESQUINA BAIXA DOS SAPATEIROS COMÉRCIO DE ALIMENTOS E DOCES LTDA., devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 258.783,53** acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inc. II, alínea “d”, da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 29 de abril de 2024.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS – RELATOR

ZILRISNAIDE MATOS FERNANDES PINTO – JULGADOR

