

PROCESSO - A. I. N° 232856.0062/08-7
RECORRENTE - FARMÁCIA PLANTÃO DE JEQUIÉ LTDA. (FARMÁCIA PLANTÃO I)
RECORRIDO - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JFJ nº 0045-01/09
ORIGEM - INFAZ JEQUIÉ
INTERNET - 09/07/2009

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0185-12/09

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. O contribuinte reconheceu o cometimento da infração, somente se insurgindo em relação à multa aplicada a qual foi mantida em face de sua previsão legal. Vedado a este foro administrativo, diante das determinações do art. 167 do RPAF/99 (Decreto nº 7.629/99), a apreciação de inconstitucionalidade das normas tributárias deste Estado. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra Decisão da 1ª JFJ que julgou Procedente o Auto de Infração, lavrado em 08/08/2008, que exige o ICMS no valor de R\$6.656,56, acrescido da multa de 60%, pela falta de recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas no anexo 88. Período: dezembro de 2004, janeiro e fevereiro, abril a junho de 2005 e janeiro a maio de 2006.

Constam do autos: “*Demonstrativo da Apuração do ICMS devido por apuração da Substituição Tributária*”, fl. 7, e 11 a 58, cópias das notas fiscais, fls. 59 a 140.

Após apreciar os argumentos de defesa e a informação prestada pelo fiscal autuante, a 1ª. Instância deste Colegiado decidiu pela procedência total da autuação, com base nos seguintes argumentos:

1. o defendente em qualquer momento refutou o cometimento da infração que lhe fora imputada. Ao contrário, afirmou expressamente que, por ter atravessado longo período de dificuldades financeiras, apesar de ter escriturado devidamente as notas fiscais, não procedera ao recolhimento do imposto, ora exigido.
2. Que a defesa se concentrou, basicamente, em torno da multa aplicada de 60 %, *por entender ser a sanção confiscatória e inconstitucional. Para consubstanciar sua tese discorreu extensivamente acerca de diversos princípios constitucionais administrativos, precipuamente, os da razoabilidade, proporcionalidade, capacidade contributiva e da vedação ao confisco. Apresentou fragmentos do pensamento, acerca da matéria, expresso na obra dos juristas Maria Sylvia Zanella Di Pietro, José Afonso da Silva, Luciano Amaro e Ricardo Lobo Torres, para corroborar sua tese de inconstitucionalidade da multa. A arguição de que a multa aplicada tem caráter confiscatório, não subsiste. É importante lembrar que o art. 150, IV da CF, é dirigido ao legislador, o qual não pode criar tributo excessivamente oneroso, expropriatório do patrimônio ou da renda. Entretanto, o referido dispositivo constitucional não impede, entretanto, a aplicação de sanções e execuções de créditos, portanto, não se pode abrigar no princípio que veda utilizar tributo como efeito de confisco o contribuinte*

omisso que lesou o fisco, prejudicando os superiores interesses da coletividade. Em que pese os argumentos expendidos pela defesa, ressalto a legalidade da multa aplicada, tendo em vista que é prevista no art. 42, inciso II, “d” da Lei nº 7.014/96. Especificamente quanto à alegação de inconstitucionalidade e do efeito confiscatório da multa aplicada, esclareço que, conforme expressamente disposto no art. 167, inciso I do RPAF-BA/99, não figura na competência deste órgão julgador, a declaração da legalidade ou da inconstitucionalidade do direito posto, devendo, portanto, ser mantida. Assim, por inexistir nos autos dúvida alguma em relação ao cometimento da infração, bem como diante do reconhecimento do próprio sujeito passivo, e por considerar que a aplicação da multa de 60% afigura-se em plena conformidade com o exposto teor da alínea “d” do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96, a autuação foi mantida.

Após ciência da Decisão da JJF, a empresa apresenta Recurso Voluntário (fls. 179/183), através de advogado, com procuração à fl. 159, observando inicialmente que a administração pública feriu princípios constitucionais no que concerne à aplicação da multa estabelecida, tornando assim o valor exorbitante, não podendo ser honrado.

Diz que escriturou devidamente as notas fiscais e que não procedera ao recolhimento do imposto, já que enfrentou dificuldades financeiras ao longo dos anos. Que ao ser aplicada a multa de 60 % do valor do imposto a recolher, o fisco está impossibilitando, ainda mais, o pagamento do tributo, pois, se não foi possível o pagamento do valor devido tempestivamente, muito menos será com seu valor corrigido e acrescido com pesada multa. E, não havendo possibilidade de pagamento da sanção imputada, em razão do ônus acrescido da multa confiscatória, disse que demonstrava a inconstitucionalidade e ilegalidade do ato praticado pelo estado.

Observa, inicialmente, que o Estado da Bahia, em obediência ao texto constitucional tem autorização para criar tributos, mediante lei e *produzir basicamente dois tipos de normas que versem sobre tributos: i) normas instituidoras de tributos e ii) normas que darão efetividade às primeiras, e no segundo grupo encontra-se nossa atenção.* Porém é no texto constitucional que estas normas encontram seu fundamento de validade. Portanto, como a fiscalização decorre do dever de gestão que o estado tem sobre a coisa pública, ela não se pode ferir princípios magnos em suas normas, como ora combatia. Com este raciocínio, afirmou que a multa aplicada de 60% sobre o imposto exigido configurava-se em uma penalidade totalmente confiscatória, não restando alternativa a este Colegiado senão o de anular o Auto de Infração.

Citando as determinações do art. 150, inc. IV, da Constituição Federal, ressalta que o montante excessivo em relação à suposta infração tributária não se coaduna com o nosso sistema jurídico, pois ela tem, apenas, caráter de penalizar o contribuinte pelo fato de não obedecer à legislação vigente e não de confiscar o seu patrimônio. Além do mais, afronta aos princípios da liberdade de iniciativa, ou de trabalho, de ofício ou profissão, na medida que impossibilita as atividades econômicas do contribuinte.

Ressalta que a atual e anteriores constituições do País foram e é expressa em negar o efeito confiscatório da carga tributária, assim entendido aquele decorrente de ato que vise apreender ou adjudicar, sem indenização, bens pertencentes aos particulares, em favor do Fisco. Neste momento, faz diversas citações dos juristas Aliomar Baleeiro e Bilac Pinto que execraram penas dessa natureza no RE 80.093-SP. Disse que justamente do montante despropositado de penalidade pecuniária, foi que o Profº Sampaio Dória se insurgiu conforme transcreve.

Observa, em seguida, que os princípios da vedação do confisco e da capacidade contributiva do contribuinte constam atualmente do texto constitucional, na parte relativa ao Sistema Tributário Nacional. E, mesmo que a parcela ora impugnada não seja tributo em si, *não se pode negar que os mencionados paradigmas constitucionais não se estendam a todo o sistema tributário, alcançando por inteiro o crédito tributário em sua expressão mais abrangente, como conceituado no art. 113 do CTN. Ou seja, eles atingem tanto os próprios tributos como as penas fiscais.* Recorreu, novamente a ensinamentos de Bilac Pinto e de Aliomar Baleeiro e Hugo de

Brito Machado para afirmar que a interpretação do direito tributário deve ser permeada de equidade, ou seja, *a exclusão do abuso do direito revelado pela aplicação de multas vultosas, porque estas representam, indubitavelmente, sanção confiscatória.*

Ressalta que na atual situação da economia nacional não se poderia permitir a autorização da cobrança de elevadas multas por parte de credores. Observa que desde julho de 1994, quando foi instituído o “Plano Real”, *a inflação brasileira decresceu a índices ínfimos se considerados os percentuais anteriormente praticados. Ressalta que o Governo Federal editou a Lei nº 9.298/96, publicada no DOU de 02.08.96, que aboliu a prática de imposições de multas a índices percentuais não condizentes com a realidade econômica, e reduziu a dois por cento o percentual de multa moratória incidente sobre o valor de qualquer prestação vencida.*

Em face de tudo que alegou, requereu a exclusão total ou a redução da multa de 60% sobre o valor devido. E ao final, espera a total improcedência do Auto de Infração por *não farfalhar ao menor sopro de justiça!*

Em seu opinativo, a PGE/PROFIS (fl. 190) após análise das peças que constituem o presente processo, observa que a infração imputada ao recorrente foi reconhecida, na medida em que ele afirma que adquiriu as mercadorias, registrou a sua entrada, mas não efetuou o recolhimento por impossibilidade financeira.

Quanto à alegação de confiscatoriedade da multa, lembrando que a este CONSEF é vedada a apreciação de inconstitucionalidade da lei, ressalta que a multa aplicada é a prevista na lei estadual para a infração imputada.

Observando que as razões para o não recolhimento do ICMS são metajurídicas, opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário apresentado.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte, conforme previsto no art. 169, inciso I, alínea “b”, do Decreto nº 7.629/99 – RPAF, no sentido de modificar a Decisão de 1ª Instância deste Colegiado para ser cancelada ou reduzida a multa aplicada na irregularidade constatada pela fiscalização referente à falta de recolhimento do ICMS por antecipação nas aquisições interestaduais de mercadorias sujeitas à substituição tributária.

Antes de adentrar nas considerações do pedido do recorrente, resalto que desde a impugnação inicial a empresa reconhece que não recolheu o ICMS ora guerreado pela impossibilidade financeira de o honrar. No seu Recurso Voluntário, embora restrinja sua insubordinação à multa aplicada, no final pede o cancelamento, sem qualquer razão posta, do Auto de Infração. Por ser pedido contrário às provas dos autos e, inclusive, de sua própria confissão, apenas registro o fato.

No mais, todo o Recurso Voluntário se pautou na alegação de que a multa de 60% aplicada pelo descumprimento de uma obrigação tributária principal tinha cunho confiscatório, afrontando a capacidade contributiva do contribuinte, sendo, portanto, inconstitucional. Afirmar que a interpretação do direito tributário deve ser permeada de equidade, ou seja, *a exclusão do abuso do direito revelado pela aplicação de multas vultosas, porque estas representam, indubitavelmente, sanção confiscatória.*

Estes são argumentos que a este foro administrativo é vedada manifestação, conforme comando do art. 167, inciso I, do RPAF/99 (Dec. nº 7.629/99). No mais, a legislação posta (Lei nº 7.014/96) determina:

Art. 41. *Pelas infrações à legislação do ICMS serão aplicadas as seguintes penalidades, isoladas ou cumulativamente:*

I - multa;

II -

Art. 42. *Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:*

II - 60% (sessenta por cento) do valor do imposto não recolhido tempestivamente:

.....

d) quando o imposto não for recolhido por antecipação, inclusive por antecipação parcial, nas hipóteses regulamentares;

Quanto a ser observado o princípio da equidade, como citado pelo recorrente, informo que foi dirigida à Instância deste Colegiado que não tem competência para apreciá-la. O art. 169, § 1º, do RPAF/99 (Decreto nº 7.629/99) determina que *competete à Câmara Superior julgar, em instância única, os pedidos de dispensa ou redução de multa por infração à obrigação principal ao apelo de equidade, nos termos do art. 159*. E este pedido de aplicação de equidade deve ser fundamentado nas condições que o referido Regulamento indica, ser interposto no prazo de trinta dias após a intimação da Decisão do órgão julgador e estar acompanhado da comprovação do pagamento do principal e seus acréscimos (§§ 1º e 2º do citado art. 159 e Decreto).

Diante do que se expôs, meu voto é pela manutenção da Decisão recorrida e pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário interposto.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **232856.0062/08-7**, lavrado contra **FARMÁCIA PLANTÃO DE JEQUIÉ LTDA. (FARMÁCIA PLANTÃO I)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$6.656,56**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de junho de 2009.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS – RELATORA

ÂNGELI MARIA GUIMARÃES FEITOSA - REPR. DA PGE/PROFIS