

A. I. N° - 232856.0062/08-7
AUTUADO - FARMÁCIA PLANTÃO DE JEQUIÉ LTDA.
AUTUANTE - FLÁVIO DO PRADO FRANCO JUNIOR
ORIGEM - INFAZ JEQUIÉ
INTERNET - 27. 03. 2009

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0045-01/09

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 a multa aplicada a qual foi mantida em face da sua previsão legal. Não cabe ao órgão julgador administrativo declarar inconstitucionalidade na legislação tributária estadual. Infração subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 08/08/2008, reclama 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 de 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.

O autuado apresentou defesa, fls. 143 a 152, através de advogado, com procuração à fl. 159, observando inicialmente que a administração pública feriu princípios constitucionais no que concerne a 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 pro ter enfrentado dificuldades financeiras ao longo dos anos. Observa que ao ser aplicado 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.

Informa que não havendo possibilidade de pagamento da sanção imputada, em razão do ônus acrescido pela multa confiscatória aplicada, revela que demonstrará a inconstitucionalidade e ilegalidade do ato praticado pelo estado.

Cida o princípio da razoabilidade e proporcionalidade para ressaltar que não deve ser imposta obrigações, restrições ou sanção em medida superior àquela estritamente necessária o atendimento do interesse público, segundo razoável critério de adequação dos meios aos fins. Ressalta que a autuação afronta estes princípios, haja vista que a aplicação da multa de 60% do valor tributável, além de impossibilitar o recebimento do crédito tributário, impedirá o definitivamente pelo Estado.

Discorre acerca do ato vinculado e da razoabilidade no âmbito administrativo para enfatizar que o administrador não possui margem de liberdade no agir, ou seja, a escolha do mérito do ato foi realizada pela lei, devendo cumpri-la nos seus exatos limites. Acrescenta ainda, que atuando a administração sob o manto da lei, o cumprimento dela é uma atividade automática, importando, na revogação ou anulação de atos que colidem com os princípios.

Destaca que o art. 150, IV, da CF, estabelece a vedação à utilização do tributo com efeito confiscatório. Recorre aos ensinamentos de Ricardo Lobo Torres para assinalar que o confisco equivale a liquidação da propriedade particular e indevida anexação, e, na sua ausência deve se escudar na razoabilidade. Afirma que a multa decorrente do descumprimento da obrigação tributária também se submete a esses patamares constitucionais, mesmo que ela seja repreensiva e sancionatória. Cita também algumas ementas de tribunais superiores de recursos com julgamento favoráveis a sua tese.

Revela que o princípio da capacidade contributiva encontra-se previsto no §1º do art. 145 da CF, segundo o qual os impostos sempre que possível devem ser individualizados de acordo com a capacidade contributiva do sujeito passivo, ou seja, a carga tributária se amoldará aos rendimentos do contribuinte. Também sobre este princípio, cita Roque Antônio Carrazza que, em sua obra “Curso de Direito Constitucional Tributário”, assevera que se for da índole constitucional do imposto, ele deverá obrigatoriamente ter caráter pessoal a ser graduado de acordo com a capacidade econômica, isto é, se a regra matriz do imposto, instituída na CF, permitir, ele deverá necessariamente obedecer ao princípio da capacidade contributiva.

Quanto ao lançamento tributário e a razoabilidade, afirma que o art. 145 do Código Tributário Nacional - CTN permite a modificação do lançamento tributário em dadas situações, inclusive, autorizando a sua correção, se preenchidas as hipóteses do art. 149 e incisos do CTN. Acrescenta ainda, que no presente caso, a proporcionalidade, por ser norma constitucional, é imperativa de ponderação no uso da exação, sendo fator moderador da incidência, não se prestando a dispensar completamente, mas sim a nivelar e evitar a incidência de multas confiscatórias.

Conclui requerendo que seja reformado o Auto de Infração no que tange a multa aplicada.

O autuante, ao prestar sua informação, fl. 164, afirma que o autuado, em sua defesa, diz que escriturou e reconhece que o recolhimento da substituição teria que ser efetuado. No que diz respeito à contestação alinhada pela defesa, ressalta que ela cuida única e exclusivamente em relação à multa de 60% aplicada, sob a alegação de tratar-se de inconstitucionalidade e ilegalidade do ato do Estado. Assevera que as alegações acerca da aplicação da penalidade fogem de sua alçada de decisão, e que cumprira o que determina a alínea “d” do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Finaliza requerendo a procedência do Auto de Infração.

VOTO

O presente lançamento de ofício exige o ICMS pela falta de antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da federação, relacionadas no anexo 88.

A defesa em nenhum dos seus argumentos articulados 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 no presente Auto de Infração.

O autuado concentrou enfaticamente toda sua argumentação defensiva 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 omissos 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 expresso teor da alínea “d” do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96, entendo que restou caracterizada a infração imputada ao autuado.

Pelo acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **232856.0062/08-7**, lavrado contra **FARMÁCIA PLANTÃO DE JEQUIÉ LTDA**, devendo ser intimado o autuado 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, 18 de março de 2008.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – RELATOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – JULGADOR