

A. I. N° - 110428.0022/09-8
AUTUADO - ZADIMEL INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.
AUTUANTE - NEDJMA CRISTINA CIDADE FRANCA DE ANDRADE
ORIGEM - INFAC VITÓRIA DA CONQUISTA
INTERNET - 05.05.10

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0110-04/10

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. PRODUTOS ENQUADRADOS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES DE SAÍDA DO ESTABELECIMENTO INDUSTRIAL. FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. Restou comprovado que o imposto retido foi recolhido após o início da ação fiscal o que elimina o caráter de espontaneidade e obrigação do pagamento da multa correspondente. Não acatado o pedido de dispensa da multa. Infração subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 11/08/09 exige ICMS no valor de R\$105.359,55, acrescido da multa de 150% em decorrência da falta de recolhimento do ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado. Consta na descrição dos fatos que se refere aos meses de maio e junho/09, conforme cópia do livro Registro de Apuração do ICMS e da Declaração e Apuração Mensal (DMA).

O autuado na sua defesa (fls. 28/35), inicialmente discorre sobre a infração e diz que a cobrança é indevida tendo em vista que o valor exigido no Auto de Infração lavrado em 11/08/09 já tinha sido quitado em 03/08/09, ou seja, nove dias antes da sua lavratura compreendendo o valor do principal acrescido de juros e encargos de mora totalizando R\$110.791,61 conforme demonstrativo à fl. 29 e cópias dos DAEs acostados às fls. 36/37.

Com relação à multa imposta de 150%, afirma que não procede tendo em vista que a obrigação foi cumprida antes da lavratura do Auto de Infração; boa-fé em escriturar e apurar o imposto e ter feito o pagamento acrescido de juros e mora.

Além disso, afirma que a multa aplicada com porcentual de 150% vai de encontro ao princípio constitucional do não confisco (art. 5º, XXII da CF) e que já existe na jurisprudência decisões que condenam multas aplicadas em patamar superior a 50%, conforme ações julgadas no STF da ADI 551/RJ e ADI-MC 1075/DF.

Discorre sobre as mencionadas decisões do STF, o princípio do não confisco, limites objetivos e subjetivos de imposição de multas fiscais, transcreve parte de texto do professor José Souto Maior Borges acerca do mencionado princípio e que multas elevadas configuram expropriação da propriedade individual do contribuinte. Transcreve ainda, decisão contida do Agravo Regimental 202.902-8 cujo Relator foi o Ministro Marco Aurélio acatando o argumento do confisco.

Finaliza dizendo que o efeito confiscatório guarda estreita relação com a capacidade contributiva e da proporcionalidade, evitando desembolsos pecuniários abusivos por parte do contribuinte, evitando que o poder de tributar não deve ser entendido como o direito de destruir, não só dos tributos mais também das multas impostas. Requer a improcedência da exigência fiscal.

A autuante na sua informação fiscal (fls. 41/42) inicialmente discorre defensivas e diz que a argumentação do impugnante é inconsistente

que efetuou o pagamento do imposto exigido em 03/08/09 a empresa já estava sob ação fiscal desde o dia 31/07/09, conforme intimação constante da fl. 5 do processo, nos termos do art. 26, III do RPAF/BA.

Afirma que no dia 03/08/09 às 16:26 horas fez consulta no sistema da Sefaz se havia sido recolhido o valor exigido e constatou que a situação continuava a mesma do dia 30/07/09, conforme documento juntado à fl. 8, tendo aguardado a apresentação da documentação solicitada para poder lavrar o Auto de Infração, o que ocorreu no dia 11/08/09. Requer a procedência do Auto de Infração, condenando-se o infrator ao pagamento da multa de 150%, objeto do processo em curso.

VOTO

O Auto de Infração exige ICMS em decorrência da falta de recolhimento do imposto retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado.

Na defesa apresentada o autuado contestou que no momento da lavratura do Auto de Infração já tinha promovido o recolhimento do imposto ora exigido o que foi contestado pela autuante.

Pela análise dos elementos constantes do processo verifico que conforme documento juntado à fl. 8, o estabelecimento autuado foi intimado no dia 31/07/09 para apresentar os livros de Apuração de ICMS; RUDFTO; DAEs e DMAs relativas aos meses de maio e junho/09. Foi acostado às fls. 10/23 cópia do livro RAICMS e DMAs cujos valores exigidos foram apurados pelo recorrente às fls. 10 e 11.

Observo que conforme disposto no art. 26, III do Dec. 7.629/99, considera-se iniciado o procedimento fiscal no momento em que a empresa for intimada por escrito, ao contribuinte, seu preposto ou responsável, para prestar esclarecimento ou exibir elementos solicitados pela fiscalização.

Na situação presente, a fiscalização expediu intimação específica em 31/07/08 (fl. 8) para apresentar livros, DMAs e DAEs para comprovar o recolhimento do ICMS devido por antecipação relativo aos meses de maio e junho/09. Portanto, ao promover o pagamento em 03/08/09 o contribuinte já estava sob ação fiscal o que elimina o caráter de espontaneidade do recolhimento que deveria ter sido feito até os dias 25/06/09 e 25/07/09 respectivamente, sendo, todavia, cabível a imposição de multa de 150% do valor do imposto retido pelo sujeito passivo por substituição e não recolhido tempestivamente, prevista no art. 42, V, “a” da Lei nº 7.014/96. Logo, está correto o procedimento da fiscalização.

No que tange ao argumento de que a multa aplicada é desproporcional e confiscatória, observo que a multa aplicada de 150% é prevista no art. 42, V, “a” da Lei nº 7.014/96, portanto é legal. Com relação à alegação de que a multa de caráter confiscatório é inconstitucional, ressalto que de acordo com o artigo 167, inciso I, do RPAF/BA (Dec.7.629/99), não se inclui na competência deste órgão julgador a declaração de inconstitucionalidade da legislação tributária estadual.

Quanto ao pedido de dispensa do pagamento da multa aplicada, não pode ser acolhido por esta Junta de Julgamento tendo em vista que o pedido de redução de multa decorrente de obrigação principal é de competência da Câmara Superior do CONSEF, nos termos do art. 159, § 1º e art. 169, § 1º do RPAF/BA.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, devendo ser homologado os valores já recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 110428.0022/09-8, lavrado contra **ZADIMEL INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$105.359,55**,

prevista no art. 42, inc. V, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado os valores já recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de abril de 2010.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE/RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – JULGADORA

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - JULGADOR