

**PROCESSO** - A. I. Nº 232132.0003/10-0  
**RECORRENTE** - CIA. DE BEBIDAS DAS AMERICAS - AMBEV  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JFJ nº 0324-02/10  
**ORIGEM** - IFMT – DAT/NORTE  
**INTERNET** - 08/07/2011

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0164-12/11

**EMENTA:** ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. ACORDO INTERESTADUAL. SUBSTITUTO TRIBUTÁRIO NÃO INSCRITO. FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO IMPOSTO NA SAÍDA DA MERCADORIA. Decretação de ofício da nulidade do Auto de Infração, por violação ao disposto no artigo 18, inciso IV, alínea “a”, do RPAF/99, tendo em vista a discrepância entre a acusação fiscal e a ocorrência verificada. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PREJUDICADO**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto em face da Decisão primária que julgou pela total Procedência do Auto de Infração, exigindo ICMS no valor total de R\$16.343,32, acrescido da multa de 150% prevista no art. 42, V, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

O Auto lavrado em 10/04/2010 decorre de uma única infração, qual seja, a falta de recolhimento do ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia.

Da apreciação dos argumentos defensivos trazidos pelo autuado, além das contrarrazões do fiscal autuante, a 2ª JFJ, à unanimidade, decidiu pela procedência da autuação. Entretanto, como o Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte trata, unicamente, da multa aplicada em razão do reconhecido cometimento da infração acima, transcrevo abaixo o trecho do voto do i. relator de primo grau atinente à matéria trazida no referido Recurso Voluntário:

“(…)

*O autuado, contudo, reconhece a infração cometida, recolhendo o imposto conforme documento de arrecadação à fls. 58, datado de 18/05/2010.*

*Insurge-se, contudo, quanto à multa exigida, considerando-a confiscatória com base no art. 150, IV, da CF de 1988.*

*A arguição de que as multas aplicadas têm caráter confiscatório não subsiste. Convém ressaltar 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. Considero pertinente o exame, relativo a essa matéria, da Professora Mizabel Derzi, alinhado em suas notas de revisão da obra de Aliomar Baleeiro, “Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar”, 7ª edição, à fl. 519. Argumenta a professora, didaticamente, que o referido dispositivo constitucional não impede a aplicação de sanções e execuções de créditos. Não se pode abrigar no princípio que veda utilizar tributo com efeito de confisco o contribuinte omissivo que prejudicou o fisco, ferindo os superiores interesses da coletividade.*

*Não há, por conseguinte, o que se falar da violação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, pois, além de serem, no presente caso, corolário do princípio do não confisco, já analisado, não encontram amparo fático, na medida em que as multas aplicadas são adequadamente moduladas para o desestímulo ao descumprimento das obrigações tributárias ora apuradas.*

*É importante lembrar que este órgão não tem competência para afastar a aplicabilidade da Legislação Tributária Estadual, assim como não lhe cabe competência para decretar a inconstitucionalidade de seus dispositivos, no presente caso àqueles relativos à aplicação das aludidas multas, em conformidade com o art. 167 do RPAF/BA.*

*Observo, entretanto, que a tipificação da multa no Auto de Infração se encontra incorreta, vez que o autuante aplicou a penalidade prevista no art. 42, inciso V, alínea “a” da Lei nº 7014/96 no percentual de 150% que se refere a imposto retido e não recolhido, situação esta que não se configura no presente caso, que trata de falta de retenção do imposto, ocorrência que está sujeita a penalidade de 60% prevista no inciso II “e” do referido dispositivo legal, pelo que fica retificada a multa aplicada pelo autuante.*

*Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, devendo ser homologado o quanto recolhido.*

Protocolizado Recurso Voluntário tempestivo, colacionado às fls. 79/82, o contribuinte retorna aos autos para dizer da efetiva abusividade da multa originalmente aplicada – 150%, referindo-se ao princípio da proporcionalidade.

Diz que não resta dúvida de que a aplicação de qualquer multa deve estrita observância aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, sob pena de afronta ao art. 1º da CF/88.

Entende razoável que a multa tenha patamar elevado, contudo, aduz que alíquota de 150% é excessivamente onerosa, representado, pois, o desatendimento à proporcionalidade em sentido estrito, considerando que não pode ser desprestigiada de forma abusiva a proteção à propriedade, veiculada na CF/88, em seu art. 5º, inciso XII.

Prossegue dizendo da afronta ao princípio da razoabilidade, à luz do art. 5º, inciso LIV da CF/88, vez que, *in casu*, restou constatado pela desvirtuação das finalidades sancionatórias e inibitórias para pretender-se uma vantagem excessiva, configurando enriquecimento ilícito por parte do Estado da Bahia, sobretudo porque o ICMS exigido foi recolhido em obediência à base de cálculo fixada pelas normas dos Estados de origem, o que tornaria insubsistente a infração em comento.

Cita decisões de Tribunais superiores.

Por fim, pugna pelo conhecimento e Provimento integral do Recurso Voluntário interposto, para que seja reduzida a multa aplicada a patamar justo.

A PGE/PROFIS, em Parecer da lavra da Dra. Maria Dulce Baleeiro Costa, fl. 90, diz que a peça recursal pode ser considerada ineficaz, vez que discorre sobre abusividade da multa em percentual de 150%, quando a multa já havia sido adequada pela 1ª instância de julgamento deste CONSEF para 60%, correspondente ao art. 42, II, “e” da Lei nº 7.014/96.

Por fim, opina pelo arquivamento do Recurso Voluntário, na forma do art. 10, IV do RPAF ou, na hipótese de afastamento da ineficácia da peça recursal, opina pelo Improvimento do Recurso interposto.

## VOTO

Trata o presente de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte, a rigor do art. 169, inciso I, alínea “b”, do Decreto nº 7.629/99 – RPAF, no sentido de modificar a Decisão da 2ª JFJ deste CONSEF, Acórdão nº 0324-02/10, com o propósito de desobrigá-lo do pagamento do quanto lhe é exigido.

O presente Recurso Voluntário atém-se, unicamente, ao caráter abusivo da multa originalmente aplicada – 150% que, aos olhos do recorrente, atenta contra os princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

Inicialmente, verifico que a descrição dos fatos, trazida pelo autuante e abaixo transcrita, diverge da infração apontada no Auto de Infração em comento, senão vejamos:

Diz a infração, capitulada nas cláusulas 1ª, 4ª e 5ª do Protocolo ICMS 10/92:

*“Deixou de proceder ao recolhimento do ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia”.*

Já na descrição dos fatos, tem-se o seguinte texto:

*“Irregularidades: mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária em virtude do protocolo 11/91, não tendo sido feita a retenção do imposto pelo remetente na condição de sujeito passivo por substituição e sem o recolhimento do icms através do gnre (guia nacional de recolhimento de impostos estaduais)..*

*Mercadorias acompanhadas pelo DANFE 10196 emitido em 07/04/2010 pela Cia de Bebidas das Americas Ambev procedente da cidade de Lagoas-Mg tendo como destinatário Fratelli Vita Bebidas S/A Salvador/Ba insc. 58334980 como prova da infração em favor do fisco.*

*Obs: no DANFE 10196 consta o destaque do ICMS por substituição, porém o remetente não é inscrito no cadastro do ICMS do estado da Bahia na condição de contribuinte substituto”.*

Noto que há gritante divergência entre a acusação e a descrição dos fatos. A primeira acusa o contribuinte de haver deixado de proceder ao recolhimento do ICMS retido, enquanto que na segunda, o contribuinte é acusado de não ter feito a retenção do mesmo imposto. Registro que a descrição dos fatos no Termo de Apreensão e Ocorrências, fl. 5, também contraria a acusação fiscal contida no Auto de Infração.

As divergências apontadas acima têm o condão de atentar fortemente contra o princípio da ampla defesa e do contraditório, vez que não permitem ao contribuinte saber com a certeza e clareza que exige um lançamento fiscal do que está sendo acusado, o que subtrai do Contribuinte a possibilidade de contrariar as acusações que lhe pesam, consequentemente, macula o Auto de Infração.

Em que pese todo o esforço do contribuinte no sentido de demonstrar o caráter abusivo da multa inicialmente aplicada, com o qual intimamente concordo, em verdade, pretende o recorrente adentrar à discussão de inconstitucionalidade da legislação que estatui as multas por descumprimento de obrigação principal – Lei nº 7.014/96. Nesta seara, determina o Regulamento de Processo administrativo Fiscal em seu art. 167, que não se inclui na competência do CONSEF a declaração de inconstitucionalidade, motivo pelo qual deixo de apreciar a matéria. Entretanto, a rigor do art. 159 do RPAF, pode o recorrente, ao apelo da equidade, dirigir à Câmara Superior do CONSEF pedido de dispensa ou redução de multa por infração de obrigação principal.

Por tudo o quanto exposto, de ofício, voto pela NULIDADE do Auto de Infração, o que torna PREJUDICADO o Recurso Voluntário interposto.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar **PREJUDICADO** o Recurso Voluntário apresentado e, de ofício, declarar **NULO** o Auto de Infração nº 232132.0003/10-0, lavrado contra **CIA. DE BEBIDAS DAS AMERICAS - AMBEV**, devendo o processo ser encaminhado à repartição fazendária, para os devidos fins.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de junho de 2011.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

JOSÉ ANTONIO MARQUES RIBEIRO – RELATOR

ROSANA MACIEL BITENCOURT PASSOS - REPR. DA PGE/PROFIS