

PROCESSO	- A. I. Nº 232199.0402/10-2
RECORRENTE	- CIA. DE BEBIDAS DAS AMERICAS - AMBEV
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0345-03/10
ORIGEM	- IFMT – DAT/SUL
INTERNET	- 08/07/2011

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0165-12/11

**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\$12.367,01, acrescido da multa de 60% prevista no art. 42, II, “e” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

O Auto lavrado em 06/04/2010 decorre de uma única infração, qual seja, a não retenção e consequente falta de recolhimento do ICMS, 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 3ª JJF, 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 na defesa reconheceu o débito, aduzindo que já efetuou o pagamento do imposto lançado, e apenas protesta contra a multa aplicada, que considera abusiva. Cita doutrina e jurisprudência. Requer que a multa seja reduzida.*

*A penalidade aplicada tem previsão legal: Lei nº 7.014/96, art. 42, II, “e”. Não é razoável discutir no âmbito administrativo a validade do direito posto.*

*Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, devendo a repartição fiscal homologar o valor já pago.*

Protocolizado Recurso Voluntário tempestivo, colacionado às fls. 80/83, o contribuinte retorna aos autos para dizer da efetiva abusividade da multa originalmente aplicada, referindo-se ao princípio da proporcionalidade.

Diz que não resta dúvida de que a aplicação de qualquer multa deve estar 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 60% 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 insubstancial a infração em comento.

Cita decisões de Tribunais superiores.

Ressalta que, apesar de a Decisão de primeiro grau mencionar no relatório o pagamento efetuado pelo recorrente, a resolução conclui no sentido de que seja ela, recorrente, intimada a efetuar o pagamento do imposto acrescido da multa. Pugna pela homologação do montante recolhido.

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 do procurador Dr. José Augusto Martins Junior, fl. 91/92, diz que a peça recursal discorre, em suma, sobre a alegação de caráter abusivo da multa aplicada à infração.

Diz o ilustre procurador que mesmo diante do fato de a penalidade imposta no presente lançamento ser fixada em patamar elevado, não se pode falar em confisco ou abusividade. Diz que o dispositivo constitucional que proíbe o confisco refere-se ao confisco para o tributo, não para a multa, não se aplicando, portanto, *in casu*, a restrição legal.

Conclui dizendo que multa em questão foi estipulada pelo poder legislativo baiano, não cabendo, portanto, aos órgãos de julgamento administrativo negar vigência a texto expresso de lei.

Opina pelo conhecimento e Improvimento do Recurso Voluntário 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 3ª JJF deste CONSEF, Acórdão nº 0345-03/10, 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 – 60% que, aos olhos do recorrente, atenta contra os princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

Inicialmente, verifico que a descrição dos fatos trazida pelo autuante diverge da infração apontada no Auto de Infração em comento.

Nota 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 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 constitucionalidade 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 constitucionalidade, 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 2<sup>a</sup> 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 **232199.0402/10-2**, 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