

PROCESSO - A. I. Nº 232302.0009/10-0
RECORRENTE - CIA. DE BEBIDAS DAS AMÉRICAS - AMBEV
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5º JF nº 0309-05/10
ORIGEM - IFMT - DAT/NORTE
INTERNET - 12/07/2011

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0180-12/11

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. ACORDO INTERESTADUAL. SUBSTITUTO TRIBUTÁRIO NÃO INSCRITO. FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO IMPOSTO NA SAÍDA DA MERCADORIA. Reconhecida, pelo impugnante, a exigência do imposto e contestada apenas o percentual de multa aplicado. Caracterizado o descumprimento da obrigação principal, mantida a multa exigida, vez que decorrente de imposição legal. Acertada a Decisão de primeiro grau. Tendo em vista que o valor cobrado foi acima do destacado no documento fiscal, o Auto de Infração é parcialmente procedente. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário, interposto contra o julgamento do Auto de Infração lavrado em 10 de abril de 2010, o qual exige ICMS de R\$12.369,62 além de multa no percentual de 150% relativo à seguinte infração:

“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”.

Complementarmente, o autuante informa ter constatado *“falta do pagamento tempestivo do ICMS por substituição tributária, em relação às mercadorias constantes na NFe (DANFE) nº. 010154 de 06/04/2010. Protocolo 11/9. Como sujeito passivo por substituição, o remetente procedeu a retenção do ICMS, porém não efetivou o pagamento”.*

A Decisão atacada, consubstanciada no Acórdão JF 0309-05/10 (fls. 65 e 66), lastreou-se nos seguintes argumentos, para embasar a Decisão proferida:

“Cuida o presente auto de infração da exigência do ICMS retido e não recolhido, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária relativo às operações subsequentes nas vendas de cerveja em lata, NCM 22030000, por força do Protocolo ICMS 11/91, realizadas para contribuinte localizado no Estado da Bahia, através do DANFE nº 10154 sem recolhimento do imposto na saída da mercadoria.

Cumpra lembrar que as operações interestaduais com mercadorias submetidas ao regime de substituição tributária reger-se-ão pelas normas previstas em Acordos, Protocolos e Convênios, nos termos do artigo 9º da Lei Complementar nº 87/96.

Verifico nos autos que o contribuinte expressamente reconheceu a subsistência da obrigação tributária principal exigida no lançamento em apreço, inclusive efetuando pagamento no valor de R\$12.367,07 como comprovam as cópias dos documentos de arrecadação que carrega aos autos às fls. 59 e 60, limitando-se a protestar a multa de 150% do valor do imposto, tipificada pelo art. 42, inciso V, alínea “a” da Lei nº 7014/96, constante no lançamento de ofício, por entendê-la excessiva, abusiva, confiscatória, desproporcional e irrazoável. Portanto, contrária a princípios constitucionais, com o que pleiteia sua redução.

Analizando os autos, constato sua conformação legal tanto no aspecto formal quanto material, sendo que sua legitimidade foi, inclusive, reconhecida pelo autuado.

No que se refere à multa sugerida nos autos, confirmo a sua aplicação por ser a legalmente tipificada para a infração por descumprimento da obrigação tributária principal nele exposta, cuja regular exigência foi reconhecida pelo autuado, uma vez que no DANFE de fl. 06, se vê que o imposto devido por substituição foi

retido pelo autuado e não recolhido tempestivamente em favor da Bahia, estado onde se situa o destinatário da mercadoria. Quanto à questão de sua inconstitucionalidade por afronta aos princípios da não confiscatoriedade, proporcionalidade e razoabilidade, em razão do disposto no art. 167 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia, RPAF, a deixo de analisar, uma vez que, conforme o dispositivo citado, tal discussão não se inclui na competência deste órgão de julgamento administrativo.

No que se refere ao pedido de redução da multa imposta no presente lançamento, a postulação empresarial não pode ser acolhida por esta instância de julgamento, visto que as penalidades vinculadas à exigência de tributo são passíveis de redução, por disposição expressa de lei, ou, ao apelo da equidade, em deliberação da Câmara Superior do CONSEF, a pedido do sujeito passivo, conforme prescreve o art. 159 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99. Em razão da prescrição normativa citada, falece competência a esta JJF para a análise e deliberação do pleito defensivo, ao apelo da equidade. Deverá, portanto, o contribuinte adotar as medidas previstas na citada norma e renovar a sua demanda junto à instância de julgamento competente.

Em face do acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do lançamento tributário, devendo os autos retornar à INFAZ de origem para a homologação dos valores recolhidos”.

Inconformado com tal Decisão, o autuado interpôs Recurso Voluntário (fls. 75 a 78), no qual após breve resumo dos fatos, transcreve trechos da infração, tal como enunciada no lançamento, ratificando todos os termos já colocados na peça de defesa apresentada, insurgindo-se contra o percentual de multa aplicada, arguindo que a mesma contraria o princípio da proporcionalidade, bem como o artigo 1º da Carta Magna.

A seguir, discorre sobre aspectos da proporcionalidade, inclusive sobre os aspectos que entende deva ter a mesma (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), entendendo estar a mesma em percentual elevado, o que desrespeita, igualmente, o princípio da razoabilidade, configurando-se, enriquecimento ilícito.

Cita Decisão do STF em julgamento de Ação direta de Inconstitucionalidade, ao amparo de sua argumentação, para, ao fim, solicitar que a multa aplicada seja ajustada a “*patamar justo*”, em atenção ao princípio da proporcionalidade e não confisco, com o consequente conhecimento e Provimento do Recurso Voluntário apresentado.

Em Parecer de fls. 86 a 88, a PGE/PROFIS, entende que, em que pese o elevado percentual de penalidade imposto, não há que se falar em confisco ou abusividade no caso em epígrafe.

Aduz que a doutrina e a jurisprudência com arrimo na dicção constitucional que veda a aplicação de tributo, com efeito, confiscatório não alcança as multas, que possuem natureza jurídica diversa do tributo, não se aplicando, pois, qualquer restrição legal ao patamar da fixação de multa.

Faz constar que o percentual aplicado encontra respaldo legal, foi estabelecida pelo poder Legislativo, não cabendo aos órgãos administrativos negar vigência a texto expresso de lei.

Conclui que os argumentos trazidos pelo recorrente não são suficientes para modificar a Decisão, razão pelo qual opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO

É objeto do Recurso Voluntário a Decisão de Primeira Instância, qual seja, aquela que diz respeito à 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.

Por ocasião da apresentação de peça defensiva, de fls.16 a 19, o sujeito passivo reconhece a infração, e informa já ter efetuado o pagamento do valor do imposto constante do lançamento, acostando Guia Nacional de Recolhimento de Tributos Estaduais (GNRE) à fl. 59, onde constam as parcelas relativas ao imposto (R\$ 12.119,73), e juros (R\$ 681,13), totalizando R\$ 12.800,86, bem como DAE de fl. 60, relativo ao adicional do Fundo de Pobreza, no valor total de R\$ 247,34, além de acréscimo moratório no valor de R\$ 13,90, insurgindo-se apenas contra o percentual de multa

aplicada, o qual entende abusivo e desproporcional, argumentos que repete por ocasião da apresentação do Recurso Voluntário.

Quanto ao argumento recursal de que as multas possuíam caráter confiscatório, observo que dentre os princípios vigentes no processo administrativo, um deles, dentre os de maior importância é o da legalidade, o qual tem a sua gênese na Constituição Federal, artigo 5º, inciso II, ao dispor que *"ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei"*. Esse princípio tem forte ligação com o próprio Estado de Direito, uma vez que nele é assegurado o "império da lei" ou *"jus imperium"*.

No campo tributário, este princípio encontra-se devidamente explícito no artigo 150, inciso I da Carta Magna, ao dispor que *"nenhum tributo pode ser criado, aumentado, reduzido ou extinto sem que seja por lei"*. Desse comando, depreende-se que aos Estados, compete instituir tributos estaduais. Dessa forma, somente a lei poderá diminuir e isentar tributos, parcelar e perdoar débitos tributários, criar obrigações acessórias, sendo necessário que haja competência do ente para que seja válida sua criação, competência esta descrita no próprio corpo do texto constitucional.

O professor Roque Antônio Carrazza em seu livro *Princípios Constitucionais Tributários*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1998, ensina que *"O princípio da legalidade garante, decisivamente, a segurança das pessoas, diante da tributação. De fato, de pouco valeria a Constituição proteger a propriedade privada (arts. 5º, XXII, e 170, II) se inexistisse a garantia cabal e solene de que os tributos não seriam fixados ou alterados pelo Poder Executivo, mas só pela lei"*.

Por outro lado, juristas do quilate de Celso Bastos e Ives Gandra Martins advogam que o Princípio da Legalidade se apresenta muito mais com característica de garantia constitucional do que de direito individual, pelo fato de não resguardar um bem da vida específico e, sim, garantir ao particular a prerrogativa de rechaçar injunções impostas por outra via que não a da lei.

E, por tais razões, cabe a todos a estrita obediência à norma legal, dentro dos parâmetros e limites estabelecidos na Constituição Federal, a qual, inclusive, determina que os conflitos sejam mediados e decididos pelo Poder Judiciário.

Dessa forma, existe todo um conjunto legal, o qual segue regramento específico para a edição e cumprimento das normas, as quais se aplicam indiferentemente a todos, independentemente de qualquer critério. Assim, dentro de cada competência, os entes federativos constroem as normas que hão de vigorar relativamente àqueles tributos que lhes cabem. E, assim o fez o Estado da Bahia, ao promulgar a Lei nº 3.956/81 (Código Tributário do Estado da Bahia), disciplinou nos artigos 46 e 47, as penalidades à infração da legislação do ICMS.

Com a edição da Lei nº 7.014/96, a qual adequou a legislação estadual aos ditames da Lei Complementar nº 87/96, no seu artigo 40 e seguintes, conceitua, tipifica e determina as regras e percentuais de penalidades a serem aplicadas diante da constatação de descumprimento de obrigação tributária, bem como os percentuais de redução das mesmas, e as condições necessárias para tal.

O Agente fiscal, no momento do lançamento tributário, deve, pois, em atenção às normas legais vigentes, aplicar os percentuais previstos para cada uma das infrações verificadas, em nome não somente do princípio da legalidade, como, igualmente, do princípio da segurança jurídica, não estando a sua aplicação sujeita à discricionariedade, senão da Lei.

Dessa forma, a argumentação do sujeito passivo não pode ser acolhida, diante dos argumentos expostos, não sendo possível o afastamento da aplicação do percentual de multa indicado no lançamento, pois, o mesmo possui estrita base legal.

Caso pretenda a simples dispensa ou redução de multa por infração à obrigação principal ao apelo de equidade, nos termos do artigo 159 do RPAF/99 (ter sido induzido a erro por orientação

ou comportamento de funcionário fiscal, ter agido de boa-fé, diante de razoável e justificada dúvida de interpretação, em razão de ignorância da legislação tributária, tendo em vista o seu nível de instrução e as condições adversas do local da infração, ou agido por força maior ou caso fortuito), deve submeter seu pleito à Câmara Superior deste órgão, a quem cabe tal julgamento, em instância única, nos termos do § 1º do artigo 169 do mencionado dispositivo regulamentar.

Por fim, tendo em vista que a imputação fiscal é de falta de recolhimento do imposto devido na operação, com base em imposto destacado em documento fiscal, no caso presente o DANFE nº. 010154, o qual encontra-se acostado ao processo em cópia de fl. 06, constando o valor do imposto devido por substituição tributária como sendo R\$12.367,07, montante, inclusive, recolhido pelo recorrente, e o valor do imposto lançado no Auto de Infração ser R\$12.369,62, surge uma diferença de exatos R\$ 2,55, provavelmente fruto de cálculo realizado pelo sistema de emissão do Auto de Infração. Em consequência, o mesmo deve ser julgado parcialmente procedente, vez que tal diferença não é de fato devida pelo sujeito passivo, correção que faço de ofício.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e, de ofício, reduzir o débito exigido para julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **232302.0009/10-0**, lavrado contra **CIA. DE BEBIDAS DAS AMERICAS - AMBEV**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$12.367,07**, acrescido da multa de 150%, prevista no art. 42, V, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de junho de 2011.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

IVO MORAES SOARES – RELATOR

ALINE SOLANO SOUZA CASALI BAHIA - REPR. DA PGE/PROFIS