

PROCESSO	- A. I. N° 232199.0404/10-5
RECORRENTE	- CIA. DE BEBIDAS DAS AMÉRICAS - AMBEV
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0367-01/10
ORIGEM	- IFMT – DAT/SUL
INTERNET	- 06/03/2012

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF N° 0015-12/12

**EMENTA:** ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Infração reconhecida. A insurgência do impugnante contra a autuação ficou adstrita à multa indicada no Auto de Infração no percentual de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “e” da Lei nº 7.014/96, por entender que esta tem o caráter confiscatório, sendo excessiva e desproporcional, ferindo direito consagrado na Constituição Federal de 1988. No presente caso, a multa foi corretamente indicada, não tendo este órgão julgador competência para apreciar inconstitucionalidade ou negar vigência de ato normativo emanado de autoridade superior, a teor do art. 125 do Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB, Lei nº 3.956/81. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

### RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso de Voluntário interposto pelo contribuinte inconformado com a referida Decisão, com base no art. 169, I, “b”, do RPAF/BA.

O Auto de Infração, lavrado em 08/04/2010, exige ICMS no valor de R\$ 16.343,23, acrescido da multa de 60%, em decorrência de falta de retenção do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia.

A empresa não se insurge contra a exigência do imposto ora em lide, inclusive recolhendo o devido. Entretanto, não concorda com a multa aplicada, afirmando que esta é abusiva, motivo pelo qual impugna parcialmente a autuação. O autuante, quando presta sua informação fiscal, destaca que essa questão deve ser tratada em foro próprio, onde deverão ser discutidas a constitucionalidade e validade da Lei Estadual.

A 1ª JJF prolata a seguinte Decisão:

*Da análise das peças que compõem o presente processo, verifico que o autuado reconhece o cometimento da infração, inclusive, efetuando o pagamento do imposto exigido, conforme documento comprobatório do recolhimento acostado aos autos.*

*Na realidade, a sua insurgência diz respeito, exclusivamente, à multa de 60% apontada no Auto de Infração, prevista no art. 42, inciso II, alínea “e” da Lei nº 7.014/96, sob o argumento de que esta tem o caráter confiscatório, sendo excessiva e desproporcional, ferindo direito consagrado na Constituição Federal de 1988.*

*Ocorre que, não tem esta Junta de Julgamento Fiscal competência para apreciar e declarar a inconstitucionalidade, bem como negar a aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior, conforme estabelece o art. 125, I e III do Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB, instituído pela Lei nº 3.956/81, abaixo reproduzido, razão pela qual o argumento defensivo não pode ser apreciado:*

*“Art. 125. Não se incluem na competência dos órgãos julgadores:*

*I - a declaração de inconstitucionalidade;*

*(...).*

*III - a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior.”*

*Ressalto que, no presente caso, a multa foi corretamente indicada no Auto de Infração, pois aplicável ao caso da lide, estando prevista na Lei 7.014/96.*

*Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, devendo ser homologado o valor recolhido.*

Inconformada, a empresa apresenta Recurso Voluntário, às fls. 88/91 dos autos, informando da sua tempestividade, esboçando breve histórico dos acontecimentos, e, inclusive, informa reconhecer o imposto devido, tendo providenciado o seu recolhimento. Por consequência, sua irresignação se prende à multa aplicada de 60%.

Afirma que ao contrário do que sustenta a Decisão recorrida, é necessário se reconhecer a abusividade da multa imposta, pois em flagrante afronta ao princípio da proporcionalidade. Afirma ser ato corriqueiro de entender que uma multa por infração tributária, por constituir sanção a ato ilícito, não estaria abrangido pelo princípio da vedação ao confisco, o que albergaria o seu arbitramento em qualquer percentual, por maior que seja. Entretanto, tal entendimento vai de encontro à observância ao princípio da proporcionalidade e ao princípio da razoabilidade, ferindo o próprio *Estado Democrático de Direito, contido no art. 1º da CF/88*.

Diz que não se pode fazer uma leitura estática do ordenamento jurídico constitucional, mas, sim, uma leitura dinâmica, atenta ao texto constitucional como um todo e não como dispositivos isolados. Indicando três aspectos inerentes do princípio da proporcionalidade, afirma ser razoável que a multa (punição por descumprimento de uma obrigação) seja fixada em patamar elevado, mas não que o seja em excessiva onerosidade, sob pena de constituir meio por demais gravoso, em *desatendimento à proporcionalidade em sentido estrito, porque a par do cabimento da sanção não pode ser desprestigiada de forma abusiva a proteção à propriedade, veiculada na CF/88, em seu art. 5º, inciso XII*.

Entende, ainda, que a multa aplicada atenta, de igual forma, ao princípio da razoabilidade, havendo um desvirtuamento de sua finalidade sancionatória e inibitória, criando vantagem excessiva, configurando enriquecimento ilícito. Nesta linha, traz decisões dos tribunais superiores deste País. E, no caso presente, além de tudo exposto, apesar de ter recolhido o exigido pelo Erário, no Acórdão proferido pela 1ª JJF ficou determinado, além do pagamento da multa abusiva de 60%, o pagamento do imposto devido. Entende necessária a homologação do valor recolhido.

Reafirmando a necessidade de ser homologado o pagamento realizado, requer que seja conhecido e provido na sua totalidade o Recurso Voluntário interposto, para que seja reduzida a multa aplicada a patamar justo, em atenção ao princípio da proporcionalidade e do não confisco. Requer, ainda, a produção de provas pelos meios legalmente permitidos, especialmente a posterior juntada de documentos, bem como a juntada do substabelecimento anexo.

No seu opinativo (fls. 98/99) a PGE/PROFIS opina pelo Improvimento do Recurso Voluntário interposto, emitindo o seguinte entendimento:

*Compulsando a peça recursal interposta, verifica-se à saciedade que o recorrente se restringe a suscitar o caráter abusivo e confiscatório da multa aplicada.*

*Impende ressaltar que, todas as alegações versando sobre a inconstitucionalidade da multa não poderão ser apreciadas por este Egrégio CONSEF, em face do art. 167, inciso II, do RPAF/Ba.*

*Ademais, é oportuno frisar que o princípio constitucional que veda a criação de tributo com efeito confiscatório não alcança as multas, eis que, as mesmas possuem natureza jurídica diversa do tributo. São autênticas sanções impostas ao contribuinte com função nitidamente educativa.*

*Na hipótese em tela, a multa aplicada está prevista expressamente no art. 42, inciso II, alínea “e”, da Lei nº 7.014/96, Cumprer observar que a arguição do sujeito passivo relativa à violação dos princípios da*

*razoabilidade e da proporcionalidade não encontra fundamento jurídico, na medida em que a multa aplicada é dotada de caráter legal e legítimo. Vale dizer, a multa foi instituída através de Lei cuja elaboração esteve sob a responsabilidade de representantes eleitos pelo povo.*

Por fim acrescenta, quanto ao pedido do sujeito passivo de homologação dos valores recolhidos, que a Repartição Fazendária deverá proceder a esta homologação, de acordo, inclusive, com a própria Decisão exarada pela JJF.

A empresa junta aos autos (fl. 102/103) procuração da constituição de novos advogados e requer que as futuras publicações sejam efetuadas em nome do seu procurador Bruno Novaes Bezerra Cavalcanti, OAB/PE 19.353, sob pena de nulidade do ato. Informa o endereço do escritório dos seus procuradores localizado em Recife/Pe e afirma que “*as intimações de cunho pessoal deverão ser destinadas a quem de direito*”.

## VOTO

Preliminarmente quanto ao pedido do representante legal do recorrente de que todas as intimações sejam encaminhadas ao seu escritório de advocacia, ressalto que no foro administrativo embora não seja obrigatória a comunicação de intimações e decisões ao advogado da empresa, mas sim à parte envolvida na lide, nada obsta de que seu pleito seja atendido. O órgão competente desta Secretaria de Fazenda poderá enviá-lo comunicações sobre o andamento do presente processo, embora não obrigatória e não ensejando, sua falta, motivo para alegação de cerceamento de defesa, nem tampouco determinará a nulidade do lançamento fiscal, uma vez que a presente lide ainda se encontra na esfera administrativa, a empresa autuada tem endereço e, igualmente, seus sócios, não havendo previsão legal no RPAF/BA para tal comportamento. Portanto, as comunicações desta SEFAZ poderão ser dirigidas a qualquer um, não havendo nestas comunicações “qualquer cunho pessoal” e, sim, interesse público entre as partes.

E, por fim, relembro ao nobre patrono do recorrente de que, conforme determinações legais, as sessões de julgamento deste Colegiado são publicadas no Diário Oficial do Estado (art. 49 do Regimento Interno deste CONSEF) e no site da Secretaria da Fazenda.

Isso posto, o Auto de Infração exige ICMS em decorrência de falta de sua retenção e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia.

O recorrente não se insurge contra a infração detectada. Ao contrário, a reconhece e recolhe o imposto exigido. Entretanto, sob a guarda de ofensa aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, entende que a multa aplicada no patamar de 60% desvirtua a sua finalidade sancionatória e inibitória, criando vantagem excessiva, que, inclusive, configura enriquecimento ilícito, ferindo o próprio *Estado Democrático de Direito*, contido no art. 1º da CF/88.

Inicialmente, cumpre ressaltar que as alegações de inconstitucionalidade apresentadas pelo recorrente não podem ser apreciadas por este foro administrativo diante das determinações do art. 167, inciso II, do RPAF/BA, que assim determina:

**Art. 167.** *Não se incluem na competência dos órgãos julgadores:*

**I** - a declaração de inconstitucionalidade;

.....

**III** - a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior.

Estas determinações estão em perfeita e clara sintonia com as disposições do art. 125, I e III do Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB, como bem expresso pela JJF.

No mais, obedecendo ao princípio da estrita legalidade, a Lei nº 7.014/96 determina a aplicação da penalidade de 60% em relação à infração ora em debate, como abaixo transcrito.

**Art. 42.** *Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:*

**II** - 60% (sessenta por cento) do valor do imposto não recolhido tempestivamente:

....  
e) quando não for retido o imposto pelo sujeito passivo por substituição;

Pelo exposto, resta caracterizada a multa, aplicada de ofício, em decorrência de uma transgressão ao mandamento legal posto na legislação tributária deste Estado e, inclusive, confessado pelo sujeito passivo tributário.

Em relação ao entendimento do recorrente de que a JJF exigiu em duplicidade o imposto ora em lide, pois já o havia recolhido, observo que é posição equivocada. Este Colegiado deve analisar e julgar a infração, independentemente do tributo ter sido, ou não, pago, após o lançamento fiscal. Havendo recolhimento de qualquer valor, este deve ser abatido daquele decidido como exigível. E este abatimento é feito pelo órgão competente desta Secretaria de Fazenda e não por este CONSEF que, apenas, solicita esta homologação, como fez, inclusive, a JJF na Decisão prolatada.

Por tudo exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso para manter em sua íntegra a Decisão recorrida que julgou o Auto de Infração PROCEDENTE, com a aplicação da penalidade de 60% do imposto que não foi recolhido ao Erário em conformidade com as determinações legais vigentes, devendo a Repartição Competente homologar os valores recolhidos.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração nº 232199.0404/10-5, lavrado contra CIA. DE BEBIDAS DAS AMÉRICAS - AMBEV, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$16.343,23, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado o valor recolhido pela Repartição Fiscal competente.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de fevereiro de 2012.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS – RELATORA

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JUNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS