

PROCESSO - A. I. N° 269203.0003/12-2
RECORRENTE - COMPANHIA DE BEBIDAS DAS AMERICAS - AMBEV
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0063-04/13
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 29/07/2013

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0220-12/13

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES DE VENDA INTERESTADUAL DE PRODUTOS ENQUADRADOS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. IMPOSTO RETIDO E NÃO RECOLHIDO. Trata-se de apropriação indébita de valores recebidos de terceiros, na qualidade de substituto tributário, e não repassado ao erário. Efetuado pelo contribuinte o pagamento do tributo. Pedido de redução da multa: matéria não inserida na competência da CJF. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os autos, neste momento processual, de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão da 4ª Junta de Julgamento Fiscal (Acórdão JJF nº 0063-04/13), a qual julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 26/09/2012, exigindo ICMS no valor de R\$28.141,84, acrescido da multa de 150%, decorrente da 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, nos meses de fevereiro e de abril de 2010.

O contribuinte, através de advogado legalmente constituído, formalizou impugnação tempestiva (fls. 18/30), tendo as autuantes prestado a informação fiscal de praxe (fls. 99/101).

Após os trâmites legais, a Junta de Julgamento Fiscal decidiu a lide administrativa na seguinte literalidade:

"No presente Auto de Infração relativo 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, nos meses de fevereiro e de abril de 2010, conforme Cláusulas primeira e quinta do Protocolo ICMS nº 10/92, a acusação fiscal foi reconhecida pelo sujeito passivo, inscrito no Estado da Bahia, na condição de substituto tributário, que, de imediato, procedeu ao recolhimento do imposto e dos juros, e delimita o objeto da lide ao percentual da multa sugerida pela fiscalização."

Cabe destacar que o valor do imposto exigido se refere aos valores do ICMS retido e não recolhido, das notas fiscais 13917, de 28/02/2010; 14984, 15085, 15257, de 03/04/2010, 07/04/2010 e de 12/04/2010, respectivamente, conforme o demonstrativo de fl. 09 e cópias do DANFE de fls. 10 a 13 do PAF.

A multa aplicada pela fiscalização encontra-se tipificada na Lei nº 7.014/96, art. 42, inciso V “a”, que dispõe:

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

V - 150% (cento e cinqüenta por cento) do valor do imposto:

a) retido pelo sujeito passivo por substituição e não recolhido tempestivamente;

Portanto, a multa aplicada é legal, e quanto ao percentual de 150% no qual o sujeito passivo mostra-se irresignado, nesta 1ª instância do Conselho de Fazenda Estadual não possui competência para reduzi-la, pois imposta em decorrência de descumprimento de obrigação principal, sendo que a previsão legal quanto à redução ou cancelamento de multas encontra-se no art. 42, parágrafos, 7º e 8º da Lei nº 7.014/96, como segue:

Art. 42

§ 7º As multas por descumprimento de obrigações acessórias poderão ser reduzidas ou canceladas pelo órgão julgador administrativo, desde que fique comprovado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e não impliquem falta de recolhimento do imposto.

§ 8º Poderá ser proposta ao Conselho de Fazenda Estadual (CONSEF) a dispensa ou redução de multa concernente a infração de obrigação principal, por equidade, conforme o disposto em regulamento.

A multa está adstrita à reserva legal, consoante a dicção do Art. 97, V do CTN, e não se confunde com o tributo. Em verdade a penalidade pecuniária resulta do poder penal do estado, tendo como objetivo resguardar validade da ordem jurídica. Constitui-se em uma sanção de ato ilícito, logo em razão do comportamento devido que não foi realizado.

Desse modo, a penalidade é cobrada em razão do descumprimento de uma obrigação tributária, quer principal quer acessória.

No caso em lide, o sujeito passivo pagou o tributo, por reconhecer a realização do fato gerador, e insurge-se contra a multa exigida em razão de descumprimento de uma obrigação tributária, qual seja, a falta do recolhimento do imposto retido em razão de sua condição de substituto tributário. Apenas no contexto de denúncia espontânea, a incidência da multa estaria intitulada, o que não é o caso. (art. 138 do CTN).

Quanto ao princípio da razoabilidade e da proporcionalidade, invocados na defesa, e atrelados à vedação de confisco, lembro que a multa é graduada de acordo com a gravidade da infração, e com a importância desta para os interesses da arrecadação. Cabe ao Poder Judiciário, atendendo as circunstâncias do caso concreto, reduzir a sanção que considere excessiva aplicada pelo fisco, como tem feito em alguns julgados.

Assim, neste momento da esfera administrativa o pleito do contribuinte não pode ser atendido.

Outrossim, o pedido de redução equitativa ao patamar de 60%, nos termos do art. 42, II “f” da Lei nº 7.014/96, não corresponde a ocorrência de apropriação indébita, de valores de ICMS retidos de terceiros e não repassado ao erário.

Tal infração está enquadrada na Lei nº 8.137 de 27/12/1990, que define os crimes contra a ordem tributária, tipificada no art. 2º, inciso II “deixar de recolher no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos.

Infração procedente com aplicação da multa de 150%, prevista no art. 42, inciso V, alínea “a” da Lei nº 7.014/96, devendo ser homologado o valor do imposto recolhido.

Quanto ao pedido de que todas as publicações e intimações relativas ao caso sejam realizadas em nome do Bel. Bruno Novaes Bezerra Cavalcanti, OAB/PE 19.353, nada obsta ao seu atendimento, mas a não observância não leva à nulidade por falta de previsão legal.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.”

O sujeito passivo, inconformado com a Decisão, interpôs o Recurso Voluntário de fls. 117/129, apresentando, inicialmente, uma breve síntese da ação fiscal e da Decisão recorrida.

Em seguida, suscitou a apropriação, junto ao sistema da Secretaria da Fazenda, do valor correspondente ao imposto exigido mais juros, pago pelo recorrente antes de protocolizar a Impugnação, não tendo a JJF homologado o referido pagamento.

Asseverou que, para a infração descrita pelo Fisco, cujo imposto foi devidamente recolhido, o recorrente foi penalizada com multa aplicada no percentual de 150% sobre o valor principal, sustentando a sua anulação/improcedência, em virtude da exorbitância no percentual aplicado.

Argumentou serem duas as razões que afastam a possibilidade de aplicação de multa em tal patamar: i) a ausência de comprovação de flagrante intuito de fraude e dolo a justificar a aplicação de multa em tela; ii) a excessiva penalidade aplicada, em violação ao princípio do não – confisco.

No que atine ao primeiro tópico, observou que penalidades de tal jaez dependeriam da demonstração, pelo Fisco, do flagrante intuito de fraude e dolo, o que não foi realizado no feito administrativo subjacente, citando, como suporte, Decisão do CARF e evocando o art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96, o qual dispõe sobre a incidência de multa de 60%, em caso de descumprimento de obrigação principal, inclusive com utilização indevida ou antecipada de crédito fiscal, desde que não houvesse dolo.

Quanto à segunda tese, assegurou que as multas aplicadas violavam frontalmente os princípios da proporcionalidade e da limitação do poder de tributar, ou seja, o não confisco, consagrado no art. 150, IV, da CF, trazendo, no específico, entendimentos doutrinários, jurisprudenciais de pretórios estaduais e federais, inclusive informando que em acórdão proferido no meado de 2010, o Supremo Tribunal Federal ratificou o entendimento, confirmado entre 20 e 30% o patamar razoável para a aplicação de multas tributárias.

A par disso, asseverou que não poderia ser diferente, porquanto as multas aplicadas de modo desproporcional serviriam, única e exclusivamente, para usurpar o patrimônio do contribuinte e não como medida educadora, cabendo ao Poder Judiciário fazer as vezes de legislador negativo e afastar a cobrança exorbitante, ante a flagrante afronta à Carta Magna.

Assim, postulou o reconhecimento da improcedência da autuação no que atine à multa fixada, ou subsidiariamente, a sua redução equitativa, a patamar razoável de 60%, nos termos estatuídos no art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96, ou naqueles adotados pela jurisprudência dominante (entre 20% e 30%).

Reiterou o pedido de homologação do pagamento do imposto e juros, bem como o seu lançamento no sistema da SEFAZ e, consequentemente, a extinção do crédito tributário, consoante previsto no art. 156, I, do CTN.

Por fim, pugnou que todas as publicações e intimações relativas ao caso fossem efetivadas em nome do Bel. Bruno Novaes Bezerra Cavalcanti, OAB/PE 19.353, sob pena de nulidade, protestando pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos.

VOTO

Nesta sessão, submete-se a julgamento o Recurso Voluntário formalizado pelo autuado face ao seu inconformismo com a Decisão expressa através do Acórdão de nº 0063-04/13, a qual julgou Procedente o Auto de Infração epigrafado, imputando ao autuado 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, nos meses de fevereiro e abril de 2010.

Com efeito, examinados os autos, constata-se que o sujeito passivo, em nenhum momento da ação fiscal, insurgiu-se contra o mérito da autuação, admitindo, portanto, sua pertinência.

Vale salientar, inclusive, que a obrigação principal foi recolhida, computando-se o principal e juros, conforme atestam os DAES de fls. 94 e 95, porém, tal fato se deu após o início da ação fiscal, retirando, assim, o seu caráter espontâneo.

Entretanto, não houve pagamento da multa de 150% por descumprimento da obrigação principal, estipulada na autuação e mantida pela Decisão de 1ª Instância, tendo o Recorrente, na sua irressignação, protestado tão somente contra o valor da multa aplicada, requerendo a sua redução, por entender ser o percentual abusivo, ferindo os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, tornando-se por demais gravosa, confiscatória e em flagrante afronta a Constituição Federal.

De plano, cumpre destacar que, nesta esfera de julgamento de natureza administrativa, falece competência a este Órgão colegiado para se manifestar acerca das arguições de inconstitucionalidades da peça recursal, nos termos do art. 167, I, do RPAF/BA.

A par disso, o sancionamento hostilizado se encontra taxativamente previsionado no art. 42 da Lei nº 7.014/96, sob o qual, até o momento, não paira qualquer pecha de inconstitucionalidade por irrazoabilidade ou desproporcionalidade dos percentuais de multas nele elencadas.

Outrossim, a postulação de redução da multa imposta no presente lançamento, reiterada na peça recursiva, de igual sorte, não merece acolhimento, 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, na forma estatuída pelo arts. 159 e 169 do RPAF/BA, para onde o sujeito passivo, observadas as condições previstas na referida legislação, poderá encaminhar, no momento oportuno, a sua demanda.

Nesse contexto, apesar de considerar, de fato, elevado o valor da multa lançada, em sede administrativa, à luz do disposto no art. 42, inciso V, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96, a aludida penalidade encontra-se com fulcro na regra legal e compatível com a infração apontada, nada mais havendo para se discutir no específico.

De outra parte, acaso não logre êxito administrativamente, poderá, se, assim desejar o recorrente, ingressar na esfera do poder judiciário, a fim de pleitear o direito alegado.

Deve ser observado o pedido de que todas as publicações e intimações relativas ao processo sejam dirigidas em nome do Bel. Bruno Novaes Bezerra Cavalcanti, OAB/PE 19.353, advogado constituído no feito, entretanto o não atendimento a essa solicitação, não implica a nulidade do Auto de Infração, ao teor do art. 108 do RPAF.

Destarte, com supedâneo nos elementos informativos constantes da procedimentalidade, incapazes de dar amparo às teses apresentadas pelo recorrente, a Decisão proferida pela 4ª JJF deve ser mantida, sem qualquer reforma, no que tange à multa e acréscimos legais incidentes, devendo ser homologados pelo órgão competente, os valores já pagos.

Concludentemente, o meu voto é no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário interposto.

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 269203.0003/12-2, lavrado contra COMPANHIA DE BEBIDAS DAS AMERICAS - AMBEV, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$28.141,84, acrescido da multa de 150%, prevista no art. 42, V, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de julho de 2013.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

VALNEI SOUSA FREIRE – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS