

**A. I. Nº** - 269203.0003/12-2  
**AUTUADO** - COMPANHIA DE BEBIDAS DAS AMÉRICAS - AMBEV.  
**AUTUANTE** - NILCEIA DE CASTRO LINO e SUELY CRISTINA TENÓRIO MUNIZ RIBEIRO  
**ORIGEM** - IFEP COMÉRCIO  
**INTERNET** 11.04.2013

#### **4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

##### **ACÓRDÃO JJF Nº 0063-04/13**

**EMENTA:** ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES DE VENDA INTERESTADUAL DE PRODUTOS ENQUADRADOS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. IMPOSTO RETIDO E NÃO RECOLHIDO. O sujeito passivo requer o cancelamento ou a redução da multa, no que não pode ser atendido nesta 1ª instância do Consef. Trata-se de apropriação indébita de valores recebidos de terceiros, e não repassado ao erário, na qualidade de substituto tributário. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

#### **RELATÓRIO**

O presente Auto de Infração, lavrado em 26/09/2012, reclama ICMS no total de R\$ 28.141,84, e multa de 150%, em decorrência da falta de recolhimento do ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, nos meses de fevereiro e de abril de 2010.

O autuado impugna o AI às fls. 18 a 30, e inicialmente ressalta a tempestividade da defesa, eis que a contagem do prazo iniciou em 06/10/2012 e terminou em 06/11/2012.

Esclarece que em cumprimento ao § 3º do art. 8º do RPAF enviou para o endereço eletrônico [consefprocessos@sefaz.ba.gov.br](mailto:consefprocessos@sefaz.ba.gov.br), a cópia exata da presente impugnação.

Informa que o valor do imposto e dos juros foi recolhido (doc. 03), razão pela qual, com base no art. 156 ,I, do CTN, encontra-se extinto o crédito de parte do auto de infração. Requer que seja devidamente apropriado junto ao sistema da Secretaria da Fazenda.

Apresenta fundamentos para a anulação/improcedência da multa aplicada, em virtude de sua exorbitância, no percentual de 150% sobre o valor principal.

Argumenta que duas razões afastam a possibilidade de aplicação de multa em tal patamar: a) a ausência de comprovação de flagrante intuito de fraude e dolo a justificar a aplicação de multa em tela; b) a exorbitância da penalidade aplicada, em violação ao princípio do não – confisco.

Traz decisões do pretório administrativo, que entendem pelo afastamento da multa ou sua desqualificação, reduzindo seu montante. No mesmo sentido a Lei nº 7.014/96, em seu art. 42, II, "F", aplica a multa de 60%, quando não há dolo, em caso de descumprimento de obrigação principal, inclusive em caso de utilização indevida ou antecipada de crédito fiscal.

Percebe-se ainda que as multas aplicadas violam frontalmente o princípio da proporcionalidade e o princípio constitucional limitador do poder de tributar, qual seja o não confisco, consagrado no art. 150 IV da CF. Traz entendimentos doutrinários, jurisprudenciais, inclusive informando que em acórdão proferido em meados de 2010, o Supremo Tribunal Federal reiterou o entendimento, confirmando entre 20 e 30% o patamar razoável para a aplicação de multas tributárias, o qual, se olvidado, redundaria em violação ao princípio do não confisco. Ressalta que este entendimento vem sendo seguido pelos pretórios federais e estaduais pátrios, que colaciona.

Outrossim, não poderia ser diferente, vez que as multas aplicadas de modo desproporcional servem única e exclusivamente como medida usurpadora do patrimônio do contribuinte e não

como medida educadora. Em tais situações cabe ao Poder Judiciário fazer as vezes de legislador negativo e afastar a cobrança exorbitante, ante sua flagrante inconstitucionalidade.

Requer o reconhecimento da improcedência da autuação, no que atine à multa fixada, ou subsidiariamente, a sua redução a patamar razoável (entre 20% e 30%).

Pugna que todas as publicações e intimações relativas ao caso sejam realizadas em nome do Bel. Bruno Novaes Bezerra Cavalcanti, OAB/PE 19.353, sob pena de nulidade.

Protesta por todos os meios de prova em direito admitidos.

As autuantes prestam a informação fiscal, fls. 99 a 101, e esclarecem que os pagamentos efetuados já foram devidamente apropriados no Sistema de Informações do Contribuinte da SEFAZ, conforme relatório de fl. 102.

Reafirmam que o presente auto foi lavrado em obediência ao que determina o RICMS e a Lei nº 7.014/96. A multa aplicada de 150% sobre o valor do imposto está prevista no art. 42, inciso V, alínea “a” da referida Lei. Salienta que lhes compete apenas exercer a fiscalização em conformidade com os preceitos legais. Solicitam o julgamento pela procedência do auto de infração.

## VOTO

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, no 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 cinquenta 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 irredimido, 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 inibida, 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.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **269203.0003/12-2**, lavrado contra **COMPANHIA DE BEBIDAS DAS AMERICAS - AMBEV.**, devendo ser intimado o autuado 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, 21 de março de 2013.

JORGE INÁCIO DE AQUINO - PRESIDENTE

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – JULGADORA

JOÃO VICENTE COSTA NETO - JULGADOR