

A. I. Nº - 269133.0604/14-0
AUTUADO - SILVER INDÚSTRIA DE BICICLETAS LTDA.
AUTUANTE - JOSÉ CÍCERO DE FARIAS BRAGA
ORIGEM - INFAZ TEIXEIRA DE FREITAS
INTERNET - 25.11.2014

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0219-05/14

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. DADOS INFORMADOS NAS DMA's. Infração parcialmente elidida. Discrepância entre os valores informados nas DMA's de fevereiro, março e maio de 2014 e os dados existentes na escrita fiscal (SPED fiscal). Valores corrigidos através de informações retificadoras. Erros materiais reconhecidos pelo autuante na informação fiscal. Manutenção da multa expressamente prevista na lei de regência do ICMS. Impossibilidade do órgão julgador deixar de aplicar norma vigente no ordenamento ou declarar a inconstitucionalidade em razão de disposições expressas contidas no RPAF/99. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração lavrado em 27/06/2014, para exigir ICMS, no valor total de R\$410.824,90, acrescido de multa de 50%, prevista no art. 42, inc. I, da Lei nº 7.014/96, alterado pela Lei nº 11.899, de 30/03/2010. A peça acusatória contém a seguinte imputação: *“Deixou de recolher o ICMS no(s) prazo(s) regulamenta(es) o imposto declarado na DMA – Declaração e Apuração Mensal do ICMS. Apresentou divergências nos ICMS normal e Substituição tributária informados na DMA e o recolhido de janeiro a maio de 2014, conforme resumo fiscal em anexo, devido a configuração da infração no sistema de Auto de Infração foram somados os valores devidos (ICMS Normal e Substituição tributária) em cada mês para serem lançados no valor histórico da infração e como débito no demonstrativo de débito do Auto de Infração (...)”*

O contribuinte ingressou com defesa em 30/07/2014, através de petição acostada às fls. 13 a 19 dos autos, subscrita por advogado com procuração (doc. fl. 22).

Ao narrar os fatos disse que fiscalização foi efetuada pelo servidor da SEFAZ Estadual, observando que o lançamento tributário decorrente apresentou equívocos que demandariam a revisão do feito.

Essa análise foi feita nas razões de mérito. Declarou que nas competências relativas aos meses de 02, 03 e 05/2014 foram encontradas algumas divergências. Por um equívoco no ato de preenchimento da DMA o imposto foi calculado a maior do que o verificado no fato gerador.

Em 02/2014 o valor do crédito adquirido nas entradas tributadas foi de R\$5.477,55, porém na DMA o preenchimento do Quadro 14 – Apuração do Imposto foi informado R\$4.869,32, ficando o valor do débito a recolher R\$608,23 a maior do que o devido.

Apresentou demonstrativo de cálculo com a seguinte configuração (fl. 53 dos autos):

FATO GERADOR: 28/02/2014 – **VALORES CORRETOS**

APURAÇÃO DO ICMS - DÉBITO DO IMPOSTO

ICMS DESTACADO NAS NF's DE VENDA: R\$51.672,63

ICMS DIFERENCIAL DE ALIQUOTAS: R\$346,06

TOTAL ICMS DÉBITO: R\$52.018,69

APURAÇÃO DO ICMS - CRÉDITO DO IMPOSTO
ICMS APROVEITADO NAS NF's DE COMPRA: R\$5.477,55
TOTAL ICMS CRÉDITO: R\$5.477,55

APURAÇÃO DO ICMS – DÉBITO MENOS CRÉDITO
R\$52.018,67 – R\$5.477,55 = R\$46.541,14

Declarou que a informação é comprovada com o arquivo retificador da DMA 02/2014 anexo (doc. 01), onde as informações ficarão iguais às do SPED desta competência.

Em seguida consignou que na competência de 03/2014 ocorreu à mesma situação. O valor do crédito adquirido nas entradas tributadas foi de R\$17.126,77, porém, na DMA o preenchimento do Quadro 14 - Apuração do Imposto, foi informado R\$16.666,70, ficando o valor do débito a recolher R\$460,07 a maior do que é devido. Apresentou os seguintes cálculos (fl. 61 dos autos):

FATO GERADOR: 31/03/2014 – **VALORES CORRETOS**

APURAÇÃO DO ICMS - DÉBITO DO IMPOSTO
ICMS DESTACADO NAS NF's DE VENDA: R\$58.004,51
ICMS DIFERENCIAL DE ALÍQUOTAS: R\$341,06
TOTAL ICMS DÉBITO: R\$58.345,57

APURAÇÃO DO ICMS - CRÉDITO DO IMPOSTO
ICMS APROVEITADO NAS NF's DE COMPRA: R\$5.477,55
TOTAL ICMS CRÉDITO: R\$17.126,77

APURAÇÃO DO ICMS – DÉBITO MENOS CRÉDITO
R\$58.345,57 – R\$17.126,77 = R\$41.218,80

De igual modo, declarou que a informação acima é comprovada com o arquivo retificador da DMA 03/2014 anexo (doc. 01), onde assim, as informações ficarão iguais às do SPED desta competência.

Mais à frente, em 05/2014, consignou que o valor do ICMS RETIDO nas NF-e's de saídas para a Bahia foi de R\$38.512,65, houve venda para Minas Gerais ref. NF-e's nºs 11128 e 11138, onde o ICMS retido é recolhido antes da mercadoria sair do estabelecimento através GNRE (Guia Nacional de Recolhimentos de Tributos Estaduais).

Na DMA, o preenchimento do Quadro 15, o valor total informado de ICMS retido para Bahia foi de R\$39.682,15, sendo que o correto seria R\$38.512,65, pois o valor de R\$1.169,50 é devido para MG e foi recolhido antecipadamente, conforme informações contidas nas DMA's, GNRE (Doc. 02) e recibo do SPED FISCAL (Doc. 03), anexos.

Pugnou pela retificação dos equívocos apurados, implicando necessariamente na redução dos valores demonstrados na inicial.

Passou em seguida a abordar questões relacionadas ao efeito confiscatório da multa aplicada na infração, no percentual de 50% do valor do imposto (art. 42, inc. I, da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 11.899/2010).

Observou que a Constituição da República veda o emprego do confisco tributário através do art. 150, inc. IV. Que na realidade a norma maior está impedindo que todo e qualquer ente político com poder de imposição fiscal emanado da mesma Carta, venha a cobrar: tributo, contribuições ou penalidades (multas), que tenham nítido e ostensivo caráter confiscatório.

Pontuou que o critério confiscatório do imposto ou da multa, está na total desproporcionalidade entre: o valor da imposição e o valor tributável ou o valor do imposto devido; e em se tratando de multa ou penalidade, afere-se o gravame, confrontando-se o valor do imposto exigido pelo ente político em comparação com a falta ou infração praticada pelo responsável ou contribuinte infrator. A gradação da multa deve ser lógica.

No caso presente, afirmou que o efeito confiscatório é facilmente vislumbrado quando o preposto fiscal imputa a autuada multa de 50% sobre o valor total do débito, perfazendo um total exorbitante pelo simples atraso no recolhimento do tributo, o que hoje, nada condiz com a

realidade econômica brasileira, propiciando um enriquecimento ilícito, fato que o Direito abomina e repudia.

Que não está aqui se falando em não apenar o contribuinte que atrasa o cumprimento de suas obrigações em detrimento daquele pontualmente adimplente. O que se busca aqui é uma proporcionalidade entre a infração e a penalidade. Disse ser muito fácil se vislumbrar essa desproporcionalidade quando se visualiza situações análogas.

Fez as seguintes digressões: *“Imaginemos que agora o contribuinte esteja na condição de credor, pois venceu litígio judicial. Se o devedor não cumprir a determinação de pagamento da justiça no prazo adequado, ele terá sua dívida acrescida de 10% por força do art. 475-J do CPC, o que é extremamente razoável, pois consegue punir a mora do devedor e ao mesmo tempo dar uma compensação ao credor sem enriquecê-lo”*.

Neste sentido, citou a doutrina vem se pronunciando ao longo do tempo, com base em decisões dos tribunais, conforme abaixo reproduzido:

Num Estado Democrático de Direito, devidamente fundamentado no art. 1º da nossa Carta Política, não há espaços para o confisco, seja de que ordem for, tributária ou não. As multas tributárias não refogem a isso.

Américo Lacombe afirma textualmente que: “é certo que a Carta vigente, no art. 150, IV veda à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a utilização de tributo com efeito de confisco, donde decorre que o confisco em si mesmo será vedado, ainda que não seja consequência de tributo”.

Vale dizer, não é só confisco tributário que está vedada em nosso ordenamento jurídico, mas qualquer forma de expropriação da propriedade sem justa indenização. E isso pode ocorrer por meio de multas tributárias com valores abusivos.

(...)

No entender do ilustre Sacha Coêlho, a multa exacerbada, que excede os limites da razoabilidade, é confiscatória e, portanto, inconstitucional.

(...)

São diversos os casos registrados em decisões de nossos Tribunais que reduzem o valor ou percentual da multa aplicada, seja quanto às multas moratórias, seja quanto às multas decorrentes de sonegação.

(...)

Quanto a multa moratória, decorrente, portanto, do atraso do pagamento, ultrapassa o limite de 30% (trinta por cento) do valor do tributo exigido, nossos Tribunais, em diversas oportunidades têm entendido que ela assume efeitos confiscatórios.

(...)

Coerentes com a nossa melhor doutrina já explicada em tópico precedente, as decisões de nossa Corte Maior também têm entendido que a multa, ainda que decorrente de sonegação (e não de mero atraso no pagamento de tributo), também deve obediência aos limites da razoabilidade. É o que devemos ver da decisão proferida pelo Min. Ilmar Galvão, do STF - Supremo Tribunal Federal -, nos autos da Ação direta de Inconstitucionalidade 00005511/600 (...)

Ratificando o posicionamento doutrinário acima, transcreveu trecho do voto da Exm^a Min. Ellen Gracie, do STF, no julgamento do RE 220.284-6/SC:

(...) este Tribunal, deparando-se com multas demasiadamente onerosas, reduziu-as de 100% para 30%, do que é exemplo o RE 81.550, julgado em maio de 1975. Considerou, então, que deveria haver uma compatibilização com a utilização do instrumento da correção monetária, que já compensava a perda do valor aquisitivo da moeda. Já no RE 220.284-6/SC, julgado em maio de 2000, reconheceu a constitucionalidade de multa de 30% (...)

Estivéssemos, agora, nos deparando com multa de 40% ou mesmo de 30%, não hesitaria em entender que atualmente não poderiam perdurar. Quanto à multa de 20%, é, sem dúvida, pesada para o contribuinte inadimplente. Mas tenho que não se deve ir ao ponto de dizê-la inválida. A relação tributária não é equiparável às relações de consumo. A obrigação de pagar impostos consubstancia dever fundamental.

Pelo explanado, afirmou ser imperiosa a declaração de inconstitucionalidade da multa aplicada, para que se aplique um percentual em consonância com o princípio da proporcionalidade sob o prisma da razoabilidade.

Ao concluir a peça defensiva formulou pedido pelo recebimento da defesa, dando-se provimento às correções apontadas para corrigir os valores dos impostos, bem como anular/reduzir a multa aplicada.

Foi prestada informação fiscal em 20/08/2014, juntada à fl. 100 do PAF. O autuante registrou concordar com os termos da defesa no que diz respeito às divergências de pequeno valor, constantes das DMA's relativas ao meses de fevereiro, março e maio de 2014.

Entretanto, sobre as questões doutrinárias acerca do efeito confiscatório da multa aplicada afirmou não caber essas arguições na esfera administrativa.

Ao finalizar a peça informativa pediu pela Procedência deste Auto de Infração.

VOTO

O Auto de Infração em lide foi lavrado para exigir ICMS, no valor total de R\$410.824,90, acrescido de multa de 50%, prevista no art. 42, inc. I, da Lei nº 7.014/96, em razão do contribuinte ter deixado de recolher o ICMS no(s) prazo(s) regulamenta(es), declarado na DMA – Declaração e Apuração Mensal do ICMS. Apurou-se, na ação fiscal, divergências nos ICMS normal e Substituição tributária informados na DMA e o recolhido entre janeiro e maio de 2014, conforme resumo fiscal juntado na peça acusatória.

Na fase de defesa o contribuinte, através de seu patrono, apurou inconsistências no levantamento fiscal, relacionados aos meses de fevereiro, março e maio, visto que houve equívoco no preenchimento das correspondentes DMA's (Declarações de Apuração Mensal do ICMS), em confronto com os dados lançados na escrita fiscal (SPED fiscal), fato que ensejou a retificação das referidas declarações.

O autuante reconheceu as divergências apontadas na peça defensiva, com o seguinte detalhamento:

Mês de fevereiro/2014 (ICMS normal- fl. 53 dos autos):

FATO GERADOR: 28/02/2014 – **VALORES CORRETOS**

APURAÇÃO DO ICMS - DÉBITO DO IMPOSTO

ICMS DESTACADO NAS NF's DE VENDA: R\$51.672,63

ICMS DIFERENCIAL DE ALÍQUOTAS: R\$346,06

TOTAL ICMS DÉBITO: R\$52.018,69

APURAÇÃO DO ICMS - CRÉDITO DO IMPOSTO

ICMS APROVEITADO NAS NF's DE COMPRA: R\$5.477,55

TOTAL ICMS CRÉDITO: R\$5.477,55

APURAÇÃO DO ICMS – DÉBITO MENOS CRÉDITO

R\$52.018,67 – R\$5.477,55 = R\$46.541,14

Mês de março/2014 (ICMS normal – fl. 61 dos autos):

FATO GERADOR: 31/03/2014 – **VALORES CORRETOS**

APURAÇÃO DO ICMS - DÉBITO DO IMPOSTO

ICMS DESTACADO NAS NF's DE VENDA: R\$58.004,51

ICMS DIFERENCIAL DE ALÍQUOTAS: R\$341,06

TOTAL ICMS DÉBITO: R\$58.345,57

APURAÇÃO DO ICMS - CRÉDITO DO IMPOSTO

ICMS APROVEITADO NAS NF's DE COMPRA: R\$5.477,55

TOTAL ICMS CRÉDITO: R\$17.126,77

APURAÇÃO DO ICMS – DÉBITO MENOS CRÉDITO

R\$58.345,57 – R\$17.126,77 = R\$41.218,80

Mês de maio/2014 (ICMS-ST – fls. 68 a 79 dos autos):

ICMS retido: R\$39.682,15 – R\$1.169,50 (recolhido antecipadamente para MG, via GNRE) = R\$38.512,65 (ICMS-ST devido).

Com as alterações promovidas acima, o Auto de Infração passou a ter a seguinte configuração:

MESES	ICMS NORMAL (R\$)	ICMS - ST (R\$)	TOTAL	MULTA
JAN/14	45.963,01	32.334,85	78.297,86	50%
FEV/14	46.541,14	26.408,84	72.949,98	50%
MAR/14	41.218,80	29.345,02	70.563,82	50%
ABR/14	54.749,62	35.649,35	90.398,97	50%
MAI/14	57.863,84	38.512,65	96.376,49	50%
TOTAL DO A. I.	246.336,41	162.250,71	408.587,12	

No que se refere à multa aplicada, no percentual de 50%, a mesma se encontra prevista na legislação do ICMS, em dispositivos contidos na Lei nº 7.014/96, citados no Auto de Infração, sendo vedado ao órgão administrativo de julgamento deixar de aplicar norma vigente no ordenamento (art. 167, incs. I e III, do RPAF/99).

Ademais, a própria Lei do ICMS da Bahia prevê em seu art. 45 reduções do valor das penalidades, graduadas em função do momento em que o contribuinte optar pelo pagamento do tributo devido.

Frente ao acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, com as correções com erros materiais apontadas na peça defensiva.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269133.0604/14-0**, lavrado contra **SILVER INDÚSTRIA DE BICICLETAS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$408.587,12**, acrescido da multa de 50%, prevista no art. 42, I, da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 11.899/10, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de novembro de 2014.

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – PRESIDENTE

TOLSTOI SEARA NOLASCO – RELATOR

JOÃO VICENTE COSTA NETO - JULGADOR