

A. I. N ° - 080556.0001/14-4
AUTUADO - MANUFATURA DE BRINQUEDOS PICAPAU LTDA.
AUTUANTE - VANILDA SOUZA LOPES
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 01/07/2015

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0126-03/15

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. IMPOSTO RETIDO E NÃO RECOLHIDO. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. Comprovado nos autos que o contribuinte na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, reteve e não recolheu o ICMS/ST. Não acatado pedido de redução da multa. Não apreciada arguição de inconstitucionalidade da multa aplicada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 15/10/2014 exige ICMS no valor histórico de R\$205.639,24, acrescido da multa de 150%, pela 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, na realização das operações interestaduais, subordinadas às disposições do Protocolo 108/09 (infração 08.37.02), de maio a novembro de 2013 e janeiro a setembro de 2014.

Em sua defesa fls. 46/56, através de advogado procuração fl.65, o autuado diz que tomou ciência da autuação fiscal ora combatida em 27/10/2014, apontando supostas infrações consubstanciadas no não pagamento do ICMS Substituição Tributária nos anos de 2013 e 2014, em hipótese de infração a legislação de regência, já com a incidência de multa no patamar exorbitante de 150% (cento e cinquenta por cento), conforme Demonstrativo do Débito Fiscal, anexado ao referido Auto de Infração, restando-lhe o prazo de 30 (trinta) dias para apresentação de sua defesa, motivo pelo qual a presente Impugnação Administrativa é tempestiva. Transcreve a acusação fiscal que lhe foi imputada com os valores do imposto e multa respectiva.

Rebate a exigência fiscal em questão, dizendo que a mesma não deve prosperar especialmente no que toca a multa aplicada no patamar de 150%, que reputa claramente confiscatória, impedindo a Impugnante de regularizar sua pendência perante o Fisco Estadual.

No mérito, afirma que não obstante o fato de não impugnação específica ao imposto devido, a multa não foi devidamente aplicada. Isto porque imperam no ordenamento jurídico pátrio os princípios da boa-fé, da proporcionalidade e do não confisco tributário, princípios estes que abrangem as relações jurídico-tributárias, sobejamente na seara da cominação de penalidades.

Frisa que caso a presente autuação seja julgada procedente, a multa aplicada deve ser excluída ou reduzida para um patamar de até 20% do imposto devido, uma vez que, em momento algum, a Impugnante agiu de má-fé ou pretendeu fraudar o Fisco.

Explica que a penalidade por descumprimento de norma positiva tem o mesmo sentido do dano causado pela agressão às leis naturais, sejam físicas ou morais. Há uma finalidade didática para terceiros e para o seu autor, estimulando-o a colaborar para o bem que a norma pretende atingir.

Não pode, todavia, a penalidade, tornar inviável ao infrator retornar ao caminho da regularidade, deixando-o sem o necessário para a sua realização pessoal, nem pode destruir a pessoa do infrator, ou torná-la inviável como no caso da ora Embargante, que é uma pessoa jurídica.

Para reforçar seu entendimento diz que há muito o Supremo Tribunal Federal vem se manifestando no sentido de inexistir a possibilidade da cobrança de multas exorbitantes. Assevera que o percentual no patamar de 150% sobre o valor do pretense tributo configura-se num verdadeiro abuso do poder fiscal, na exata medida em que seu montante é excessivo e despropositado. Sobre a matéria colaciona lição do jurista Sacha Calmon Navarro.

Menciona que a própria Constituição Federal, no capítulo “Das Limitações ao Poder de Tributar”, no artigo 150, inciso IV diz que sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado a União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios utilizar tributo com efeito de confisco. A esse respeito, transcreve do Código Tributário Nacional, o parágrafo 3º do art. 113.

Conclui que a Constituição Federal, ao vedar o confisco para as espécies tributárias, também o fez com relação às penalidades, se é vedado o confisco por via da instituição de tributos, é lógico afirmar-se que não se pode fazê-lo por meio da instituição de penalidades ou multas tributárias, já que decorrentes do mesmo fenômeno jurídico – tributação. Sobre o assunto, transcreve lição do tributarista Aliomar Baleeiro e acrescenta à caracterização da multa desproporcional como confiscatória, o ensinamento de Ives Gandra Martins. Reproduz jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, do STF e do TRF.

Assevera que, desta forma, a multa neste patamar deve ser totalmente afastada ou reduzida para um patamar de até 20% (vinte por cento) do débito em cobrança.

Frisa que a norma esculpida no artigo 150, IV, da Constituição Federal, que veda a utilização de tributo com efeito de confisco está sendo desrespeitada, cabendo, portanto, tanto aos Tribunais Administrativos como aos Judiciais coibir as multas exigidas de feito confiscatório, como ocorre no presente caso.

Pede que o presente Auto de Infração e Imposição de Multa seja cancelado e julgado totalmente improcedente, anulando-se o lançamento tributário e respectivas multas e penalidades arquivando-se o respectivo processo administrativo.

Requer, sob pena de nulidade, que as publicações e/ou intimações referentes ao presente feito sejam lançadas em nome de sua patrona Sandra Regina Freire Lopes, regularmente inscrita na OAB/SP sob o nº. 244.553.

A fiscal autuante presta a informação fiscal fls.97/100. Diz que, em virtude da impugnação apresentada pela autuada, inscrita no cadastro do ICMS na qualidade de contribuinte substituto, esclarece a ação fiscal conforme segue.

Afirma que o Auto de Infração em lide registra que o autuado deixou de proceder ao recolhimento do ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas para contribuintes localizados no estado da Bahia, na realização de operações interestaduais, subordinadas às disposições do Protocolo 108/09, no exercício de 2013 (maio/2013 a novembro/2013) e exercício de 2014 (janeiro/2014 a setembro/2014) conforme demonstrativos anexos: Anexo I - Demonstrativo do ICMS ST não recolhido, Anexo II - Cópias das GIAS ST e Anexo III - Cópia de Relação de DAES - Exercício de 2013 e 2014.

Sintetiza os argumentos defensivos. Diz que a autuação foi decorrente da apuração da falta de recolhimento do ICMS ST retido e não recolhido. Ou seja, a caracterização, demonstrada nos documentos anexos (fls.08 a 26), de que o contribuinte vendeu mercadorias sujeitas ao ICMS ST, cobrou (reteve) do destinatário das mercadorias o valor referente ao imposto incidente nas saídas subsequentes do produto, conforme prevê a legislação, e não repassou os valores retidos ao

estado da Bahia, de acordo Informação da SEFAZ/BA - Relação de DAEs - ano 2013 e ano 2014 (fls. 25 e 26).

Esclarece que a apuração do ICMS/ST devido está conforme os valores declarados pelo contribuinte nas GIAS STs (fls. 08 a 23), relativos a vendas de produtos realizadas para o estado da Bahia, operações sujeitas à substituição tributária, conforme Protocolo ICMS 108/09, do qual são signatários os Estados da Bahia e São Paulo, que dispõe sobre a substituição tributária nas operações com brinquedos. Transcreve as cláusulas primeira e quinta do Protocolo nº 108/09, celebrado entre os estados da Bahia e de São Paulo.

Informa que analisando as argumentações do contribuinte, observa que o mesmo não contesta os valores cobrados relativos ao ICMS ST retido e não recolhido, constante do Demonstrativo Anexo I (fl. 06), dos exercícios de 2013 e 2014, contestando apenas a multa aplicada de 150%.

Esclarece que a multa decorrente do ICMS ST retido e não recolhido, foi aplicada conforme preceitua a legislação, art.42 inciso V, alínea "a", da Lei 7.014/96, que reproduz. Menciona que os trabalhos de fiscalização foram efetuados de forma não presencial, com base nas Informações dos Sistemas da SEFAZ, das informações extraídas das GIAS ST, arrecadação, verificando as retenções e recolhimentos do ICMS ST devido, cuja previsão legal está consolidada no Protocolo 108/09, que atribui ao remetente na qualidade de sujeito passivo por substituição, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS devido nas subseqüentes saídas ou na entrada para o uso ou consumo do destinatário, nas operações interestaduais realizadas entre contribuintes do ICMS, situados nas unidades Federadas signatárias desse Protocolo.

Aduz que considerando que na forma da legislação em vigor, os elementos que ensejaram a ação fiscal estão devidamente caracterizados e os argumentos apresentados pela defesa não elidem o procedimento, ratifica a autuação. Opina pela procedência do presente Auto de Infração.

Devidamente intimado para ciência da nova informação fiscal fls.97/101 e decorrido o prazo regulamentar, o autuado não se manifestou.

VOTO

No presente lançamento está sendo exigido crédito tributário em razão da falta de recolhimento do ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, identificado pela divergência entre o ICMS Substituição Tributária por retenção informado na DMA e o recolhido, nos meses de maio a novembro de 2013 e janeiro a setembro de 2014.

Compulsando os autos, vejo que o PAF está revestido das formalidades legais. Observo que do Extrato Resumo Fiscal Completo dos arquivos da SEFAZ, consta Declaração Mensal de Apuração do ICMS - DMA, com os respectivos débitos, sem o devido recolhimento do imposto, fl. 06. Ademais, foi o próprio autuado que enviou os dados através de GIAS e que serviu de base para a autuação, o que lhe possibilitou o exercício da ampla defesa e do contraditório. Logo, o PAF está revestido das formalidades legais e o procedimento fiscal atende as normas regulamentares, não estando presentes nos autos qualquer dos motivos elencados nos incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99.

Observo que a matéria em análise encontra-se disciplinada no Protocolo nº 108/09, celebrado entre os estados da Bahia e de São Paulo, cujas Cláusulas 1ª e 5ª assim dispõem:

Cláusula primeira Nas operações interestaduais com as mercadorias listadas no Anexo Único deste protocolo, com a respectiva classificação na Nomenclatura Comum do Mercosul / Sistema Harmonizado - NCM/SH, destinadas ao Estado da Bahia ou ao Estado de São Paulo, fica atribuída ao estabelecimento remetente, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e

sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS relativo às operações subseqüentes.

Cláusula quinta *O imposto retido pelo sujeito passivo por substituição regulamente inscrito no cadastro de contribuintes na unidade federada de destino será recolhido até o dia 9 (nove) do mês subseqüente ao da remessa da mercadoria, mediante Guia Nacional de Recolhimento de Tributos Estaduais – GNRE, na forma do Convênio ICMS 81/93, de 10 de setembro de 1993, ou através de documento de arrecadação previsto na legislação da unidade Federada destinatária.*

Da análise dos elementos que compõe o PAF vejo que a autuação foi decorrente da apuração da falta de recolhimento do ICMS ST retido e não recolhido, ou seja, o contribuinte vendeu mercadorias sujeitas ao ICMS ST, cobrou (reteve) do destinatário das mercadorias o valor referente ao imposto incidente nas saídas subseqüentes do produto, conforme prevê a legislação, e não repassou os valores retidos ao estado da Bahia.

Observo que os valores do ICMS/ST devido lançado neste Auto de Infração estão demonstrados no levantamento fiscal fl.06 e são decorrentes dos montantes declarados pelo contribuinte nas GIAS STs. (fls. 08 a 23), relativamente a vendas de produtos realizadas para o estado da Bahia, conforme Protocolo ICMS 108/09, do qual são signatários os Estados da Bahia e São Paulo, que dispõe sobre a substituição tributária nas operações com brinquedos.

Nas razões defensivas, o autuado não nega a acusação fiscal que lhe foi imputada. Sua defesa concentra-se basicamente na alegação de que a multa aplicada seria desproporcional, confiscatória e abusiva.

No que diz respeito à multa no percentual de 150%, o autuado argumentou que a sua exigência transborda os limites legais e constitucionais, sobretudo porque incidente sobre conduta do contribuinte completamente despida de má-fé, dolo ou simulação. Frisa que a multa, nesse caso, é incidente sobre a mera falta de recolhimento do ICMS devido na condição de substituto tributário, mas que foi declarado, sem qualquer intenção de lesar o fisco ou dificultar a fiscalização.

Saliento que a multa aplicada não é ilegal. Ao contrário, encontra-se tipificada no art. 42 da Lei 7.014/96, que para melhor entendimento transcrevo:

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;

Não deve prosperar a alegação defensiva de que a multa foi aplicada sobre conduta do contribuinte completamente despida de má-fé, dolo ou simulação, por não se configurar em argumento capaz de elidir a infração imputada, uma vez que a multa tem previsão em dispositivo legal, o qual não condiciona ou excepciona a aplicação da pena à intenção do agente.

Esta instância de julgamento não possui atribuição (competência) para decidir sobre pedido de redução ou cancelamento de penalidade por descumprimento de obrigação principal, a teor dos artigos 158/159, RPAF/99, nem para apreciar inconstitucionalidade de dispositivos da legislação estadual que rege a matéria objeto da contenda (art. 167, I, RPAF/99).

O defendente requer, sob pena de nulidade, que as publicações e/ou intimações referentes ao presente feito sejam lançadas em nome de sua patrona Sandra Regina Freire Lopes, regularmente inscrita na OAB/SP sob o nº. 244.553.

Registro que tal providência pode ser tomada pela Secretaria deste CONSEF, respeitado o teor dos artigos 108 e 166, I, ambos do RPAF/99. Assinalo, por devido, que embora esse pleito possa vir a ser acatado por esta SEFAZ, o não atendimento desta solicitação do contribuinte não implicaria irregularidade, posto que o endereço do estabelecimento da empresa, portanto o endereço da pessoa jurídica autuada, é aquele que consta em seu cadastro nesta SEFAZ, pelo que, a rigor, este

é o endereço a ser utilizado por esta Secretaria para efeito de intimação fiscal.

Ressalto que o patrono da autuada poderá cadastrar seu e-mail junto a Secretaria deste CONSEF/SEFAZ-BA, para recebimentos de informações a respeito de processos em que atue como advogado.

Ante ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **080556.0001/14-4**, lavrado contra a **MANUFATURA DE BRINQUEDOS PICA PAU LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$205.639,24**, 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, 15 de junho de 2015.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – RELATORA

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – JULGADOR