

A. I. Nº - 108880.3004/16-7
AUTUADO - MONTERREY DO BRASIL COMÉRCIO DE SORVERTES LTDA.
AUTUANTE - MARIA CONSUELO GOMES SACRAMENTO
ORIGEM - INFAZ INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET 09.05.2017

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0055-04/17

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. VALOR SUPERIOR AO DESTACADO NO DOCUMENTO FISCAL. 2. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS QUALIFICADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. 3. BENEFÍCIOS FISCAIS. DESENVOLVE. ERRO NA DETERMINAÇÃO DO VALOR DA PARCELA SUJEITA À DILAÇÃO DE PRAZO. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. 4. OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS E/OU SERVIÇOS DECORRENTES DO NÃO LANÇAMENTO DO DOCUMENTO FISCAL NOS LIVROS FISCAIS PRÓPRIOS. 5. IMPOSTO RETIDO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DA ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. 6. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE REGISTRO NA ESCRITA FISCAL. **a)** MERCADORIAS NÃO SUJEITAS À TRIBUTAÇÃO. **b)** MERCADORIAS SUJEITAS À TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigações acessórias. O autuado não apresenta defesa quanto ao mérito das infrações, insurgindo-se tão somente a respeito das multas aplicadas em relação aos itens 1 a 5. É vedada pelo art. 167, I, do RPAF/BA a manifestação desta 1ª Instância deste CONSEF (foro administrativo) a respeito da aplicação das multas punitivas pela constatação, pelo fisco, de irregularidades contra a norma tributária vigente deste Estado e inserta na Lei Estadual nº 7014/96. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 30/05/2016, exige ICMS e multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$363.687,25, em decorrência da constatação das seguintes irregularidades à legislação tributária deste Estado:

Infração 01- Utilizou indevidamente de crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado nos documentos fiscais com multa de 60%. Período: julho e novembro de 2014, janeiro a maio e setembro de 2015. ICMS no valor de R\$11.862,34.

Infração 02 - Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regulamente escrituradas com multa de 60%. Período: julho e setembro de 2014. ICMS no valor de R\$60.862,43.

Infração 03 - Operação com mercadorias tributadas, caracterizadas como não tributadas com multa de 60%. Período: setembro e novembro de 2014, janeiro, fevereiro, maio, junho e agosto de 2015. ICMS no valor de R\$4.045,97.

Infração 04 - Recolheu a menor ICMS em razão de erro na determinação do valor na parcela sujeita a dilação de prazo prevista pelo Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração

Econômica do Estado da Bahia – DESENVOLVE com multa de 60%. Período: setembro e outubro de 2015. ICMS no valor de R\$21.868,52.

Infração 05 - Omissão de saídas de mercadorias e/ou serviços decorrente do não lançamento dos documentos fiscais nos livros fiscais próprios com multa de 100%. Período: fevereiro e abril de 2015. ICMS no valor de R\$59.731,47.

Infração 06 - Deixou de recolher ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado com multa de 150%. Período: fevereiro de 2015. ICMS no valor de R\$8.927,32.

Infração 07 - Deixou de recolher ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado com multa de 150%. Período: setembro e novembro de 2014, janeiro, fevereiro, maio, junho e agosto de 2015. ICMS no valor de R\$3.372,22.

Infração 08 - Deu entrada no estabelecimento de mercadorias, bens ou serviços sujeitos a tributação sem o devido registro na escrita fiscal. Multa de 1% sobre o valor das operações de aquisições. Período: julho, setembro e novembro de 2014 e exercício de 2015. Multa no valor de R\$39.959,84.

Infração 09 - Deu entrada no estabelecimento de mercadorias, bens ou serviços não sujeitos a tributação sem o devido registro na escrita fiscal. Multa de 1% sobre o valor das operações de aquisições. Período: julho, setembro e novembro de 2014 e exercício de 2015. Multa no valor de R\$153.057,14.

O autuado, através de advogados legalmente constituídos, impugna o lançamento fiscal exclusivamente em relação às multas aplicadas de 60%, 100% e 150% (fls. 64/76), as entendendo confiscatórias, afirmando textualmente: *“Consoante gizado, o débito cobrado se constitui, para além dos montantes referentes às supostas irregularidades no lançamento/ recolhimento de recolhimento do ICMS, como também a suposta e utilização indevida do crédito fiscal, ocasionando multas absurdas no uma absurda multa no importe de 60%,100% e 150% sobre o valor supostamente devido nas infrações 01,02,03, 04,05,06 e 07. Com efeito, é evidente que a imposição de multas de 60%,100% e 150% sobre o valor das infrações, representa, per se, mais que uma excrescência jurídica, um acinte aos princípios constitucionais que regem o sistema tributário brasileiro”*.

Ressalta que a Constituição Federal vedou a utilização de tributo com efeito confiscatório (art. 150, inciso IV), impondo aos entes tributantes a impossibilidade de invasão ilícita no patrimônio do contribuinte. E que o efeito confiscatório na presente lide se configura de clareza solar, uma vez que o fisco, a pretexto de impor uma penalidade pecuniária pelo suposto não-recolhimento do tributo pretendido, aplicou multas muito superiores ao valor do imposto exigido. Abordando entendimento de Heleno Taveira Torres (Direito Constitucional Tributário e Segurança Jurídica: Metodologia da Segurança Jurídica do Sistema Constitucional Tributário. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011, pp. 660-667) afirma que *“Não há como se reputar razoável a constituição de crédito tributário que represente verdadeiro óbice à consecução da operação erigida à condição de fato gerador, sendo certo que desborda do razoável qualquer imputação que gere substancial repercussão patrimonial ao contribuinte”*. Em seguida, apresenta precedentes do STF.

Afirma que na legislação estadual o que se observa é a *“criação de draconiana sanção calculada em babilônico percentual sobre o tributo, tão somente em razão do seu mero não-recolhimento, prescindindo o intérprete de qualquer graduação ou individualização da punição, com base nos motivos que tenham comprovadamente ensejado reclamado pagamento a menor”*.

Diz não negar que a multa imposta se reveste de condão pedagógico e coibi a prática de ilicitudes de que se possa valer o contribuinte. No entanto, deve esbarrar nas limitações advindas da norma constitucional (princípio da proporcionalidade) sob pena de desbordar a sanção do ilícito em ilicitude estatal, que a multa cominada ao não recolhimento do imposto não lhe pode

superar em quantificação, por nítida questão de razoabilidade. Cita ensinamentos de Júlio César Krepsky (Limites das multas por infrações tributárias. Leme: J.H. Mizuno, 2006, p. 209) e frisa: *“... ademais, que a sanção imposta pela lei estadual vem coibir, não a prática de ato criminoso, fraudulento, ardiloso ou doloso, mas, pura e tão somente, o não recolhimento do tributo considerado devido pela fiscalização, sendo certo, ainda, que o próprio Fisco, conforme faz crer quando da persecução do crédito em questão, dá conta de ter sido o inadimplemento decorrente de equivocado juízo sobre a obrigação tributária que se lhe atribui”*.

Que o STF há muito tem se posicionado no sentido de que a multa sancionatória, enquanto obrigação tributária, é acessória e, nessa condição, não pode, em nenhuma hipótese ultrapassar o valor do principal, sobre o qual incide (STF, RE 81.550/MG. Segunda Turma. Rel. Min. Xavier de Albuquerque. DJ 20/05/1975). E que no caso presente são elas confiscatórias, uma vez que nega ao contribuinte qualquer vínculo proporcional entre a gravidade do fato que busca sancionar (*no caso, o mero suposto equívoco no recolhimento de tributo de complexa apuração e fiscalização*), e *“a dimensão da violência econômica impingida pela norma estadual, que, como sói frisar, enquanto sanção acessória, corresponde a duas vezes o valor da obrigação principal”*.

Entende que o princípio do não-confisco é justamente a referência de que se deve valer o hermeneuta, a fim de avaliar abusos deste tipo, impedindo por meio do controle judicial, quando oportuno, que o Estado se utilize de mecanismos tributários ilícitos com pretexto de incursões desastrosas e perversas no patrimônio do contribuinte. Apresenta, novamente, decisões do STF sobre a matéria (ADI-MC 1.075/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Mello. DJ de 24/11/2006; ADI 551 / RJ. Tribunal Pleno, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ de 14/02/2003, p. 58; Rcl 10587 AgR /MG; Rcl 10649 AgR/RN).

E caminhando neste sentido em suas alegações, ressalta que o STF já pacificou que a multa pelo não recolhimento de tributo devido deve se limitar a padrões razoáveis, sob pena de afetar a norma constitucional que nega validade ao crédito tributário confiscatório. Apresenta, novamente, decisão daquela Corte Superior que se posiciona no sentido de que o valor da multa jamais pode superar o montante da obrigação principal, sob pena de violação ao princípio do não confisco e do Tribunal de Justiça de Pernambuco (Ag 056752-8/02, Oitava Câmara Cível. Rel. José Ivo de Paula Guimarães. DJ de 02/02/2012 e Ag. 212809-8/01, Sétima Câmara Cível. Rel. Fernando Cerqueira. DJ de 18/01/11).

Conclui sua impugnação com o seguinte teor: *“Acaso não repute cabível a anulação pura e simples da sanção aplicada, deve esse órgão IMPUGNADO proceder ao redimensionamento de seu aspecto quantitativo, envolvendo-a a parâmetro consentâneo com os princípios supra invocados, com especial destaque à proporcionalidade, o que, levando-se em conta que à Impugnante não se atribui mais do que a ausência de recolhimento de um tributo cuja apuração deriva de operação deveras complexa e multifacetada, sendo certo que nem se cogita de sonegação ou deliberado cumprimento da norma tributária, o valor da multa eventualmente incidente jamais poderá extrapolar a monta de 10%”*.

Requer que seja julgado *“totalmente improcedente o Auto de infração nº 1088803004/16-7, referente, restando afastada a cobrança ali veiculada, ou seja reduzida na forma supra aduzida”* e protesta pela juntada posterior de documentos, bem como, pela realização de diligências fiscais para constatação dos fatos alegados e análise dos documentos colacionados, caso assim entenda este Colegiado.

A autuante (fls. 137/140), na sua informação fiscal, após transcrever as infrações e sintetizar toda defesa apresentada pelo contribuinte, informa:

1. *O contribuinte não apresentou questionamentos e/ou provas com relação as infrações cobradas, mas questionou apenas os percentuais das multas aplicadas.*
2. *As multas aplicadas foram as descritas no art. 42 da Lei 7.014/96, portanto, de acordo com previsão legal.*

3. *As multas de 100% e 150% foram aplicadas de acordo com a legislação em vigor, e decorrente das seguintes infrações: omissão de saídas por falta de lançamento dos documentos fiscais e a falta de recolhimento do ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição.*

Mantém a autuação.

VOTO

Inicialmente é necessário pontuar que embora ao longo de sua defesa o impugnante utilize as expressões “*Muito embora não esteja em situação irregular perante o órgão fazendário baiano, tampouco tenha cometido qualquer infração à legislação de regência do ICMS ...*” (fl. 65), “*supostas irregularidades no lançamento /recolhimento de recolhimento do ICMS, como também a suposta e utilização indevida de crédito fiscal ...*” (fl. 67), tenha requerida a improcedência da autuação, bem como, a realização de diligência “*para constatação dos fatos alegados...*” (fl. 75), em qualquer momento adentra ao mérito das infrações à empresa imputadas. Toda a sua insurgência diz respeito ao percentual de multa aplicada nas infrações 01 a 07, nos valores de 60%, 100% e 150%, inclusive nada comentando a respeito das multas acessórias que fundamentaram as infrações 08 e 09.

Neste sentido, determina o Regulamento do Processo Administrativo deste Estado (RPAF/BA):

Art. 123. É assegurado ao sujeito passivo tributário o direito de fazer a impugnação do auto de infração no prazo de sessenta dias, contados da data da intimação.

§ 1º A matéria relacionada com a situação que constitua o objeto da lide deverá ser alegada de uma só vez.

§ 2º A defesa poderá referir-se apenas a parte da exigência fiscal, assegurando-se ao sujeito passivo, quanto à parte não impugnada, o direito de recolher o crédito tributário com as reduções de penalidades previstas em lei.

§ 3º A depender da evidência de erros ou da complexidade da matéria em questão, a defesa poderá requerer a realização de diligência ou perícia fiscal, nos termos do art. 145.

§ 4º A petição de defesa será entregue preferencialmente na repartição fiscal do domicílio do sujeito passivo ou na repartição do local da ocorrência do procedimento fiscal.

§ 5º A prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-la em outro momento processual, a menos que:

I - fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior;

II - se refira a fato ou a direito superveniente;

III - se destine a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidos aos autos.

§ 6º A juntada de documentos após a impugnação deverá ser requerida à autoridade julgadora, mediante petição em que se demonstre, com fundamentos, a ocorrência de uma das condições previstas nos incisos do parágrafo anterior.

§ 7º Caso já tenha sido proferida a decisão, os documentos apresentados permanecerão nos autos para, se for interposto recurso, serem apreciados pela autoridade julgadora de segunda instância.

Art. 140. O fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas.

Art. 141. Se qualquer das partes aceitar fato contra ela invocado, mas alegar sua extinção ou ocorrência que lhe obste os efeitos, deverá provar a alegação.

Art. 142. A recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária.

Art. 143. A simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.

Diante das determinações legais e pelo fato do impugnante não ter apresentado qualquer motivo (nem jurídico nem fático) para dar sustentáculo a que esta JJF possa adentrar e analisar o mérito das nove infrações à empresa autuada, todas elas ficam mantidas.

E, a respeito da solicitação de diligência, de igual forma, não foi apresentada qualquer motivação para que se avenge a necessidade da mesma. A discussão de ser a norma do Estado da Bahia inconstitucional ou mesmo ir de encontro às decisões das Cortes Superiores do País (conforme alegado), em relação às multas aplicadas, não é argumento a ensejar qualquer pedido de diligência ou perícia fiscal.

Feitas tais colocações, adentro ao único argumento exposto pelo impugnante e que se pauta, exclusivamente e como dito, a respeito das multas aplicadas em relação às infrações 01 a 07, observando, neste momento, que para as infrações 01 a 04 foi aplicada a multa de 60%, já que infrações que dizem respeito à utilização indevida de crédito fiscal (infração 01), a falta de recolhimento do imposto tendo em vista que o contribuinte realizou operações tributadas como não tributadas (infrações 02 e 03) e recolheu a menor o imposto em razão de erro na determinação do valor da parcela sujeita à dilação de prazo prevista no DESENVOLVE. Na infração 05, a multa aplicada foi de 100% tendo em vista que a apuração da irregularidade foi detectada através de levantamento fiscal (falta de lançamento na escrita fiscal de operações de saídas) e, por fim, as infrações 06 e 07, com multa de 150%, dizem respeito ao fato do contribuinte ter retido o imposto, na qualidade de sujeito passivo por substituição, nas operações comerciais que empreendeu e não o ter recolhido ao Erário.

Em síntese, todo o argumento do defendente é de que as multas aplicadas possuem caráter confiscatório, desobedecendo aos princípios do não confisco e da razoabilidade, sendo que os Cortes Superiores do País já firmaram posição neste sentido.

Ressalto que o Conselho de Fazenda do Estado da Bahia integra a estrutura administrativa da Secretaria da Fazenda, portanto integra o Poder Executivo Estadual. Compete a ele, no âmbito administrativo, *“julgar os litígios decorrentes de lançamentos de tributos e de aplicação de penalidades por infrações à legislação tributária e as impugnações e recursos do sujeito passivo, interpostos a qualquer medida ou exigência fiscal, obedecendo aos princípios do contraditório, da oficialidade, da legalidade objetiva, da verdade material, do informalismo e da garantia de ampla defesa, sem prejuízo de outros princípios de direito”*.

E, conforme competência administrativa, a norma regulamentadora do processo administrativo fiscal (RPAF/BA – Decreto nº 7.629/99) expressamente retira da competência desse Colegiado abordar questões de inconstitucionalidade da legislação tributária vigente. Tal previsão encontra-se expressa no art. 167, I, do nominado decreto - *Art. 167. Não se incluem na competência dos órgãos julgadores: I - a declaração de inconstitucionalidade;*

No presente caso, as multas aplicadas obedeceram ao quanto disposto na legislação tributária estadual, mais especificamente no art. 42, II, III, V e VI, da Lei nº 7.014/96, conforme a seguir indico:

Infração 01- Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado nos documentos fiscais com multa de 60% - art. 42, VI, “a”, da Lei nº 7014/96.

Infrações 02 e 03 - Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regulamente escrituradas com multa de 60% - art. 42, II, “a” e “f”, da Lei nº 7014/96.

Infração 04 – Recolhimento a menor ICMS em razão de erro na determinação do valor na parcela sujeita a dilação de prazo prevista pelo Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – Desenvolve com multa de 60% - art. 42, II, “f”, da Lei nº 7014/96.

Infração 05 - Omissão de saídas de mercadorias e/ou serviços decorrentes do não lançamento do documento fiscal nos livros fiscais próprios com multa de 100% - art. 42, III, da Lei nº 7014/96.

Infrações 06 e 07 - 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 com multa de 150% - art. 42, V, “a”, da Lei nº 7014/96

Por tudo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do presente 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 **108880.3004/16-7**, lavrado contra **MONTERREY DO BRASIL COMÉRCIO DE SORVETES LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$170.670,27**, acrescido das multas de 60%, sobre R\$98.639,26, de 100% sobre R\$59.731,47, e de 150%, sobre R\$12.299,54, previstas no art. 42, II, “a” e “f”, III e V “a” da Lei nº7.017/96, e dos acréscimos legais além das multas de caráter acessório no valor de **R\$193.016,98**, previstas no art. 42, IX e XI, da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos moratórios previstos na Lei 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de abril de 2017

MÔNICA MARIA ROTERS - PRESIDENTE EM EXERCÍCIO/RELATORA

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA

VALTÉRCIO SERPA JUNIOR - JULGADOR