

A. I. Nº - 299326.3005/16-8
AUTUADO - MONTERREY DO BRASIL COMÉRCIO DE SORVETES LTDA
AUTUANTE - JOÃO RICARDO TERCEIRO E BARRETO e ARLINDO AMORIM PEREIRA
ORIGEM - INFRAZ INDUSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 09.05.2017

4^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0056-04/17

EMENTA: ICMS. IMPOSTO RETIDO, FALTA DE RECOLHIMENTO.. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DA ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. É vedada no art. 167, I do RPAF/99, a apreciação de questões de inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo, nesses órgãos julgadores do CONSEF. No mérito não houve defesa. Infração procedente Auto. de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 01/08/2016, exige ICMS no valor de R\$302.408,34, e multa de 150%, em decorrência da falta de recolhimento ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado. Lançamento efetuado através das informações econômicas e fiscais do contribuinte (DMA's).

O autuado ingressa com defesa, fls. 16 a 26, e ressalta que sendo pessoa jurídica de direito privado se dedica à fabricação de sorvetes, comércio atacadista de sorvetes e varejista de produtos alimentícios.

Reclama do caráter confiscatório da multa de 150%, por acinte aos princípios constitucionais que regem o sistema tributário brasileiro. Cita a doutrina e traz à lume precedentes do E. Supremo Tribunal Federal (STF). Evidente que o ente tributante ultrapassou todos os limites da proporcionalidade, instituindo excessos impositivos de manifestas restrições a direito, sem que haja a correspondente medida de equivalência entre o meio adotado e o objetivo a ser alcançado.

Não nega que a multa pelo não recolhimento de tributo, para além do mero resarcimento ao erário, venha se revestir de condão pedagógico e mesmo preventivo, voltados a coibir a prática de ilicitudes de que se possa valer o contribuinte, mas deve esbarrar nas limitações da norma constitucional soberana, inclusive o festejado princípio da proporcionalidade.

Ressalta que desde há muito, o Colendo Supremo Tribunal Federal, em precedente jamais superado, consignou que a multa sancionatória, enquanto obrigação tributária, é acessória e, nessa condição, não pode, em nenhuma hipótese ultrapassar o valor do principal, sobre que incide (STF, RE 81.550/MG. Segunda Turma. Rel. Min. Xavier de Albuquerque. DJ 20/05/1975).

Aduz que o princípio do não-confisco é justamente a referência de que se deve valer o hermeneuta, a fim de avaliar abusos desse jaez, impedindo por meio do controle judicial, quando oportuno, que o Estado se utilize de mecanismos tributários ilícitos como pretexto de incursões desastrosas e perversas no patrimônio do contribuinte.

Mesmo em perfuntória análise, tem-se que a punição é manifestamente confiscatória, desproporcional, abusiva do direito de tributar e sancionar, quedando-se lesiva do direito à propriedade e à livre iniciativa, à franca revelia da razoabilidade que deflui da Constituição cidadã.

O princípio do não-confisco é justamente a referência de que se deve valer o hermeneuta, a fim de avaliar abusos desse jaez, impedindo por meio do controle judicial, quando oportuno, que o

Estado se utilize de mecanismos tributários ilícitos como pretexto de incursões desastrosas e perversas no patrimônio do contribuinte.

Cita a doutrina, na qual Ricardo Corrêa Dalla adota a mesma linha de raciocínio, assinalando que a multa desproporcional ultrapassa o limite permitido à tributação, acabando por ir além do necessário e adequado, gerando o confisco, que consubstancia ofensa a direito fundamental do particular:

“Em consequência, uma norma punitiva tributária excessiva implica, sem fundamento, atingir o patrimônio do particular, o que significa atitude confiscatória, daí se dizer que as multas excessivas representam mácula ao exercício das liberdades e direitos individuais.

Neste ínterim veja-se que, se por um lado a Constituição protege a tributação, por outro guarda as liberdades individuais, de sorte que se pode dizer que consiste no objetivo do Direito Tributário a obtenção de uma arrecadação de recursos responsável, sem mácula aos direitos fundamentais. (grifos aditados) “

Aduz que não se pode dizer que as multas e demais sanções pecuniárias pelo inadimplemento de obrigação tributária, não se submetem ao festejado princípio da vedação ao confisco, cuja abrangência se limitaria aos tributos, exclusivamente.

Trazida a questão ao conhecimento da máxima Corte Judiciária do país, em sede de fiscalização abstrata de constitucionalidade, que proferiu decisão cautelar nos autos da ADI 1.075-DF, aforada pela Confederação Nacional do Comércio – CNC, definindo a aplicabilidade e cogêncio do princípio sufragado no art. 150, IV, da *Lex Legum*, inclusive no que tange à instituição de multas pelo não recolhimento de tributos.

6 STF. ADI-MC 1.075/DF. Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Mello. DJ de 24/11/2006.

Em todo caso, o C. STF já havia firmado o entendimento, em julgamento definitivo de ADI, conforme se infere do aresto abaixo ementado:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. §§ 2.º E 3.º DO ART. 57 DO ATO DAS DOSPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. FIXAÇÃO DE VALORES MÍNIMOS PARA MULTAS PELO NÃO-RECOLHIMENTO E SONEGAÇÃO DE TRIBUTOS ESTADUAIS. VIOLAÇÃO AO INCISO IV DO ART. 150 DA CARTA DA REPÚBLICA.

A desproporção entre o desrespeito à norma tributária e sua consequência jurídica, a multa, evidencia o caráter confiscatório desta, atentando contra

o patrimônio do contribuinte, em contrariedade ao mencionado dispositivo do texto constitucional federal. Ação julgada procedente.⁷

Comparando com a hipótese em tela, é evidente que não há nenhum grau de proporção entre a conduta da Impugnante e o que lhe está sendo imposto como penalidade, de modo que, por mais essa agravante, resta sobejamente caracterizada a utilização do tributo com efeito de confisco.

Mais a mais, no referido julgamento, o Min. Marco Aurélio de Melo fez importante intervenção a respeito do tema, evidenciando que o limite da multa deve ser o valor principal exigido, reputando exorbitante qualquer valor que supere tal fronteira:

Embora haja dificuldade, como ressaltado pelo ministro Sepúlveda Pertence, para se fixar o que se entende como multa abusiva, constatamos que as multas são acessórias e não podem, como tal, ultrapassar o valor do principal.

No caso, quando se cogita de multa de duas vezes o valor do principal – que é o tributo não recolhido – ou de cinco vezes, na hipótese de sonegação, verifica-se o abandono dessa premissa e dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Pelo exposto pede a improcedência do Auto de Infração.

O autuante presta a informação fiscal, fls. 40, e salienta que não lhe cabe fazer juízo de valor em

relação ao montante da multa que é instituída por lei, fazendo mister que apenas cumpra o que a lei impõe face a sua atividade vinculada.

VOTO

O presente Auto de Infração exige ICMS em decorrência da falta de recolhimento ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado. Lançamento efetuado através das informações econômicas e fiscais do contribuinte (DMA's), no qual está sendo aplicada a multa de 150%, prevista no art. 42, V, "a" da Lei 7.014/96.

O defensor em momento algum nega o cometimento da infração, mas insurge-se, de modo veemente, quanto ao percentual da multa aplicada, que entende possuir caráter confiscatório, em afronta ao princípio da proporcionalidade, e aos princípios constitucionais que regem o sistema tributário brasileiro. Outrossim destaca que as Cortes Superiores do país já firmaram posição nesse sentido.

De fato, compete ao CONSEF, Conselho de Fazenda do Estado da Bahia, 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*".

Ressalto porém que o Regulamento do processos Administrativo Fiscal, instituído pelo Decreto 7.629/99, não autoriza a apreciação por parte dos órgãos julgadores de questões de inconstitucionalidade da legislação tributária , como dispõe expressamente no art. 167, I . Não se incluem na competência dos órgãos julgadores: I – a declaração de inconstitucionalidade.

Assim, como a multa aplicada obedeceu ao quanto disposto na Lei 7.014/96, que instituiu o ICMS no Estado da Bahia, especificamente no art. 42, VI, "a", julgo procedente a infração.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **299326.3005/16-8**, lavrado contra **MONTERREY DO BRASIL COMÉRCIO DE SORVETES**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$302.408,34**, acrescido da multa de 150%, prevista no art. 42, VI, "a", da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de abril de 2017.

MÔNICA MARIA ROTERS – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - RELATORA

VALTÉRCIO SERPA JUNIOR - JULGADOR