

| | |
|-------------|------------------------------------------------------------------------------------------|
| PROCESSO | - A. I. N° 269369.0008/18-9 |
| RECORRENTES | - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e CENTRO DE DISTRIBUIÇÃO DE PRODUTOS METÁLICOS DA BAHIA LTDA. |
| RECORRIDOS | - CENTRO DE DISTRIBUIÇÃO DE PRODUTOS METÁLICOS DA BAHIA LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL |
| RECURSOS | - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 6ª JJF nº 0006-06/18 |
| ORIGEM | - INFRAZ TEIXEIRA DE FREITAS |
| PUBLICAÇÃO | - INTERNET: 03/06/2019 |

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0112-12/19

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. RECOLHIMENTO A MENOS. A antecipação parcial é prevista no art. 12-A da Lei nº 7.014/96, incidindo sobre as aquisições de mercadorias para comercialização, independentemente do regime de apuração. Todavia, restou evidenciado que apesar do autuado não ter efetuado a antecipação parcial do ICMS, as mercadorias foram tributadas normalmente nas operações de saída. Nessa situação, é cabível a aplicação da multa prevista no art. 42, II, “d”, C/C §1º da Lei nº 7.014/96. Rejeitada a preliminar de nulidade. Infração parcialmente caracterizada. Mantida a Decisão recorrida. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime. Recurso Voluntário **NÃO PROVIDO**. Vencido o voto do relator. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

Trata-se de Recursos de Ofício e Voluntário contra a Decisão da 6ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 04/06/2018, que exige ICMS no montante de R\$991.037,69, em decorrência do cometimento de uma única infração, abaixo descrita:

Infração 01 (07.15.01) – Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para fins de comercialização, nos meses de janeiro à julho de 2017 mais multa de 60% prevista na alínea “d” do inciso II do Art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Após impugnação apresentada pelo autuado (fls. 21 a 35) e informação fiscal prestada pelo autuante (fls. 129 a 130), a instrução fiscal foi concluída e os autos remetidos à apreciação da 6ª JJF que optou pela Procedência Parcial do Auto de Infração nos seguintes termos:

VOTO

Preliminarmente constato que o Auto de Infração foi lavrado com a estrita observância dos ditames contidos no art. 39 do RPAF/99, a descrição dos fatos considerados como infração das obrigações, foi apresentada de forma clara, precisa e sucinta, encontrando-se apta a surtir seus efeitos jurídicos e legais.

Assim, não havendo vícios na lavratura do Auto de Infração, tampouco no decorrer da instrução processual, que possam inquinar de nulidade o lançamento, passo à análise do mérito, como, segue.

O Auto de Infração em lide exige ICMS e multa em decorrência da falta de recolhimento da antecipação parcial do imposto, referentes às aquisições de mercadorias para comercialização, provenientes de fora do Estado.

Por ocasião de sua peça defensiva, o autuado comprovou através dos documentos e planilhas às fls. 49/125, que embora não tenha recolhido o ICMS antecipadamente no momento da saída da mercadoria de seu estabelecimento, procedeu ao regular recolhimento do tributo quando deu saída às referidas mercadorias.

O próprio autuante reconheceu em sua informação fiscal a veracidade da alegação defensiva, e propôs a exigência apenas da multa percentual prevista no artigo 42, II, “d” e §1º da Lei nº 7.014/96, abaixo transcrita:

Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

...
II - 60% (sessenta por cento) do valor do imposto não recolhido tempestivamente:

...
d) quando o imposto não for recolhido por antecipação, inclusive por antecipação parcial, nas hipóteses regulamentares;”;

...

§ 1º No caso de o contribuinte sujeito ao regime normal de apuração deixar de recolher o imposto por antecipação, inclusive por antecipação parcial, nas hipóteses regulamentares, mas, comprovadamente, recolher o imposto na operação ou operações de saída posteriores, é dispensada a exigência do tributo que deveria ter sido pago por antecipação, aplicando-se, contudo, a penalidade prevista na alínea “d” do inciso II”;

Portanto, de acordo com a previsão legal acima transcrita, estando comprovado que o contribuinte deixou de recolher o imposto por antecipação parcial, mas comprovadamente recolheu o imposto nas operações de saída posteriores, fica dispensada a exigência do tributo que deveria ter sido pago por antecipação, porém, aplica-se a multa de 60% do valor do imposto não recolhido tempestivamente.

Quanto ao argumento da inconstitucionalidade de lei infraconstitucional, não pode ser apreciado nesta seara administrativa, acorde art. 167, I do RPAF/99 (Decreto nº 7.629/99).

Outrossim, a multa aplicada está tipificada na Lei nº 7.014/96, e também não cabe a apreciação do argumento de confisco, nem de seu caráter abusivo, pelas razões adrede mencionadas.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, em função da cobrança apenas da multa percentual estipulada no artigo 42, II, “d” e §1º da Lei nº 7.014/96.

De ofício, a 6ª Junta de Julgamento Fiscal recorreu de sua própria Decisão, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a” do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

O autuado, através de seus advogados, interpôs Recurso Voluntário tempestivo às fls. 149 a 155, pelas razões que expôs.

Entende a Recorrente que a combinação de penalidade se encontra, intimamente relacionada à ideia de sanção, repreensão, apenamento de alguém por ter praticado um ato típico em desacordo com norma prevista no ordenamento jurídico. Nessa linha, diz que se o descumprimento de um dever formal transgride bens jurídicos protegidos e a respectiva penalidade corresponde a uma sanção punitiva da falta e preventiva quanto a novas incidências, portanto, não resta outra alternativa senão considerar a inegável existência de um nexo entre a conduta do particular e a aplicação de determinada sanção.

Questiona a natureza confiscatória da multa de R\$594.622,61 quando o valor do imposto cobrado era de R\$396.415,08. Alega que tal situação vai muito além do intuito de punir a prática do contribuinte para transmudar-se em ferramenta indireta de arrecadação tributária, estabelecendo, na prática, uma dupla incidência do tributo ou, até mesmo, na multiplicação da alíquota estabelecida pelo legislador para a cobrança do ICMS incidente na operação, que, como é evidente, confere vestes de expropriação à exigência fiscal, atacando o patrimônio do contribuinte. Transcreve o Art. 150, inciso IV da CF, para robustecer a sua tese.

Cita o professor Roque Antônio Carraza, este que diz que o princípio do não confisco “*limita o direito que as pessoas políticas têm de expropriar bens privados. Assim, os impostos devem ser graduados de modo a não incidir sobre as fontes produtoras de riqueza dos contribuintes e, portanto, a não atacar a consistência originária das suas fontes de ganho*”.

Ainda sobre a confiscatoriedade da multa aplicada, transcreve jurisprudência do E. Supremo Tribunal Federal e voto proferido pelo Ministro Relator na ocasião do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1075/DF, reforçando que a fixação da multa punitiva, enquanto ato estatal que pode acarretar na injusta apropriação do patrimônio do particular, está submetida ao controle de constitucionalidade que busca, com parâmetros do princípio da razoabilidade, aferir a legitimidade da cobrança estatal.

Ainda sobre o princípio da razoabilidade, diz que, embora não possua definição legal, é de fácil percepção pelo intérprete. Relata que inexiste a aplicação do princípio da razoabilidade quando não há adequação entre o fim perseguido e o instrumento empregado (adequação); ou quando a

medida não seja exigível ou necessária, havendo meio alternativo menos gravoso para chegar ao mesmo resultado (necessidade/vedação do excesso); ou quando não haja razoabilidade em sentido estrito, ou seja, o que se perde com a medida é de maior relevo que aquilo que se ganha (razoabilidade em sentido estrito).

Reproduz dizeres de Misabel Abreu Machado Derzi e Sacha Calmon Navarro Coelho, que condenam a hipótese de confisco através da aplicação de multas exacerbadas e até mesmo extorsivas e por fim, diz que o Auto de Infração em tela, fundado na norma supracitada, institui penalidade em patamar superior ao recomendado pelo princípio da razoabilidade e, com isto, violou o princípio do não confisco, razão pela qual há de ser declarada a sua ilegitimidade a fim de prestigiar o Texto Constitucional.

VOTO (Vencido quanto ao Recurso Voluntário)

Temos sob análises os Recursos Voluntário e de Ofício contra a Decisão proferida pela 6ª JJF que julgou, por unanimidade, Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, com o objetivo de exigir ICMS do sujeito passivo, no valor histórico de R\$991.037,69, por falta de recolhimento do ICMS antecipação parcial nos meses de janeiro a julho de 2017.

O Recurso de Ofício trata da exclusão procedida pela JJF em razão da comprovação por parte do autuado (documentos e planilhas às fls. 49/125), do recolhimento do ICMS normal no momento da saída subsequente da mercadoria de seu estabelecimento, tendo o autuante atestado tal prática em sua informação fiscal, restando, portanto neste PAF apenas a multa de 60% que passaremos a tratar no Recurso Voluntário.

Voto, desta forma, pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

Na súplica recursal, o sujeito passivo não teceu questionamentos preliminares, apenas se insurgiu quanto à multa aplicada de 60% sobre o valor principal do imposto. Alegou desproporcionalidade e confiscatoriedade do Estado, pelo que chamou de dupla incidência do tributo, todavia ressalto que a multa aplicada e corretamente indicada no campo de enquadramento legal do auto de infração, consta prevista da legislação interna no Estado da Bahia.

A este CONSEF não cabe apreciar questões que envolvem ilegalidade ou constitucionalidade de norma expedida pelo Poder Executivo ou Legislativo, a teor do Art. 167, I e III, do RPAF/99.

Todavia, de ofício, trago em discussão, a classificação da multa prevista pelo inciso II, “d” e §1º do art. 42 da Lei 7.014/96, como devida por descumprimento de obrigação principal (entendimento deste colegiado). Entendo que a multa aplicada no presente caso, decorre de descumprimento de obrigação acessória, uma vez que, conforme descrição da própria infração, a multa recai sobre parcela do imposto que deixou de ser paga por antecipação parcial, mas que foi devidamente tributada e registrada na escrita fiscal na saída, conforme restou demonstrado no curso deste processo.

Ora, inquestionável que estamos a lidar com uma mora no pagamento do imposto, que teve o seu recolhimento tributado normalmente em saída posterior. Assim, indubitável que não se trata de falta de pagamento do imposto (logo, não estamos diante de uma obrigação principal), muito menos em não realização da obrigação, mas sim num atraso no cumprimento da obrigação tributária.

E, assim sendo, o i. Procurador Dr. José Augusto Martins Júnior, ultrapassando a problemática da natureza da multa em questão, posicionou-se em Parecer exarado em outro processo administrativo fiscal (A.I. N° 268921.0005/16-5), no sentido de que o pagamento posterior, antes de iniciada uma ação fiscal, caracterizaria uma “denúncia espontânea”, eis que o tributo foi pago normalmente na saída da mercadoria.

Nestes termos, ao meu sentir, não restam dúvidas de que tal fato deve ser considerado como descumprimento de obrigação acessória, sendo cabível a aplicação da redução da penalidade, com base no art. 42, §7º da Lei nº 7.014/96, bem como art. 158 do RPAF/99, ambos abaixo reproduzidos, uma vez que a empresa recorrente não incorreu em fraude nem prejuízo ao Erário,

já que o imposto foi pago.

“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.

Art. 158. As multas por descumprimento de obrigações acessórias poderão ser reduzidas ou canceladas pelas Juntas de Julgamento Fiscal ou pelas Câmaras do CONSEF, desde que fique provado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e que não tenham implicado falta de recolhimento de tributo”.

Assim, vislumbrando o caráter pedagógico da penalidade aplicada (no caso, a mora no cumprimento da obrigação), entendo pela redução da multa aplicada em 50% do valor autuado.

Pelo exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário.

VOTO VENCEDOR (Recurso Voluntário)

Divirjo do nobre relator em relação à possibilidade de aplicação da redução da multa aplicada com base no disposto no §7º do Art. 42 da Lei nº 7.014/96 e no Art. 158 do RPAF/99.

Destaco que a multa aplicada decorre de descumprimento de obrigação principal, já que seu comando é a falta de pagamento do imposto, cujo pagamento apenas é dispensado em função da sua satisfação a partir do recolhimento relativo às operações subsequentes. Portanto, é inaplicável à espécie o §7º do Art. 42 da Lei nº 7.014/96 e o Art. 158 do RPAF/99. Afinal, ambos os dispositivos só permitem a dispensa ou redução da multa aplicada quando se referirem a descumprimento de obrigação acessória.

Diante do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso de Ofício interposto e, em decisão por maioria, com voto de qualidade do presidente, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração nº 269369.0008/18-9 lavrado contra CENTRO DE DISTRIBUIÇÃO DE PRODUTOS METÁLICOS DA BAHIA LTDA., devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento da multa percentual no valor de R\$594.622,61, prevista no artigo 42, II, “d” e §1º da Lei nº 7.014/96, com os acréscimos moratórios previstos na Lei nº 9.837/05.

VOTO VENCEDOR (Recurso Voluntário) – Conselheiros: Marcelo Mattedi e Silva, Luiz Alberto Amaral de Oliveira e Maurício Souza Passos.

VOTO VENCIDO (Recurso Voluntário) – Conselheiros: Tiago de Moura Simões, Paulo Shinyashiki Filho e José Carlos Barros Rodeiro.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de abril de 2019.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

TIAGO DE MOURA SIMÕES – RELATOR/VOTO VENCIDO
(Recurso Voluntário)

MARCELO MATTEDI E SILVA – VOTO VENCEDOR
(Recurso Voluntário)

LEÔNCIO OGANDO DACAL – REPR. DA PGE/PROFIS