



DECISÃO Nº: 264/2011
PROTOCOLO Nº: 175996/2011-5
PAT N.º: 428/2011- 1ª URT
AUTUADA: PITTSBURG LTDA
FIC/CPF/CNPJ: 20.023.651-2
ENDEREÇO: Av. Prudente de Moraes, 4615, Lagoa Nova NATAL/RN

EMENTA – ICMS – Não recolhimento do ICMS Normal escriturado, apurado e declarado pelo sujeito passivo. Denúncia ofertada com alicerce em pujante conjunto probatório resultante de informações pelo autuado prestadas. Defesa reconhece tacitamente o cometido da infração. Nos termos do artigo 161 do CTN, a obrigação tributária não satisfeita, enseja a aplicação de multa e demais medidas necessárias à garantia do crédito tributário. Nulidade suscitada que não se afigura. Tributo não se confunde com penalidade - Confiscatoriedade da multa não configurada. Conhecimento e não acolhimento das razões impugnatórias. Procedência da Ação Fiscal.

DO RELATÓRIO

1. DENÚNCIA

Conforme se depreende do Auto de Infração nº 428/2011 – 1ª URT, lavrado em 18/08/2011, a empresa acima identificada, já bem qualificada nos autos, teria infringido o disposto no Art. 150, Inciso III c/c Art. 105 e 130-A, todos do RICMS, aprovado pelo Decreto 13.640/97, em decorrência do não recolhimento do ICMS escriturado, apurado e declarado, referente aos meses de janeiro, fevereiro, abril e maio do exercício de 2011, com as respectivas GIM's entregues nos prazos regulamentares.

Em consonância com a denúncia oferecida, foi sugerida a aplicação da penalidade prevista no Art. 340, Inciso I, “d”, implicando em multa no valor de R\$ 21.803,70 (vinte e um mil oitocentos e três reais e setenta centavos), sem prejuízo da cobrança do imposto no valor de R\$ 43.607,38 (quarenta e três mil seiscentos e sete reais e trinta e oito centavos), perfazendo o montante de R\$ 65.411,08 (sessenta e cinco mil quatrocentos e onze reais e oito centavos), sem prejuízo dos acréscimos previstos no art. 133 do citado instrumento regulamentador.

Ludnilson Araújo Lopes
Julgador Fiscal



Foram anexados relatórios emitidos pelo sistema da SET relativos à autuada, bem como extrato fiscal do contribuinte (fl. 05), demonstrativos dando conta da origem da ausência do recolhimento do imposto (fl. 10), além do relatório circunstanciado (fl. 12).

2. IMPUGNAÇÃO

Insurgindo-se contra a denúncia de que cuida a inicial, a autuada apresentou sua defesa de forma tempestiva, segundo a repartição preparadora, onde alegou às fls. 18 a 46, que:

- A multa aplicada pelo fisco possui caráter confiscatório por ser de 50% do valor do tributo, o que fere a sua capacidade contributiva;
- Colaciona jurisprudências sobre o tema;
- Nulidade da autuação, entendo que esta não é lícita nem possível, pois é desprovida de base legal/constitucional, já que segundo remansosa jurisprudência do STJ, é possível escrever diretamente em dívida ativa débito fiscal declarado pelo sujeito passivo;
- A administração pública está obrigada a executar seus procedimentos fiscais no prazo de 5 dias, e a autuação se deu em prazo superior.

Diante do exposto, requer que seja excluída a penalidade de multa, e que seja decretada a nulidade do auto de infração.

3. CONTESTAÇÃO

Instado a contestar a impugnação da autuada, o ilustre autor do feito, extremamente dentro do prazo regulamentar, conforme fls. 49 a 53, alegou que:

- Existem provas inequívocas que o autuado foi devidamente intimado da presente ação fiscal, que lhe foi assegurado o direito de exercer sua defesa e de contraditar os trabalhos desenvolvidos;



- A nulidade pretendida pela atuada no tocante ao prazo de cinco dias para a autuação não procede, pelo simples motivo de que tal previsão não consta no rol taxativo de nulidades do art. 20 do RICMS, e tal prazo é interno e absolutamente irrelevante para a defesa do atuado;

- A defesa se revestiu de caráter meramente procrastinatório, sequer tendo questionado o mérito da denúncia, restando incontroverso seu cometimento;

- O instituto da denúncia espontânea foi extinto em 11/02/2008, pelo Decreto 20.341, o que desautoriza a cobrança de imposto não pago sem a aplicação da penalidade, em qualquer circunstância.

Por fim, conclui pela manutenção do auto de infração em sua íntegra, uma vez que o contribuinte não apresentou fato novo, ou prova que possa alterar o lançamento constante da exordial.

4. ANTECEDENTES

Consta dos autos (fl. 16) que a atuada não é reincidente na prática do ilícito fiscal denunciado.

É o que, a meu juízo, cumpre relatar.

DO JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE

Do passeio pelos autos, observo que razão assiste ao nobre autor do feito, quando propugna pelo desconhecimento da defesa carreada aos autos, não pela sua intempestividade, mas pela absoluta precariedade, ao ponto de não desencadear o litígio, restando patente que efetivamente a impugnação não preenche a todos os quesitos essenciais exigidos pela legislação regente, entretanto, por ter sido tempestivamente apresentada e impulsionado pelos princípios da busca da verdade material dos fatos, também grifado pelo digno autor do feito, e em prestígio ao direito de recurso, dela conheço.



Conhecida a presente defesa, passa-se a discorrer sobre as razões de fato e de direito que contornam o auto de infração de que cuida a inicial com a consequente prolação da decisão de mérito.

DO MÉRITO

Como acima relatado, cuida o presente feito de apurar denúncia, ofertada por auditor fiscal legalmente habilitado, de ausência de recolhimento do imposto normal, apurado, escriturado e declarado ao fisco pelo próprio contribuinte, através das respectivas Guias Informativas Mensais – GIM, referentes aos seguintes períodos de referência; 01; 02; 04; e 05, todos do exercício de 2011, conforme demonstrativo de fls. 10 do caderno processual.

Preliminarmente, antes de adentrar no mérito da questão propriamente dito, a meu juízo, o processo atende aos pressupostos regentes da espécie, notadamente, a ampla defesa e o contraditório, uma vez que os autos estão devidamente instruídos, pois, a inicial e demais documentos e anexos que a integram, propiciam, sem sombra de dúvidas, ao contribuinte, exercitar o seu direito de se defender com amplitude, respeitando assim os princípios constitucionais afetos ao tema.

De fato, não vislumbro qualquer mácula de nulidade que possa contaminar o feito de que cuida a inicial; a descrição da denúncia reflete com clareza solar os fatos que realmente aconteceram e o enquadramento legal guarda perfeito liame com a conduta denunciada. A penalidade proposta, por seu turno, emana de Lei, e é a específica para a hipótese que se apresenta.

Quanto à pretensão da defesa de anular o feito por suposto extrapolamento de prazo para conclusão dos trabalhos de fiscalização, observo que é, de toda, incompatível com o ordenamento regente da espécie.

Na verdade, nos termos do artigo 37 do RPAT, tem o auditor o prazo de 60 dias, e não 5, como sustentou a defesa, para concluir os trabalhos de fiscalização; sendo, inclusive, este prazo passível de prorrogação, desde que devidamente motivada.



Art. 37. *O início da ação fiscal relacionada com a infração exclui a espontaneidade do sujeito passivo com relação aos atos anteriormente praticados, devendo a ação fiscal ser concluída no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, podendo ser prorrogada por igual período*

Apontando no mesmo norte, o parágrafo 4º do artigo 349 do RICMS, versando sobre a mesma matéria, estabelece:

§ 4º *Lavrado o "Termo de Início de Fiscalização", tem o Auditor Fiscal, a partir de então, o prazo de 60 (sessenta) dias para a conclusão de seu trabalho, prorrogável por igual período, a critério da chefia imediata do ato da diligência.*

Assim, verifica-se que razão não assiste à defesa, neste particular aspecto, porquanto restou comprovado que o ilustre autor do feito concluiu os trabalhos dentro dos prazos regulamentares.

Destarte, com estas anotações, e por não vislumbrar qualquer prejuízo à defesa, afasto as preliminares de nulidade suscitadas.

Quanto à questão de fundo, observa-se, de pronto, que a resolução da presente contenda não demanda maiores elucubrações.

Com efeito, de acordo com a documentação carreada aos autos, restou incontroverso o cometimento da infração de que cuida a inicial. A propósito, a própria defesa reconhece, tacitamente, que não recolheu o ICMS Normal, escriturado e apurado no período apontado pelo fisco, limita-se a tentar anular o feito e retirar a penalidade proposta.

De início, atuada insurgiu-se contra a multa aplicada pelo fisco, alegando que esta teria caráter confiscatório, por corresponder a 50% do valor do imposto cobrado, tese que, desde já, deve ser repelida.

Primeiro, porquanto multa não se confunde com tributo, brotam de gêneses distintas, como distintas são suas finalidades. A primeira objetiva inibir a prática do ilícito, enquanto que a segundo decorre do exercício de atividade lícita.



Ademais, a multa de 50% do valor do imposto que é de 17%, não pode ser considerada confiscatória, pois representa apenas 7,5%, o que nem de longe pode ser taxada de confisco.

Nesse sentido, vejamos como leciona o Prof. Paulo de Barros Carvalho a respeito da estrutura lógica da regra punitiva tributária, expressa em sua obra Curso de Direito Tributário, São Paulo: Saraiva, 1999, p. 465 e 466:

“O antecedente da regra sancionatória descreve fato ilícito qualificado pelo descumprimento de um dever estipulado no conseqüente da regra-matriz de incidência. È a não-prestação do objeto da relação jurídica. Essa conduta é tida como antijurídica, por transgredir o mandamento prescrito, e recebe um nome de ilícito ou infração tributária. Atrelada ao antecedente ou suposto da norma sancionadora está a relação deontica, vinculando, abstratamente, o autor da conduta ilícita ao titular do direito violado. No caso das penalidades pecuniárias ou multas fiscais, o liame também é de natureza obrigacional, uma vez que tem substrato econômico, denomina-se relação jurídica sancionatória e o pagamento da quantia estabelecida é promovida a título de sanção.”

Dessa forma, compulsando o RICMS, aprovado pelo Decreto nº 13.640/97, que regulamentou a Lei 6.968/96, vislumbra-se que, face ao descumprimento da obrigação principal de que cuida o feito, subsiste a imposição da sanção prevista no art. 340, inciso I, alínea “d” pela inobservância por parte do contribuinte de repassar o imposto, cobrado dos consumidores seus clientes, ao erário Estadual como determina a Lei.

Assim, tal argumento pode ser facilmente fulminado pelo simples fato de que a penalidade aplicada não poderia ser arbitrária, uma vez que emana de previsão legal, ou seja, está amparada pelo artigo 64 da lei 6968/96, a qual instituiu o tributo em nosso Estado.



Além disso, urge ressaltar a existência de diferença genealógica entre tributo e penalidade, especialmente, porque brotam de fontes totalmente distintas.

O artigo 3º do Código Tributário Nacional define tributo como sendo “toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada”

Observe-se que o referido artigo é expresso ao dispor que tributo “é toda prestação pecuniária compulsória (...), que não constitua sanção de ato ilícito, ...”. Não há dúvida de que somente um fato jurídico lícito implica a relação jurídica obrigacional que tem como objeto o tributo. Dito de outra forma, tributo não pode ser interpretado como penalidade imposta àquele que comete algum ato ilícito.

Efetivamente, tributo não é multa. Se um contribuinte deixa de recolher um determinado tributo até a data de seu vencimento, ser-lhe-á aplicada uma multa, e esta não se confunde com o tributo não quitado.

Todos os fatos descritos como hipóteses de incidência dos tributos são, sem nenhuma exceção, lícitos, como por exemplo: prestar serviços, ser proprietário de imóvel urbano, realizar operação de venda e compra de mercadorias.

Quando a lei descrever como hipótese um comportamento ilícito, como por exemplo, a não emissão de notas fiscais, a consequência normativa nunca será uma relação jurídica tributária que legitime o fisco a cobrar tributo, mas sim multa.

Apona no mesmo rumo, o eminente professor Paulo de Barros Carvalho, na obra **Curso de direito tributário. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 22**, leciona que “os acontecimentos ilícitos vêm sempre atrelados a uma providência sancionatória e, fixando o caráter lícito do evento, separa-se, com nitidez, a relação jurídica do tributo da relação jurídica atinente às penalidades exigidas pelo descumprimento de deveres tributários”.



De sorte, não ser ilícito concluir que tributo é a prestação pecuniária compulsória decorrente da materialização do fato (fato gerador) descrito como hipótese de incidência, sem natureza sancionatória, prevista e exigível nos estritos termos da lei.

Não há dúvidas, portanto, de que tributo e multa não se confundem, não havendo nenhuma semelhança entre ambos.

Enquanto a finalidade dos tributos é o abastecimento dos cofres públicos, as multas objetivam penalizar o contribuinte que decide não cumprir suas obrigações tributárias, muitas vezes na vã tentativa de desencorajá-lo da reincidência da prática delituosa.

Estevão Horvath - **O princípio do não-confisco no Direito Tributário. São Paulo: Dialética, 2002. p. 114**, explica que “a multa busca punir o contribuinte faltoso com suas obrigações (como busca reprimir, punindo, qualquer comportamento contrário à ordem jurídica). Destarte, os princípios que regem as infrações são distintos daqueles que informam a tributação. Há diferença ontológica, o que não permite a comparação de uma situação com a outra”.

Assim, entendo que uma vez estando a multa devidamente prevista em lei, como é o caso, pode, e na verdade deve, ser estabelecida com severidade conforme a gravidade da infração, para que com isto o contribuinte não se veja tentado a cometer os ilícitos tributários, e entregue corretamente recursos ao Estado que deles depende para o atendimento das necessidades públicas. A jurisprudência possui inúmeras manifestações nesse sentido, in verbis:

(TJ/SP – 3ª C. Dir. Púb., Ap. c/ Rev. nº 924.228-5/6-00, Rel. Des. Magalhães Coelho, julg. 11.08.2009)

“MULTA. PRINCIPIO DO NÃO CONFISCO. O princípio constitucional do não-confisco não se reporta às sanções por atos ilícitos, pois elemento da estrutura limitativa do Estado ao poder de tributar, de natureza ôntica diversa das multas O percentual da multa moratória, além disso, tem expressa previsão legal e constitui meio inibitório para que o contribuinte não protraia o pagamento do tributo Não se tratando de relação de

Ludenilson Araújo Lopes
Julgador Fiscal



consumo, não há justificativa para aplicação da legislação protetiva do Código de Defesa do Consumidor Recurso e remessa necessária desprovidos.”

(TJ/SP – 7ª C. Dir. Púb., Ap. Cív. s/ rev. nº 312.116-5/8-00, Rel. Des. Nogueira Diefenthaler, julg. 21.08.2006)

No mesmo sentido: Ap. Cív s/ Rev. nº 527.887-5/8-00; Ap. Cív s/ Rev. nº 358.099-5/5-00; Ap. Cív. s;/ Rev. nº 272.095.5/0-00; Ap. Cív. s/ Rev; nº 568.104-5/6-00; Ap. Cív. s/ Rev. nº 251.106-5/9-00; Ap. Cív. s/ Rev. nº 352.734-5/0-00; Ap. Cív. s/ Rev. nº 450.375-5/6-00; Ap. Cív. s/ Rev. nº 238.156-5/0-00)

“TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL – AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL – SONEGAÇÃO – MULTA – PERCENTUAL – LEGALIDADE – JUROS MORATÓRIOS – TAXA SELIC – MATÉRIA NÃO VEICULADA NA INICIAL – EXAME – VEDAÇÃO.

1. A regra prevista no artigo 150, inciso IV, da Constituição Federal, que veda a utilização do tributo com efeito de confisco, não atinge o percentual das multas fixadas para o caso de descumprimento da obrigação tributária, uma vez que se trata de penalidade imposta àqueles que, de alguma forma, venham a causar prejuízos ao erário, em razão de determinada infração prevista em lei.

2. O pedido inicial restringe a lide, não devendo o magistrado emitir provimento jurisdicional diverso daquele pleiteado pela parte, sob pena de nulidade. Assim, verificado que a matéria relativa à aplicação da taxa selic não foi ventilada na petição inicial, nem enfrentada na R. sentença hostilizada, resta inviabilizado o seu exame pelo tribunal.

3. Recurso conhecido e não provido.”



Finalmente, quanto a alegação de que o Estado deveria escrever em dívida ativa o débito sem o lançamento de ofício, penso que não pode prosperar.

Primeiro, deve-se aclarar que os pareceres da Douta Procuradoria da Fazenda Nacional não vincula a Administração Tributária Estadual, por absoluta determinação constitucional.

Segundando, impende elucidar que a jurisprudência do STJ colacionada, é no sentido de que o Estado **pode**, o que não significa **deve**, escrever o débito constante em declaração do contribuinte, sem a necessidade de autuação.

Como visto, em nenhum momento o STJ, determinou que o Estado assim procedesse; apenas aprovou mais esse mecanismo para exigência do imposto com maior celeridade, como também, em momento algum, alegou que seria defeso ao Estado proceder ao lançamento da penalidade, mesmo porque se assim procedesse entraria em rota de colisão com o regramento contido no artigo 161 do Código tributário Nacional.

*Art. 161. O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta, sem **prejuízo da imposição das penalidades cabíveis** e da aplicação de quaisquer medidas de garantia previstas nesta Lei ou em lei tributária.*

Por seu turno, o legislador ordinário estabeleceu que em hipótese como a de que cuida o presente processo, a penalidade é de 50% do valor do imposto indevidamente usurpado pelo contribuinte, conforme dicção da alínea “d” do inciso I, do artigo 64 da Lei Ordinária 6968/96.

Dessa forma, e por entender que qualquer censura à penalidade resultante de Lei deve ser dirigida ao Poder Legislativo, não vejo como prosperar a pretensão da autuada neste particular aspecto.

Ainda, no que concerne às jurisprudências colacionadas à impugnação, observo que parte delas se destinam a tentar sustentar sua tese de que a multa aplicada pelo fisco é confiscatória, o que já foi afastado pelos motivos acima postos, e que a outra parte não ampara qualquer de suas alegações.

De fato, conforme largo conjunto de decisões de tribunais e pareceres, o Estado tem direito de inscrever na dívida ativa o contribuinte que não efetuar o pagamento do imposto, mas não vislumbro como tal alegativa beneficiaria a autuada.



Tal demonstração só prova que, não obstante seu direito de efetuar a execução de ofício do crédito tributário em questão, a administração pública possibilitou o contribuinte, através do presente PAT, apresentar fatos que pudessem desconstituir a denúncia, ou seja, assegurou seu direito de defesa.

Dessa forma, não há o que se falar em nulidades no processo, visto que ele obedeceu a todas as regras previstas em lei, bem como de forma alguma maculou seu direito de defesa.

Portanto, não vislumbro como não se acolher a denúncia de que cuida a inicial, especialmente se levarmos em conta que o imposto tido como não recolhido foi efetivamente apurado e declarado pelo próprio autuado, e por ele não satisfeito.

DA DECISÃO

Isto posto, e considerando tudo o mais que do processo consta, especialmente, o teor da impugnação e da contestação, **JULGO PROCEDENTE** o Auto de Infração lavrado contra a empresa PITTSBURG LTDA, para impor à atuada a aplicação da penalidade prevista pelo Art. 340, I, "d", do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 13.640/97, que regulamentou a Lei 6968/96, no valor de R\$ 21.803,70 (vinte e um mil oitocentos e três reais e setenta centavos), sem prejuízo da cobrança do imposto no valor de R\$ 43.607,38 (quarenta e três mil seiscentos e sete reais e trinta e oito centavos), perfazendo o montante de R\$ 65.411,08 (sessenta e cinco mil quatrocentos e onze reais e oito centavos), em valores históricos, sujeitando-se, por conseguinte, aos acréscimos monetários previstos pelo Art. 133 do mesmo instrumento regulamentador.

Remeto os autos à 1ª URT, para ciência das partes e adoção das demais providências legais cabíveis.

COJUP, Natal, 27 de outubro de 2011.

Ludenilson Araújo Lopes
Julgador Fiscal