



1ª CÂMARA CÍVEL ISOLADA
JUÍZO DE ORIGEM: 2ª VARA CUMULATIVA CÍVEL/ PENAL DA COMARCA DE CAPANEMA
APELAÇÃO Nº: 2012.3.005299-0
APELANTE: CIMENTOS DO BRASIL S/A - CIBRASA.
Advogados: Dr. Valdeci Laurentino da Silva, Dr. Waldir Gomes Ferreira e outros.
APELADO: ESTADO DO PARÁ.
Procuradora do Estado: Dra. Myrza Tandaya Nylander Pegado.
RELATORA: DESA. MARIA DO CÉO MACIEL COUTINHO.

EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. APELAÇÃO EM EMBARGOS À EXECUÇÃO. PRELIMINAR DE CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO AO RECURSO. REJEITADA. nulidade do lançamento do crédito. NÃO VERIFICADA. direito ao crédito do ICMS. não comprovado inconstitucionalidade da multa IMPOSTA POR afronta Ao princípio do não-confisco. INEXISTENTE. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

1 – Nos termos do art. 995 do CPC/2015, a apelante, em suas razões, não conseguiu demonstrar a probabilidade de provimento do recurso a ensejar a suspensão da eficácia da sentença recorrida. Preliminar rejeitada.

2- A autoridade administrativa competente se desincumbiu de identificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, o sujeito passivo, a matéria tributável, bem como calculou o montante do tributo devido e aplicou a penalidade cabível em obediência ao art. 142 do CTN. Nulidade do lançamento inexistente.

3- Diante da ausência de prova idônea de que os créditos de ICMS apropriados pela recorrente estavam autorizados pela legislação que rege a matéria à época, ônus que lhe cabia de acordo com art. 373, I, do Código de Processo Civil/2015, bem como da existência de presunção de legitimidade e veracidade inerente ao ato administrativo consubstanciado na AINF nº 019615, não resta comprovado o reivindicado direito ao credenciamento do ICMS nos exercícios alvos da autuação.

4- Descabida a alegação de confiscatória, excessiva e desproporcional quanto a multa de 80% (oitenta por cento) imposta como sanção ao contribuinte descumpridor de suas obrigações tributárias, uma vez que quando calculada corresponde a percentual pequeno se considerado o valor total obtido com a venda do produto ao consumidor.

Recurso conhecido e desprovido.

.
. .
.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

ACORDAM os Excelentíssimos Desembargadores e os Juízes Convocados, que integram a 1ª Câmara Cível Isolada do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Pará, à unanimidade de votos, em conhecer e negar provimento ao Recurso de Apelação interposto, tudo nos termos do voto da relatora e das notas taquigráficas.

Sessão Ordinária presidida pelo Excelentíssimo Desembargador Leonardo de Noronha Tavares.
Belém – PA, 2 de maio de 2016.



Desa. MARIA DO CÉO MACIEL COUTINHO
Relatora

RELATÓRIO

Trata-se de RÉCURSO DE APELAÇÃO interposto por CIMENTOS DO BRASIL S/A - CIBRASA em face da sentença (fls. 78-100) proferida pelo Juízo da 2ª Vara cumulativa Cível e Penal da comarca de Capanema que, nos autos dos Embargos à Execução (Processo nº 0000322-93.2001.814.0013), opostos em desfavor do ESTADO DO PARÁ, julgou improcedentes os embargos à execução e extinguiu o processo com resolução de mérito nos termos do art. 269, I, do Código de Processo Civil. Condenou, ainda, a embargante ao pagamento das custas e dos honorários advocatícios arbitrados em 1% (um por cento) sobre o valor da causa.

Os presentes Embargos à Execução foram opostos no bojo da Ação de Execução Fiscal (Processo nº 2000.1.000006-2) ajuizada contra a ora apelante pelo Estado do Pará para cobrança de crédito tributário no valor de R\$ 4.212.646,33 (quatro milhões, duzentos e doze mil, seiscentos e quarenta e seis reais e trinta e três centavos) originado do Auto de Infração e Notificação Fiscal - AINF nº 019615 devidamente inscrito em dívida ativa.

Em suas razões recursais (fls. 101-129), a apelante CIMENTOS DO BRASIL S/A – CIBRASA, preliminarmente, requer o recebimento do recurso de apelação no efeito suspensivo diante da ameaça de lesão grave e dano de difícil reparação em seu patrimônio, tendo em vista a possibilidade de irreversibilidade, caso haja a alienação antecipada dos bens imóveis de sua propriedade dados em garantir na mencionada execução fiscal.

Argui a nulidade do lançamento do crédito buscado pela execução fiscal estadual, haja vista que a AINF, em que se fundamentou, não há determinação da matéria tributável nem identificação do fato gerador e seu enquadramento legal, o que implica no desrespeito ao art. 142, CTN c/c art.12, III e IV, da Lei Estadual nº 6.182/98.



Sustenta seu direito ao crédito do ICMS, pois alega ter demonstrado que as mercadorias adquiridas, nos períodos arrolados na ação fiscal referida, foram destinadas para emprego no processo de produção da sua atividade industrial. Ressalta que o princípio da não-cumulatividade do ICMS é previsto na Constituição Federal que determinou em sua inteireza o alcance, conteúdo e forma de aplicação, de modo que não cabe a lei complementar ou ordinária regular o exercício do direito a apropriação do crédito pelo contribuinte, no sentido de impedir, restringir ou limitá-lo, sob pena de contrariar o comando constitucional.

Argumenta acerca da inconstitucionalidade da multa prevista no art. 78, IV, alínea e, da Lei nº 5.530/1989 com redação dada pelo art. 2º da Lei nº 6.011/1996, imposta no Auto de Infração e Notificação Fiscal - AINF nº 019615, no percentual de 80% (oitenta por cento) do valor do tributo por afrontar o princípio do não-confisco previsto no art. 150, IV, CF/88, além de ser excessiva, desproporcional e não razoável diante da natureza da infração consubstanciada em recolhimento a menor do tributo devido por conta de apropriação de crédito do ICMS realizado de forma irregular. Pleiteia o provimento do apelo.

Junta documentos às fls. 130-142.

Certidão acerca da tempestividade do recurso à fl. 144.

O recurso foi recebido apenas em seu efeito devolutivo (decisão à fl. 146).

O apelado apresentou contrarrazões às fls. 148-160, nas quais defende que a sentença atacada acompanha as decisões reiteradas do Superior Tribunal Federal no sentido de que não ofende o princípio constitucional da não cumulatividade o fato da legislação estadual não autorizar a compensação de créditos de ICMS advindos da aquisição de bens destinados ao consumo e ao ativo fixo do contribuinte com os débitos decorrentes da alienação das mercadorias produzidas.

Aduz ser cristalina a determinação legal que fundamentou o auto de infração ante a comprovação no processo administrativo fiscal, submetido ao contraditório e ampla defesa, da apropriação de créditos indevidos pela apelante proveniente do ativo fixo e ao consumo do estabelecimento, operação proibida pelos art. 45, II, da Lei estadual nº 5.530/89 e do art. 31 do Convênio ICMS 66/88. Salienta que os atos administrativos se caracterizam pela sua legitimidade e legalidade, cabendo ao impugnante do ato a comprovação de seu vício.

Destaca que o princípio constitucional da não cumulatividade não é absoluto, sendo limitado de acordo com a técnica escolhida que lhe proporciona exequibilidade e executoriedade, quais sejam a do crédito financeiro e a do crédito físico, cuja competência para defini-la foi transferida ao legislador complementar, conforme dispõe art. 155, §2º, XII, e, CF/88.

Acrescenta que até o advento da Lei complementar nº 87/96, o regime adotado era o do crédito físico, segundo o qual só geraria crédito de ICMS as aquisições utilizadas no processo produtivo ou que representassem mercadorias para revenda ou de futura transferência de propriedade.

Com a vigência da LC nº 87/96, mudou-se o regime para o crédito financeiro, sendo autorizada a apropriação de qualquer crédito de ICMS proveniente das aquisições de bens ou serviços do contribuinte, respeitados os limites temporais, nos casos de mercadorias destinadas ao uso e consumo do estabelecimento a partir de 1º/1/1998, e nos demais casos, desde a vigência da LC nº 87/96, data essa postergada para 1/1/2001 de acordo com LC nº 92 de 23/12/97.

Em derradeiro, sustenta que diante do inadimplemento das obrigações tributárias sejam principais, sejam acessórias, impõe-se multa prevista em lei, a qual, no caso concreto, não pode ser considerada confiscatória, uma vez que é calculada sobre o valor do imposto, este correspondente a 17% (dezessete por cento) do preço do produto objeto do crédito indevido. Assim, a multa equivale ao ínfimo percentual se considerado o preço da mercadoria comercializada sem a cobrança do imposto



devido.

Requer o desprovimento do recurso.

Certificada a tempestividade das contrarrazões à fl. 182.

Distribuídos os autos sob a minha relatoria (fl. 183).

Relatados.

V O T O

Quanto ao juízo de admissibilidade, vejo que o recurso é tempestivo, adequado à espécie e conta com preparo regular (fl. 143). Portanto, preenchidos os pressupostos extrínsecos (tempestividade, regularidade formal, inexistência de fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer e preparo) e intrínsecos (cabimento, legitimidade e interesse para recorrer); sou pelo seu conhecimento.

Não deve ser acolhida a preliminar de atribuição de efeito suspensivo ao presente recurso de apelação, pois a apelante, em suas razões, não conseguiu demonstrar a probabilidade de provimento do recurso a ensejar a suspensão da eficácia da sentença recorrida como exigido no art. 995 do CPC/2015.

1) DA NULIDADE DO LANÇAMENTO DO CRÉDITO

A apelante alega ser o lançamento do crédito impugnado nulo, pois no auto de infração lavrado não consta a matéria tributável nem há identificação do fato gerador e o respectivo enquadramento legal do imposto cobrado.

Não vislumbro qualquer nulidade no lançamento referido, senão vejamos.

Ao analisar detidamente o Auto de Infração e Notificação Fiscal - AINF nº 019615 (fls. 130-131), verifico que foram fiscalizados os exercícios de 1993 a 1997, dos quais constatou-se que no mês de Dezembro/96 e no período de Janeiro/97 a Dezembro/97, o contribuinte CIMENTOS DO BRASIL S/A – CIBRASA (sujeito passivo) creditou-se indevidamente, pois utilizou de créditos extemporâneos de ICMS em desacordo com a legislação em vigor (fato gerador da obrigação), que fora devidamente citada (enquadramento legal e matéria tributável identificados), assim como as notas fiscais, livros de entradas e livros de apuração do ICMS, documentos nos quais estão escriturados os créditos que ensejaram a infração, e que servem como prova da contrariedade à lei perpetrada pelo contribuinte.

Vale ressaltar que o fato dos créditos se encontrarem devidamente escriturados não presume a sua legalidade. O auto de infração deixa claro que a ilegalidade da conduta do contribuinte está na utilização de créditos extemporâneos de ICMS que resultou em pagamento a menor do imposto devido.

Desta feita, tenho que a autoridade administrativa competente se desincumbiu de identificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, o sujeito passivo, a matéria tributável, bem como calculou o montante do tributo devido e aplicou a penalidade cabível em obediência ao art. 142 do CTN.

Em derradeiro, destaco que o lançamento, como ato administrativo que é, traz consigo a presunção de legitimidade e legalidade, cabendo ao contribuinte apresentar prova em contrário dos fatos descritos em seu bojo.

Trazendo para o caso concreto, teria a apelante que demonstrar que os créditos de ICMS escriturados nos documentos fiscais descritos no auto de infração foram creditados nos termos da legislação vigente à época, todavia, não o fez.

2) DO alegado direito ao crédito do ICMS.

A Constituição Federal de 1988 dispõe acerca do Imposto sobre circulação de mercadorias e prestações de serviços –ICMS:

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;



§2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

I - será não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal;

XII - cabe à lei complementar:

c) disciplinar o regime de compensação do imposto;

Verifica-se que a Carta Magna define o fato gerador do referido imposto (art. 155, II) e estabelece como premissa que ele será não-cumulativo (art. 155, §2º, I), todavia, determina que a lei complementar discipline a forma como aquele princípio se efetivará na prática através do regime de compensação, isto é, em que créditos, como e quando o contribuinte poderá fazer a compensação.

Todavia, antes do advento da Lei Complementar nº 87/96, o Convênio ICMS 66/88 serviu como regramento da matéria, no qual observa-se que seu art. 31, II, vedava a utilização de crédito de ICMS advindo da aquisição de bens destinados a consumo ou ao ativo fixo do estabelecimento, assim como dispunha a Lei estadual nº 5.530/89, art. 45, II, em sua redação original:

CONVÊNIO ICMS 66/88

Art. 31 Não implicará crédito para compensação com o montante do imposto devido nas operações ou prestações seguintes:

(omisso)

II - a entrada de bens destinados a consumo ou à integração no ativo fixo do estabelecimento;

Lei estadual nº 5.530/89

Art. 45. Não implicará crédito para compensação com o montante do imposto devido nas operações ou prestações seguintes:

(omisso)

II- a entrada de bens destinados a consumo ou para integrarem o ativo fixo do estabelecimento;

Há entendimento pacificado na jurisprudência pátria que as condições/restrições impostas pela legislação estadual ao regime de compensação não representam ofensa ao princípio da não-cumulatividade:

EMENTA: A jurisprudência de ambas as Turmas, citada no despacho agravado, continua firme no sentido de inexistir ofensa ao princípio da não-cumulatividade no fato de a legislação estadual não autorizar a compensação de créditos de ICMS advindos da aquisição de bens destinados ao consumo e ao ativo fixo do contribuinte com os débitos decorrentes da alienação das mercadorias produzidas. Agravo regimental desprovido. (RE 224531 AgR, Relator (a): Min. ELLEN GRACIE, Primeira Turma, julgado em 28/05/2002, DJ 28-06-2002 PP-00122 EMENT VOL-02075-05 PP-00454) – grifo nosso.

TRIBUTÁRIO. ICMS. ATIVO PERMANENTE. CREDITAMENTO. LIMITAÇÃO TEMPORAL. LEGALIDADE. SÚMULA 83/STJ. MATERIAIS QUE NÃO FAZEM PARTE DO PROCESSO PRODUTIVO. SÚMULA 7/STJ.

1. O Tribunal de origem manifestou-se em consonância com a jurisprudência desta Corte Superior, no sentido de que são legítimas as restrições impostas pela Lei Complementar n. 87/96, inclusive a limitação temporal prevista em seu art. 33 para o aproveitamento dos créditos de ICMS em relação à aquisição de bens destinados ao uso e consumo, ou ao ativo permanente do estabelecimento contribuinte.

2. Todavia, cuidou a Corte estadual, a partir da análise das circunstâncias fáticas e probatórias da causa, de excetuar os produtos adquiridos pela empresa embargada que não integram seu processo produtivo. Nesse caso, não há como aferir eventual violação sem que se reexamine o conjunto probatório dos presentes autos, o que é defeso a esta Corte em vista do óbice da Súmula 7/STJ.

Agravo regimental improvido. (AgRg nos EDcl no AREsp 76.575/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/06/2012, DJe 28/06/2012) – grifo



nosso.

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO TRIBUTÁRIO. ICMS. CREDITAMENTO E COMPENSAÇÃO. DOCUMENTAÇÃO INIDÔNEA. INCORRETA ESCRITURAÇÃO NOS LIVROS FISCAIS. IMPOSSIBILIDADE. CONDIÇÕES IMPOSTAS PELA LEI COMPLEMENTAR 87/96 E PELA LEI ESTADUAL Nº 8.820/89. VALIDADE. Não há ofensa ao princípio da não-cumulatividade quando a lei expressamente estabelece condições ao direito de compensação de créditos decorrentes de ICMS destacados em notas fiscais de aquisição de mercadorias. Inteligência da LC 87/96 e da Lei Estadual nº 8.820/89. Precedentes do STF e do TJRS. Confessando a embargante a incorreta escrituração dos livros fiscais quanto às operações de saída, correto o lançamento tributário ao desconsiderar o pretendido creditamento. Sentença mantida. RECURSO A QUE SE NEGA SEGUIMENTO. (Apelação Cível Nº 70065184699, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Denise Oliveira Cezar, Julgado em 18/11/2015) – grifo nosso.

Pois bem, após a entrada em vigor da Lei Complementar 86/97 cuja aplicação não é retroativa, o regime de compensação passou de físico para financeiro, entretanto, as novas regras somente passaram a ter vigência para aquisição de mercadorias destinadas ao uso ou consumo do estabelecimento a partir de 1/1/1998, e aquelas destinadas ao ativo permanente do estabelecimento, a partir de 1/11/1996 (data da entrada em vigor da LC nº 87/96), como se depreende das regras abaixo:

Art. 20. Para a compensação a que se refere o artigo anterior, é assegurado ao sujeito passivo o direito de creditar-se do imposto anteriormente cobrado em operações de que tenha resultado a entrada de mercadoria, real ou simbólica, no estabelecimento, inclusive a destinada ao seu uso ou consumo ou ao ativo permanente, ou o recebimento de serviços de transporte interestadual e intermunicipal ou de comunicação.

Art. 33. Na aplicação do art. 20 observar-se-á o seguinte:

I - somente darão direito de crédito as mercadorias destinadas ao uso ou consumo do estabelecimento, nele entradas a partir de 1º de janeiro de 1998;
(omisso)

III - somente darão direito de crédito as mercadorias destinadas ao ativo permanente do estabelecimento, nele entradas a partir da data da entrada desta Lei Complementar em vigor.

Desta feita, considerando que a embargante/apelante não trouxe aos autos prova idônea de que os créditos de ICMS por ela apropriados estavam autorizados pela legislação que rege a matéria à época, ônus que lhe cabia de acordo com art. 373, I, do Código de Processo Civil/2015, e, ainda, a existência de presunção de legitimidade e veracidade inerente ao ato administrativo consubstanciado na AINF nº 019615, não resta comprovado o reivindicado direito ao credenciamento do ICMS nos exercícios alvos da autuação.

3) DA SUSCITADA INCONSTITUCIONALIDADE DA MULTA PREVISTA NO ART. 78, IV, ALÍNEA E, DA LEI ESTADUAL Nº 5.530/1989 DIANTE DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DO NÃO-CONFISCO.

Primeiramente, vale destacar que, segundo entendimento pacífico do Supremo Tribunal Federal, a proibição de efeito confiscatório assegurado no art. 150, IV, CF/88 é aplicável também às multas previstas pelo descumprimento das obrigações tributárias.

Nesse sentido, são os julgados:

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUTÁRIO. INCIDÊNCIA DE JUROS SOBRE MULTA MORATÓRIA. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. REAPRECIÇÃO DE INTERPRETAÇÃO DADA A NORMA INFRACONSTITUCIONAL. SÚMULA 636 DO STF. ABRANGÊNCIA DA INCIDÊNCIA DE JUROS DEFINIDA COM BASE NA LEGISLAÇÃO ORDINÁRIA



(CTN E LEI 9.430/1996). QUESTÃO INFRACONSTITUCIONAL. PRINCÍPIO QUE VEDA O CONFISCO. APLICAÇÃO SOBRE MULTA DECORRENTE DO INADIMPLEMENTO DE OBRIGAÇÕES TRIBUTÁRIAS. INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO EM RELAÇÃO AOS JUROS. VALOR RELATIVO À MULTA. SÚMULA 279 DO STF. CONSTITUCIONALIDADE DA INCIDÊNCIA DA TAXA SELIC COMO ÍNDICE DE ATUALIZAÇÃO DOS DÉBITOS TRIBUTÁRIOS PAGOS EM ATRASO. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

I – É inadmissível a interposição de recurso extraordinário por ofensa ao princípio da legalidade, para reapreciar a interpretação dada a normas infraconstitucionais. Incidência da Súmula 636 do STF. II – O acórdão recorrido, ao determinar a abrangência da incidência dos juros sobre a multa moratória, decidiu a questão com base na legislação ordinária (CTN e Lei 9.430/1996). A afronta à Constituição, se ocorrente, seria indireta. Incabível, portanto, o recurso extraordinário. III – Esta corte já fixou entendimento no sentido de que lhe é possível examinar se determinado tributo ofende, ou não, a proibição constitucional do confisco em matéria tributária e que esse princípio deve ser observado ainda que se trate de multa fiscal resultante de inadimplemento, pelo contribuinte, de suas obrigações tributárias. Inexistência de previsão em relação aos juros. IV – Hipótese dos autos em que o valor relativo especificamente à multa (77% do valor do tributo) não evidencia de forma clara e objetiva ofensa ao postulado do não confisco. Incidência da Súmula 279 do STF. V – Configurada a impossibilidade, por meio do recurso extraordinário, de rever a decisão na parte em que aplicou juros sobre multa moratória, verifica-se que é constitucional a incidência de taxa Selic como índice de atualização dos débitos tributários pagos em atraso. VI – Agravo regimental a que se nega provimento. (RE 733656 AgR, Relator (a): Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 24/06/2014, processo eletrônico DJe-157 divulgado 14-08-2014 public 15-08-2014) – grifo nosso

DIREITO TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO CONHECIDOS. RECEBIMENTO DOS DECLARATÓRIOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. ÔBICE DA AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO SUPERADO. APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DO EFEITO DE CONFISCO À MULTA FISCAL. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTO JURÍDICO À MAJORAÇÃO DA MULTA. A jurisprudência desta corte firmou-se no sentido de que incabíveis embargos de declaração opostos em face de decisão monocrática. Recebimento como agravo regimental com fundamento no princípio da fungibilidade. Aplicabilidade do princípio constitucional de proibição do confisco à multa pelo não cumprimento de obrigação tributária. Precedentes. Ausência de fundamento jurídico à majoração da multa, consoante jurisprudência deste tribunal. Embargos de declaração conhecidos e recebidos como agravo regimental, ao qual se nega provimento. (STF, Emb. Decl. no Agravo de Instrumento 805.7450-Paraná, 1ª Turma, Relatora: Min. Rosa Weber, j. 29.05.2012) – grifo nosso.

A multa de 80% (oitenta por cento) do valor do tributo, imposta no caso concreto e dita como inconstitucional pela Apelante, está prevista no art. 78, IV, alínea e, da Lei nº 5.530/1989 com redação dada pelo art. 2º da Lei nº 6.011/1996, in verbis:

Art. 78. Na hipótese de descumprimento da obrigação principal e/ou acessória prevista na legislação tributária, apurada mediante procedimento fiscal cabível, serão aplicadas as seguintes multas, sem prejuízo do pagamento do imposto, quando devido:

(...)

IV – 200% (duzentos por cento) do valor do imposto, quando:

e) utilizar crédito indevido ou inexistente destacado em documento fiscal:

1. que não corresponda a uma efetiva operação de circulação de mercadorias, salvo nos casos regularmente permitidos;
- 2 – que decorra de conluio entre as partes;
- 3- emitido com o valor da operação supervalorizados – grifo nosso.

Lei nº 6.011/1996:

Art. 2º As multas previstas no art. 78 da Lei nº 5.530, de 13 de janeiro de 1989, ficam reduzidas em sessenta por cento, exceto nos casos previstos no seu inciso V, em relação ao qual a redução será de trinta por cento.



Neste ponto, afasto a alegação da falta de razoabilidade da multa imposta em razão da menor gravidade da infração que lhe foi imputada, qual seja, recolhimento a menor do tributo devido por conta de apropriação de crédito do ICMS realizado de forma irregular, haja vista que, segundo o princípio da legalidade dirigido à Administração Pública, o seu agente ao verificar a subsunção da conduta do contribuinte a hipótese legalmente prevista tem o dever de aplicar a multa (ato vinculado) não tendo espaço para juízo de conveniência ou oportunidade acerca da sua incidência de acordo com o grau de gravidade da infração.

Quanto a suposta violação ao princípio constitucional da vedação ao confisco, tenho que não ocorre no caso concreto. Explico.

Tendo em vista a indeterminação do conceito de confisco e a inexistência de limitação do patamar a partir do qual a tributação passa a ser considerada confiscatória, necessário se faz analisar as especificidades da situação jurídica apresentada para se verificar se a imposição da multa no percentual de 80% (oitenta por cento) tem caráter confiscatório.

No caso, o objeto da tributação e da multa é o crédito de ICMS apropriado de forma indevida, cujo o quantum não está especificado nos autos.

O imposto recolhido na operação foi no valor de R\$ 1.599.769,29 (um milhão, quinhentos e noventa e nove mil, setecentos e sessenta e nove reais e vinte e nove centavos), enquanto que a multa fixada alcançou R\$ 1.406.910,29 (um milhão, quatrocentos e seis mil, novecentos e dez reais e vinte e nove centavos).

Cabe salientar que o ICMS em questão equivale a 17% (dezessete por cento) do preço da mercadoria comercializada objeto do crédito indevido, ao passo que a multa cobrada incide sobre o valor do imposto, isto é, 80% (oitenta por cento) a título de multa sobre o resultado dos 17% (dezessete por cento) proveniente do imposto, logo incabível considerá-la confiscatória, excessiva e desproporcional, uma vez que corresponde a percentual pequeno se considerado o valor total obtido com a venda do produto ao consumidor.

Em derradeiro, cabe salientar que não se pode confundir a incidência da taxa Selic para atualização de débitos tributários com a aplicação da multa prevista no art. 78, IV, alínea e, da Lei nº 5.530/1989 com redação dada pelo art. 2º da Lei nº 6.011/1996 que objetiva sancionar o contribuinte que não cumpre suas obrigações tributárias, logo a imposição de uma não exclui a outra.

Ante o exposto, conheço do recurso de apelação, porém lhe nego provimento para manter na íntegra a sentença atacada.

É o voto.

Belém – PA, 2 de maio de 2016.

Desa. MARIA DO CÉO MACIEL COUTINHO
Relatora