

A. I. N° - 279690.0002/07-7
AUTUADO - SERCOM DISTRIBUIDORA DE COMBUSTÍVEIS LTDA.
AUTUANTES - RENATO DOS SANTOS DE ALMEIDA, WALTER CAIRO DE OLIVEIRA FILHO e
COSME ALVES DOS SANTOS
ORIGEM - SAT/COPEC
INTERNET - 30. 04. 2008

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0128-01/08

EMENTA: ICMS. 1. OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. IMPOSTO RETIDO E NÃO RECOLHIDO. Comprovado, nos autos, através de documentos e demonstrativos analíticos os valores retidos e não recolhidos pelo sujeito passivo. Infração não elidida. 2. IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO. OPERAÇÕES INTERNAS E INTERESTADUAIS COM ÁLCOOL ETÍLICO HIDRATADO. Infrações caracterizadas. 3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. ADOÇÃO DO REGIME NORMAL DE APURAÇÃO DO IMPOSTO. MULTA. Uma vez comprovada a tributação regular nas operações subsequentes, torna-se inexigível o tributo neste caso, aplicando-se a multa por descumprimento de obrigação acessória equivalente a 60% do imposto não antecipado, nos termos do art. 42, II, “d” da Lei nº. 7.014/96, com a redação dada pela Lei nº 10.847/07. Infração não elidida. 4. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. FALTA DE APRESENTAÇÃO. MULTA. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 1% sobre o valor das operações realizadas, conforme previsto no art. 42, inciso XIII-A, alínea “j” da Lei nº 7.014/96, com a redação dada pela Lei nº 10.847/07. Infração comprovada. As multas aplicadas possuem previsão no ordenamento jurídico e este órgão julgador não tem competência para apreciar alegação de inconstitucionalidade ou ilegalidade do direito posto. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 28/09/2007, reclama ICMS no valor de R\$ 1.964.655,00 e impõe multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$ 765.106,45, em decorrência do cometimento das seguintes infrações imputadas ao sujeito passivo:

01 – deixou de recolher o ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações de vendas de combustíveis e lubrificantes realizadas para contribuintes localizados neste Estado, nos meses de setembro a dezembro de 2006 e janeiro a maio de 2007, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 1.116.176,20, acrescido da multa de 150%. Consta que o contribuinte apropriou-se do imposto por ele retido, cobrado dos destinatários das mercadorias, sem o

respectivo recolhimento aos cofres públicos, caracterizando apropriação indébita de recursos, conforme demonstrativos anexos às fls. 24 a 62 cujas cópias foram entregues ao contribuinte mediante recibo;

02 – deixou de recolher o ICMS nos prazos regulamentares, referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, nos meses de dezembro de 2006 e janeiro a maio de 2007, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 653.343,10, acrescido da multa de 50%. Consta se referir às operações internas com álcool etílico hidratado combustível, realizadas e lançadas nos livros fiscais próprios conforme demonstrativos anexos às fls. 66 a 90, cujas cópias e respectivos livros fiscais foram entregues ao contribuinte mediante recibo. Consta, ainda, a ressalva que a infração foi desmembrada em duas separando-se as operações internas das operações interestaduais, em face da incidência do Adicional do Fundo de Pobreza nas operações internas, conforme disposição da Lei nº 7.988/2001;

03 – deixou de recolher o ICMS nos prazos regulamentares, referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, nos meses de dezembro de 2006 e janeiro a maio de 2007, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 195.135,72, acrescido da multa de 50%. Consta se referir às suas operações interestaduais com álcool etílico hidratado combustível, realizadas e lançadas nos livros fiscais próprios conforme demonstrativos anexos às fls. 66 a 90, cujas cópias e respectivos livros fiscais foram entregues ao contribuinte mediante recibo. Consta, ainda, a ressalva que a infração foi desmembrada em duas separando-se as operações internas das operações interestaduais, em face da incidência do Adicional do Fundo de Pobreza nas operações internas, conforme disposição da Lei nº 7.988/2001;

04 – multa percentual sobre o imposto que deveria ter sido pago por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, adquiridas para fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente. Tais fatos ocorreram nos meses de setembro, novembro e dezembro de 2006, janeiro, fevereiro a maio de 2007, sendo aplicada a multa de 60%, que representou o valor de R\$ 573.121,38. Consta que, conforme demonstrativo anexo às fls. 66 a 90 e 91 a 106 cuja cópia foi entregue ao contribuinte mediante recibo. Consta, ainda, que para apuração do valor da antecipação parcial nas entradas interestaduais de álcool etílico hidratado combustível foram consideradas apenas as notas fiscais de unidades federativas não signatárias do Protocolo ICMS 17/2004. Para apropriação dos recolhimentos efetivamente realizados pelo contribuinte a título de antecipação parcial, foram utilizadas as informações obtidas através do Sistema INC/SEFAZ já que vários Documentos de Arrecadação (DAE) apresentados pelo contribuinte encontram-se com os dados de nota fiscal ilegíveis;

05 – deixou de fornecer arquivo magnético exigido mediante intimação, com informações das operações e prestações realizadas, em relação aos meses de outubro a dezembro de 2006 e de janeiro a junho de 2007, sendo aplicada a multa de 1% sobre o valor das operações de saídas e das prestações de serviço realizadas, totalizando R\$ 191.985,07. Consta que se encontra anexada a intimação com ciência do contribuinte para apresentação dos respectivos arquivos magnéticos na forma TXT e leiaute do Convênio ICMS nº 75/95 referente aos períodos de 2006 e 2007 conforme documentos de fls. 10, 107 e 108.

O autuado, através de advogado legalmente constituído, apresentou peça impugnatória ao lançamento de ofício às fls. 3.544 a 3.557, manifestando inicialmente o seu inconformismo contra o que denomina de “estrondosa penalidade aplicada”.

Diz que a pena imposta no presente Auto de Infração é confiscatória e que deve haver proporcionalidade entre a prática do ilícito fiscal e o prejuízo causado ao Erário estadual,

conforme mandamento contido no artigo 112, V, do Código Tributário Nacional – CTN, que reproduz.

Reproduz texto de Samuel Monteiro, sobre o aspecto da multa confiscatória e a sua excessiva exigência. Argumenta que a Lei nº 9.298/96, limita as multas no comércio a patamares nunca superiores a 2%, compatíveis com os índices de inflação existentes no país, que estão abaixo de 1% ao mês. Reproduz lição de Hugo de Brito Machado sobre o tributo com efeito de confisco.

Transcreve ementa referente a decisão do Supremo Tribunal Federal, segundo diz, colhida na internet, referente ao RE-92.165/MG, que cuida de multa confiscatória, ressaltando que se trata de decisão datada de 14/03/1980, portanto, ainda na vigência da Constituição Federal de 1967, elaborada pela ditadura militar de 1964, época em que se convivia com altos índices de inflação.

Prosseguindo, referindo-se ainda sobre a proporcionalidade da pena, reproduz lição de Ângela Maria da Motta Pacheco, bem como decisão do TRF 5ª Região, RE 91.707/MG; AC 318416/RN.

Adentrando no mérito, relativamente às infrações 01, 02, 03 e 04, sustenta que os cálculos realizados pelos autuantes estão incorretos, como diz será demonstrado no decorrer do PAF que se inicia. Reitera que as penalidades são escorchantes e que só irá se pronunciar sobre a acusação fiscal após análise detalhada da acusação.

Com relação à infração 05, diz que se trata de descumprimento de obrigação acessória não se justificando a aplicação de multa nos percentuais e valores apontados no Auto de Infração.

Afirma que a legislação tributária não permite que o Fisco use base de cálculo de imposto para aplicação de penalidade pelo descumprimento de obrigação acessória, conforme está sendo exigida na presente autuação. Alega que a multa é confiscatória, sendo adequado ao caso em tela os mesmos argumentos defensivos estampados em sede preliminar.

Finaliza requerendo a improcedência do Auto de Infração.

Os autuantes prestaram informação fiscal às fls. 3.564 a 3.567, na qual afirmam que a defesa está baseada em asserções doutrinárias sem enfoque concreto e objetivo, bem como sem comprovar a insubsistência das infrações e impugnar concretamente o levantamento fiscal.

Dizem que a ação fiscal considerou como elementos de prova os livros e documentos fiscais do sujeito passivo, cujas cópias estão anexadas aos autos, no intuito de documentar as infrações incorridas pelo autuado.

Prosseguindo, tecem considerações sobre a lavratura do Auto de Infração, afirmando que o autuado apenas tergiversa acerca da ação fiscal e passam a fazer considerações sobre cada infração de per si.

Relativamente à infração 01, salientam que o autuado argúi que os cálculos apresentados no Auto de Infração estão incorretos, contudo, não trouxe quaisquer elementos de provas para demonstrar a insubsistência da infração.

Dizem que sendo de responsabilidade do contribuinte o lançamento e recolhimento do imposto, conforme o artigo 512-A, do RICMS/97, a infração foi constatada após análise das notas fiscais emitidas pelo autuado com o destaque do ICMS correspondente à substituição tributária, imposto cobrado dos destinatários dos produtos, sem o respectivo recolhimento ao Erário. Os valores apontados na infração foram extraídos das mencionadas notas fiscais, cujas cópias se encontram anexadas aos autos e que haviam sido lançadas em seu livro Registro de Saídas. Frisam que os cálculos do imposto foram realizados pelo próprio autuado e oferecidos à tributação, conforme estabelece o transcrito art. 512-A, inciso I, alínea “b”, item I do RICMS/97, que atribui ao autuado a responsabilidade pelo lançamento e recolhimento do imposto.

Quanto às infrações 02 e 03, afirmam que nessas infrações o autuado apresentou os mesmos argumentos referentes à infração 01, sem apresentar quaisquer elementos de prova para demonstrar a insubsistência das infrações.

Esclarecem que nessas infrações está sendo exigido o ICMS referente às operações internas e interestaduais com álcool hidratado combustível, realizadas pelo autuado e lançadas nos livros fiscais próprios, conforme demonstrativo anexado aos autos. Ressaltam que a infração foi desmembrada em duas, separando as operações internas – infração 02 – das operações interestaduais – infração 03 –, tendo em vista a incidência do Adicional do Fundo de Pobreza nas operações internas, consoante previsto na Lei nº 7.988/2001.

Asseveram que cumpriram a legislação do ICMS pertinente ao aplicarem a multa de 50% do valor do imposto, pela falta de recolhimento nos prazos regulamentares referentes às operações regularmente escrituradas nos livros fiscais próprios. Ressaltam que abateram do imposto apurado os valores efetivamente recolhidos pelo contribuinte, relativos aos meses fiscalizados, não sendo cabível falar-se que os cálculos apresentados pelos autuantes estão incorretos, haja vista que a exigência se limitou a exigir o imposto declarado e não recolhido pelo contribuinte.

No respeitante à infração 04, dizem que o autuado se equivocou ao confundir esta infração com a infração 01, pois são infrações distintas, sendo a infração 04 decorrente da entrada interestadual de mercadorias para fins de comercialização e a infração 01, referente às operações de saídas internas efetuadas pelo autuado. Ressaltam que a apuração do valor da antecipação parcial nas entradas interestaduais de álcool etílico hidratado combustível foram consideradas apenas as notas fiscais de unidades da Federação não signatárias do Protocolo nº 17/2004, devidamente registradas nos livros fiscais próprios, com saída posterior tributada.

Esclarecem que apropriaram os recolhimentos efetivamente realizados pelo autuado a título de antecipação parcial, utilizando as informações obtidas através do sistema INC/SEFAZ, tendo em vista que os documentos de recolhimentos (DAE's) apresentados pelo contribuinte encontram-se com os dados de notas fiscais ilegíveis.

Asseveram que aplicaram a multa sobre o valor do imposto que deveria ter sido antecipado pelo contribuinte, que está obrigado a efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, na forma do artigo 352-A, do RICMS/BA. Acrescentam que tiveram o cuidado de abater os valores da antecipação parcial, efetivamente recolhidos e apropriados pelo sistema de arrecadação da SEFAZ.

No tocante à infração 05, sustentam que o próprio autuado reconhece se tratar de descumprimento de obrigação acessória, decorrendo daí a imposição da multa prevista no artigo 42, inciso XIII-A, alínea “g”, da Lei nº 7.014/96.

Concluem mantendo integralmente a autuação.

VOTO

Inicialmente, no que concerne ao inconformismo do autuado sobre as multas aplicadas, inclusive, sobre o alegado caráter confiscatório, cumpro-me consignar que este órgão julgador não tem competência para apreciar questão de inconstitucionalidade, consoante o artigo 125 da Lei nº. 3.956/2001, instituidora do Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB.

Não obstante, observo que em relação a todas as imposições fiscais as multas foram indicadas corretamente, haja vista que estão previstas na Lei nº 7.014/96.

No mérito, relativamente à infração 01 – que cuida da falta de recolhimento do ICMS retido na qualidade de sujeito passivo por substituição -, vejo que os autuantes, como prova da infração, elaboraram os demonstrativo de fls. 24 a 65, nos quais são indicados mês a mês e em relação a

cada nota fiscal, os valores retidos e que deixaram de ser recolhidos pelo sujeito passivo. Acrescento que, de igual modo, as cópias reprográficas das notas fiscais em referência se encontram acostadas aos autos e que os valores do ICMS referentes a cada um dos documentos fiscais foi retido pelo contribuinte, isto é, foi cobrado dos adquirentes das mercadorias sem que os valores correspondentes tivessem sido recolhidos. Assim, este item da autuação é integralmente subsistente.

No respeitante às infrações 02 e 03 – que tratam da falta de recolhimento do ICMS referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, sendo, no primeiro caso, em relação às operações internas, e, no segundo caso, em relação às operações interestaduais -, verifico que os demonstrativos elaborados pelos autuantes acostados às fls. 80 a 87, apontam os valores do ICMS recolhidos pelo contribuinte no período objeto da ação fiscal, indicando nos períodos em que ocorreram diferenças a recolher, os valores referentes a cada uma dessas duas infrações. Constato, ainda, que os dados utilizados pelos autuantes foram colhidos do livro Registro de Apuração do ICMS do autuado, cujas cópias se encontram acostadas aos autos e do extrato de pagamentos obtido através do Sistema INC/SEFAZ, também anexado aos autos. Assim, tanto a infração 01 quanto a infração 02, são integralmente subsistentes.

No que se refere à infração 04, que versa sobre o imposto que deveria ter sido pago por antecipação parcial, decorrente da aquisição de mercadorias para comercialização, devidamente registradas e cuja saída posterior foi tributada normalmente, a aplicação da multa no percentual de 60% encontra-se prevista no art. 42, inciso II da lei nº 7.014/96, com a redação dada pela Lei nº 10.847 de 27/11/2007.

Observo que no demonstrativo elaborado pelos autuantes, acostado aos autos às fls. 88 a 103, foram relacionadas as notas fiscais arroladas na autuação, cujas cópias se encontram anexadas aos autos, sendo detalhados em relação a cada mês os cálculos pertinentes a esta exigência, quando são apontados os valores do imposto pago no prazo regulamentar, o total do imposto devido e as diferenças, cujo pagamento ocorreu quando da apuração do imposto normal e em relação às quais incidiu a aplicação da multa. Vejo, ainda, que os pagamentos realizados pelo autuado a cada mês, estão em conformidade com as informações colhidas através do Sistema INC/SEFAZ.

Portanto, não tendo o autuado cumprido a obrigação de antecipar o ICMS, cabe, a aplicação da multa de 60% sobre o imposto que deveria ter sido recolhido em referência à antecipação parcial. Assim, este item da autuação é integralmente subsistente.

Quanto à infração 05, verifico que decorreu do fato de o contribuinte ter deixado de entregar os arquivos magnéticos exigidos através de intimação. De acordo com a intimação anexada aos autos à fl.10, o contribuinte foi intimado a apresentar os arquivos magnéticos, tendo sido concedido o prazo de cinco dias, conforme previsto no art. 708-B do RICMS/97. Como não atendeu a intimação restou caracterizada a infração, estando correta a multa aplicada de 1% sobre as saídas, conforme previsto na legislação tributária invocada, estando os cálculos apontados no demonstrativo acostado aos autos.

Considerando que em conformidade com o art. 42, inciso XIII-A, alínea “j” da Lei nº. 7.014/96, com a redação dada pela Lei nº. 10.847 de 27/11/2007, a falta de fornecimento de arquivo magnético com as informações das operações realizadas, sujeita o contribuinte ao pagamento da multa de 1% sobre o valor das operações ou prestações realizadas, fica mantida também esta infração.

Diante do exposto, voto pela procedência do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **279690.0002/07-7**, lavrado contra **SERCOM DISTRIBUIDORA DE COMBUSTÍVEIS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.964.655,02**, acrescido das multas de 150% sobre R\$ 1.116.176,20, de 50% sobre R\$ 848.478,82, previstas no art. 42, incisos V, alínea “a”, I, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor de **R\$ 765.106,45**, previstas nos incisos II, alínea “d”, XIII-A, alínea “j”, do artigo 42 do mesmo Diploma legal acima citado, com os acréscimos moratórios na forma prevista pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de abril de 2008.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – JULGADOR

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – JULGADOR