

**A. I. N°.** - 269105.0001/07-0  
**AUTUADO** - MANHATTAN DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA.  
**AUTUANTES** - RENATO DOS SANTOS DE ALMEIDA, WALTER CAIRO DE OLIVEIRA FILHO e  
COSME ALVES DOS SANTOS  
**ORIGEM** - SAT/COPEC  
**INTERNET** - 19. 08. 2008

**1<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF N° 0270-01/08**

**EMENTA: ICMS.** 1. OPERAÇÕES INTERNAS DE VENDAS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **a)** IMPOSTO RETIDO E NÃO RECOLHIDO. Documento de arrecadação comprobatório do recolhimento tempestivo de uma das parcelas exigidas reduz o montante do débito. Infração parcialmente caracterizada. **b)** RETENÇÃO E RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Infração não elidida. 2. LIVROS FISCAIS. IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO. Comprovado o acerto da exigência tributária. Infração comprovada. 3. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. FALTA DE APRESENTAÇÃO. MULTA. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 1% sobre o valor das operações realizadas. Infração confirmada. Rejeitadas as preliminares de nulidade e o pleito pela realização de revisão fiscal. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

Através do Auto de Infração em lide, lavrado em 27/09/2007, foi efetuado o lançamento do ICMS no valor de R\$ 355.960,37 e da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$ 46.933,17, atribuindo ao sujeito passivo o cometimento das seguintes infrações:

01 – deixou de recolher o ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às vendas de combustíveis e lubrificantes nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, nos meses de fevereiro a abril de 2007, sendo exigido o imposto no valor de R\$ 59.439,96, 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 públicos, conforme demonstrativo às fls. 15 a 28, cuja cópia foi entregue ao contribuinte mediante recibo;

02 – reteve e recolheu a menos o ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subseqüentes, nas vendas de combustíveis e lubrificantes para contribuintes localizados neste Estado, nos meses de fevereiro a abril de 2007, exigindo o imposto no valor de R\$ 285.238,88, acrescido da multa de 60%. Consta que a apuração decorreu de erro na determinação da base de cálculo, conforme demonstrativo às fls. 29 a 50, cuja cópia foi entregue ao contribuinte, mediante recibo;

03 – deixou de recolher o ICMS no prazo regulamentar, referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, no mês de fevereiro de 2007, exigindo imposto no valor de R\$ 11.281,53, acrescido da multa de 50%. É acrescentado que se refere a operações internas com álcool etílico hidratado combustível, realizadas e lançadas nos livros fiscais próprios, conforme demonstrativos às fls. 51 a 70, cujas cópias e respectivos livros fiscais foram entregues ao contribuinte mediante recibo;

04 – deixou de fornecer arquivo magnético exigido mediante intimação, com informações das operações e prestações realizadas, em relação aos meses de fevereiro a abril de 2007, sendo aplicada a multa de 1% sobre o valor das operações de saídas e das prestações de serviço realizadas, totalizando R\$ 46.933,17. Consta estar anexada a intimação com a devida ciência do contribuinte para apresentação dos respectivos arquivos magnéticos no formato TXT e leiaute do Convênio ICMS nº 75/95, conforme documentos à fl. 71.

O autuado, através de representantes legalmente constituídos, impugnou o lançamento tributário às fls. 768 a 794 (vol. IV), argüindo, inicialmente, que até o momento da apresentação da defesa não haviam sido devolvidos os documentos necessários à apuração dos fatos apontados no Auto de Infração, o que se constitui na existência de arbítrio por parte dos autuantes, refletindo em intenção de prejudicar o impugnante.

Devido a essa ocorrência, solicita a dilação do prazo por mais 30 (trinta) dias para apresentação da defesa. Na hipótese desse pedido não ser aceito, passa a apresentar a matéria de defesa com base na autuação relativa a outra filial da empresa, que se refere às mesmas supostas infrações, de modo que passará a considerá-las como seu único e verdadeiro instrumento de defesa.

Entende que cabendo ao Estado o ônus da prova em questões tributárias, de acordo com Ives Gandra da Silva Martins, sempre que a tributação agregada retire do contribuinte a capacidade de se sustentar e se desenvolver, ocorrerá confisco. Afirma que em direito não se pode julgar sem examinar o texto em conjunto, nem se pode concluir pela culpabilidade de alguém sem prova cabal da ocorrência da infração, sob pena de leviandade e afronta à justiça.

Argúi que os autuantes não lhe apresentaram as provas concernentes aos supostos fatos apurados na ação fiscal, o que caracteriza desrespeito à legislação do ICMS, assim como à Constituição Federal de 1988. Salientando que de acordo com o art. 194 do CTN [Código Tributário Nacional] a atividade fiscal é estritamente vinculada aos limites de competência estabelecidos pela lei, traz a definição de Hely Lopes Meirelles sobre os atos vinculados ou regrados. Assim, lembra que o poder de investigação do estado arrecadador não pode ser arbitrário, a depender da vontade e conveniência da autoridade.

Assevera que os agentes fiscais devem obediência às normas de conduta, às regras e às formalidades impostas pela legislação, de modo a preservar as garantias do contribuinte. As provas devem ser obtidas por meios lícitos, sem o emprego do excesso de poder e devem ser obtidas com base no consentimento judicial. A ausência destes termos causa a invalidação do lançamento em decorrência de vício formal, tendo em vista, ademais, que fere o princípio da moralidade.

Na seqüência, o autuado discorre a respeito dos limites da atuação do Poder Executivo, trata sobre a separação dos poderes e sobre as funções concernentes a cada um deles. Observa que como cabe ao Poder Executivo executar as leis, não lhe é dado o direito de descumpri-las, pois isso se constituiria em invasão da função de outro poder, qual seja o Poder Judiciário. Ademais, tendo em vista a interpretação adotada para o princípio da legalidade, o executivo não pode se recusar a cumprir as determinações contidas em lei. Afirma que a constitucionalidade do ato legislativo por parte do executivo deveria se apresentar na forma de voto.

Trata, ainda, de forma histórica, sobre a teoria da separação dos poderes, enfatizando que não é possível estabelecer, de forma absoluta, as diferenças entre as atividades compreendidas em cada poder, lembrando, para tanto, o pensamento de “Gordillo”. Ressalta, no entanto, que o agente administrativo pode fazer apenas aquilo que está previsto na lei, onde se inclui a própria Constituição, ressalvando-se que se a lei infraconstitucional contiver comando incompatível com aquela, o princípio da legalidade deverá impor a prevalência da norma superior.

Argumenta que apesar de caber ao Poder Judiciário conhecer a questão da constitucionalidade das leis e atos normativos, isso não significa que o Poder Executivo não pode apreciar a mesma questão,

inclusive respeitando a Constituição e rejeitando qualquer ofensa a ela. Em suma, afiança que inexiste fundamento para diferenciar os limites dessas duas competências, sob a assertiva de que se o Executivo não pudesse apreciar a constitucionalidade, também não poderia examinar a legalidade, pois esta também é de competência do Judiciário. Desse modo, a tarefa de julgar seria privativa do Judiciário e não existiria a fiscalização dos próprios atos pelo Executivo.

O impugnante entende que não existe diferença substancial entre a atuação desses dois poderes, em relação à concretização do Direito. Salienta que conforme apontou Castanheira Neves, as normas jurídicas mais abstratas têm seu sentido individualizado para o caso concreto, tanto na via administrativa como na judicial. Isto quer dizer que tanto o Judiciário quanto o Executivo desenvolvem atividades de interpretação e aplicação do Direito, cada ato devendo ser norteado pelos princípios fundamentais constantes na Constituição.

Destaca não ser aceitável a alegação de que o Executivo aplica apenas as leis infraconstitucionais, haja vista que ao aplicar qualquer regra, deve ser avaliada a sua constitucionalidade, o que significa que toda atividade estatal está subordinada ao primado do Direito e ao controle do Poder Judiciário.

Realça que a atividade administrativa está subordinada à observância de certos procedimentos, que resulta na impossibilidade de ocorrer decisões imediatas e derivadas da escolha pela autoridade de critérios meramente subjetivos, bem como assegura a manifestação dos possíveis interessados no ato estatal. Assim, a decisão do agente público deverá retratar as informações e manifestações ocorridas no curso do procedimento, caso em que a falta de consistência entre a decisão e os eventos ocorridos produz invalidade.

Afirma que os procedimentos administrativos estão subordinados ao art. 5º, inciso LV da CF/88, o que assegura a manutenção da ampla defesa e do contraditório, visando impedir, além disso, que o procedimento estatal sacrifique o interesse privado, sem que o interessado possa fiscalizar o ato praticado pelos agentes públicos. Em suma, faz-se necessário assegurar a participação do indivíduo na produção dos atos estatais, de modo a garantir a existência de um Estado democrático.

Enfatiza que a existência da ampla defesa depende do conhecimento que o particular tem a respeito da acusação ou da pretensão do Estado, de modo que este tem que fornecer, de antemão, a oportunidade de manifestação do interessado. O contraditório depende de defesa prévia a ser apostila pelo interessado, em vista de todos os eventos e de produção das provas pertinentes. Vale dizer que a audiência do particular necessariamente tem que se dar antes do ato estatal, pois de outro modo não existiria a ampla defesa e sim garantia de recurso. Assegura que é isto que ocorre quando a administração formula antecipadamente suas decisões, concedendo ao interessado apenas a oportunidade de manifestar-se para manter uma aparência de impessoalidade.

Argúi que a atividade administrativa deve sujeitar-se também aos princípios da impessoalidade e da moralidade, considerando os interesses privados. Assim, o julgador deve agir de modo imparcial, aplicando o direito objetivamente ao caso concreto. Para que seja garantida a ampla defesa devem ser examinados integralmente todos os argumentos do particular, para que a decisão seja motivada, com indicação dos fundamentos de direito e de fato que lhe servem de base. Acrescenta ser inaceitável a recusa em responder as argüições formuladas em defesa do particular, o que se caracterizaria como um ato arbitrário.

Transcreve trecho do voto do Ministro Adalício Nogueira, alegando que o STF – Supremo Tribunal Federal – examinou a questão com profundidade quando do julgamento do Mandado de Segurança nº. 15.886-DF. Cita as decisões concernentes aos processos RTJ de nº.s 33/330-336 e 43/359-373. Alega que também na via administrativa muitos conselhos já reconhecem a imperiosa necessidade de apreciação da constitucionalidade.

Ressalta que a legitimidade da exigibilidade do ICMS depende da obediência às normas constitucionais, notadamente ao princípio da não cumulatividade, transcrevendo, para tanto, o § 2º, ACÓRDÃO JJF Nº 0270-01/08

incisos I e II, alíneas “a” e “b” do art. 155 da CF/88. Aduz que a leitura desse dispositivo mostra não restar dúvida que o sujeito passivo tem o direito do abatimento dos créditos que possui, apresentando-os em casos de cobrança judicial ou extrajudicial, garantia esta que deve ser respeitada por todos os diplomas legais, sob pena de serem considerados inconstitucionais, independentemente de qualquer previsão infraconstitucional.

Destaca, por cautela, que a hipótese de abatimento dos montantes cobrados nas operações ou prestações anteriores, não se limita ao crédito originado da cobrança indevida do ICMS, já que engloba qualquer crédito constituído antes da respectiva cobrança, não podendo ser limitado pela fiscalização. Para ilustrar a explanação, apresenta o pensamento de Tércio Sampaio Ferraz Jr. sobre as vantagens desse sistema, concluindo que o texto constitucional prevê que o contribuinte tem o direito subjetivo de abater qualquer crédito constituído antes da cobrança de valores de ICMS. Segundo essa linha de entendimento, quando o contribuinte é possuidor de qualquer crédito somente é admissível a cobrança de imposto se, do abatimento do crédito, restar algum débito.

Prosseguindo, argumenta que restando claro que qualquer crédito pode englobar a não cumulatividade, também os créditos materializados em precatórios e aqueles representados por debêntures são passíveis de abatimento. Esclarece que estes últimos são títulos exigíveis por meio de processo de execução e podem garantir o juízo em execuções ordinárias (art. 585 do CPC) e execuções fiscais (Lei Federal nº. 6.830/80). Acrescenta que no âmbito administrativo isto é possível, já que o ICMS é um imposto sujeito à homologação, constituindo-se a garantia em suspensão do crédito tributário (art. 151, inciso II do CTN), até que se efetive a devida homologação, o que, alega, está de acordo com a jurisprudência, conforme ementa que transcreveu.

Considerando, desse modo, que o abatimento do débito engloba qualquer crédito, inclusive debêntures, trás aos autos o parecer técnico contábil sobre debêntures da Companhia Vale do Rio Doce (fls. 798 a 818), que garantirão o pagamento dos valores cobrados através do presente Auto de Infração. Trata-se de 13.270 títulos, que são demonstrados através do extrato de movimentação de debêntures escriturais do Banco Bradesco S.A.

Manifesta o entendimento de que estando o lançamento repleto de vícios, tendo em vista a falta de comprovação dos pontos levantados pelos autuantes e considerando as questões trazidas à discussão na impugnação, não resta outra alternativa aos julgadores senão a de submeter o Auto de Infração a uma avaliação pericial contábil, sob pena de nulidade da decisão, seja pelo Conselho de Contribuintes, seja pelo Poder Judiciário.

Afirma que para fins de corroborar sua argumentação, está juntando todos os comprovantes de pagamento do imposto que está sendo objeto de nova cobrança, o que caracteriza no Código Penal em excesso de exação. Nesse sentido apresenta o entendimento da advogada Alessandra Dabul e do Juiz Federal José Antonio Savaris a respeito do requerimento e produção de prova pericial, em conformidade com a Lei nº. 9.784/99 e em respeito ao princípio da verdade material.

Reitera o pedido de nulidade do Auto de Infração, devido à falta de apresentação de seus fundamentos básicos, no que se refere à devolução do material fiscalizado e à não apresentação das provas fundamentadas. Caso não seja esse o entendimento do órgão julgador, pleiteia pela dilação do prazo para que possa aprofundar as questões relativas à improcedência da autuação.

Ainda na hipótese do não acatamento, pugna pela completa improcedência do procedimento fiscal, pela não apresentação das provas concernentes aos valores cobrados; solicita a realização de perícia por Auditor Fiscal estranho ao feito, visando apurar os valores cobrados a maior, em decorrência da

falta de dedução dos valores efetivamente recolhidos, em especial aqueles referentes à substituição tributária; e, finalmente, pede que seja determinada a emissão de certidão negativa de débitos tributários.

Os autuantes, em informação fiscal produzida às fls. 1.452 a 1.454 (vol. VII), argumentam que na impugnação não foram juntadas contraprovas para demonstrar a insubsistência das infrações imputadas ao contribuinte. Alegam que a ação fiscal teve como elementos de prova os livros e documentos fiscais, cujas cópias estão anexadas ao processo, visando documentar as infrações apuradas.

Quanto à solicitação de dilação do prazo por mais 30 (trinta) dias para apresentação da defesa, afiançam que o pleito do contribuinte é inteiramente descabido, haja vista que todos os livros e documentos arrecadados durante a ação fiscal lhe foram devolvidos em 03/10/2007, conforme documento anexado à fl. 1.455, enquanto que a ciência do Auto de Infração somente ocorreu após decorridos treze dias da entrega do material, ou seja em 16/10/2007. Entendem que, dessa forma, não há o que se falar em cerceamento do direito de defesa.

Afirmando que o autuado apresentou apenas evasivas, que não têm o efeito de elidir a ação fiscal, teceram considerações a respeito de cada uma das infrações, objetivando reafirmar a procedência da autuação.

Ao se referirem à infração 01, argüiram que o transcreto art. 512-A do RICMS/97 atribui ao distribuidor de combustíveis a responsabilidade pelo lançamento e recolhimento do ICMS nas operações de saída interna com álcool etílico hidratado para fins carburantes. Esclarecem que após análise das notas fiscais emitidas pelo contribuinte, elaboraram o demonstrativo concernente àquelas que continham o lançamento do ICMS por substituição tributária, sem o recolhimento correspondente aos cofres públicos, caracterizando a infração à legislação desse tributo. Reafirmam que ao lavrarem o Auto de Infração anexaram esses documentos fiscais, visando comprovar a infração cometida, para efeito de constituição de prova material do fato.

Ressaltam que de acordo com os dados cadastrais do contribuinte (fls. 08/09), sua atividade econômica principal é o “comércio atacadista de álcool carburante, biodiesel, gasolina e demais derivados de petróleo”, sendo, portanto, responsável pelo lançamento e recolhimento do ICMS, por força do mencionado dispositivo regulamentar. Lembram que na autuação foi exigido tão somente o ICMS lançado nas notas fiscais sob o abrigo do princípio da não cumulatividade do imposto, desde quando o contribuinte, ao efetuar o cálculo do imposto devido, deduziu o montante correspondente às operações anteriores.

No caso da infração 02, observam que foram relacionadas as notas fiscais nas quais constava o lançamento do ICMS a menos, devido a erro na determinação da base de cálculo. Com base na legislação tributária pertinente, elaboraram o demonstrativo apontando as notas fiscais emitidas que continham as diferenças, nota por nota, do imposto por substituição tributária. Objetivando comprovar a infração cometida, para efeito de constituição de prova material do fato, anexaram ao processo as referidas notas fiscais.

Na infração 03 foi aplicada a multa de 50% sobre o valor do imposto não recolhido nos prazos regulamentares, referente às operações escrituradas nos livros fiscais próprios. Salientam que foram abatidos do imposto apurado os valores efetivamente recolhidos pelo contribuinte, relativos aos meses fiscalizados.

Versando sobre a infração 04, argumentaram que pelo fato de exercer atividade econômica de comércio atacadista, em conformidade com os artigos 686 e 708-B do RICMS/97, o contribuinte está obrigado a manter, pelo prazo decadencial, as informações relativas ao registro fiscal dos documentos recebidos ou emitidos por qualquer meio, no que se refere à totalidade das operações de entrada e de saída e das aquisições e prestações realizadas, devendo fornecer ao fisco os documentos

e o arquivo magnético, sempre que intimado, no prazo de cinco dias úteis contados a partir da data do recebimento da intimação.

Considerando as alegações do sujeito passivo de que não recebera as provas concernentes aos fatos apurados durante a ação fiscal, assim como os documentos arrecadados pela fiscalização e tendo em vista que não constam dos autos os recibos correspondentes à entrega ao contribuinte dos demonstrativos elaborados pela fiscalização e que o documento de fl. 1.455 não identifica o recebedor dos documentos, havendo apenas uma rubrica; considerando que o autuado argumenta que estão sendo cobrados valores superiores aos devidos, por não terem sido deduzidos os valores efetivamente pagos, em especial aqueles referentes à substituição tributária, tendo juntado à fl. 819 um comprovante de recolhimento que atesta o recolhimento do imposto exigido para o mês de fevereiro de 2007 (infração 01) e tendo em vista que na relação de DAEs de fls. 64 a 66 constam diversos pagamentos relativos aos meses de março e abril desse exercício: a 1<sup>a</sup> JJF, em pauta suplementar (fls. 1.459/1.460), deliberou pelo envio do processo à SAT/COPEC, para que os autuantes adotassem as seguintes providências:

01 – intimassem o contribuinte a apresentar a documentação que alega deter em seu poder, referente aos fatos apurados na ação fiscal, notadamente os comprovantes de recolhimento do ICMS que argumenta não terem sido apreciados pela fiscalização;

02 – efetassem uma revisão dos demonstrativos concernentes às infrações 01 e 02, tomando por base a documentação acostada à defesa e a nova documentação apresentada pelo autuado, no caso de atendimento à intimação acima referida, elaborando, se fosse o caso, novos demonstrativos em referência a esses dois itens da autuação;

03 – identificassem o signatário do documento à fl. 1.455, haja vista que o autuado alega não ter recebido os documentos arrecadados na ação fiscal.

Em seguida deveriam ser entregues ao autuado cópias reprográficas dos novos elementos apresentados pelos diligentes, dos demonstrativos constantes às fls. 15 a 70 e do termo de diligência, quando deveria ser informado ao sujeito passivo quanto à reabertura do prazo de defesa em 30 (trinta) dias, para, querendo, se manifestar nos autos. Havendo manifestação do autuado, deveria ser dada ciência aos autuantes, para que elaborassem nova informação fiscal.

Em atenção ao que foi solicitado, dois dos autuantes informaram às fls. 1.469 a 1.471 que o contribuinte fora intimado (fls. 1.465/1.466) para que apresentasse os documentos de arrecadação referentes ao período de janeiro a abril de 2007. Acrescentam que o impugnante forneceu tais documentos, juntamente com notas fiscais de saída e de entrada, no entanto os mesmos já haviam sido analisados anteriormente.

Acrescentam que, por meio de nova intimação (fl. 1.465), foram encaminhados ao contribuinte, através de seu advogado, constituído à fl. 1.464, todos os demonstrativos e as relações de DAEs referentes ao exercício de 2007, momento no qual foi informado ao impugnante de que todos os valores arrecadados por ele já haviam sido considerados quando da apuração do ICMS próprio da empresa. Aduzem que as informações solicitadas não foram encaminhadas.

Visando a demonstração das supostas divergências, encaminharam mais uma intimação, desta feita diretamente ao contribuinte (fls. 1.466/1.467), acompanhada de todos os elementos constitutivos da autuação, porém mais uma vez não houve retorno.

Quanto à solicitação de elaboração de novos demonstrativos concernentes às infrações 01 e 02, argumentam que tal providência não foi efetuada em virtude da não demonstração, por parte do contribuinte, das divergências por ele apontadas.

No que se refere à necessidade de identificar o signatário do documento acostado à fl. 1.455, tendo em vista que o impugnante alega não ter recebido os documentos arrecadados na ação fiscal,

ressaltam que o signatário do referido documento é o contador do próprio contribuinte, o Sr. Wilson Miranda dos Santos, o que pode ser constatado pelo documento anexado à fl. 1.468, no qual consta a assinatura e o carimbo do citado técnico contábil.

Tendo em vista que todos os recolhimentos efetuados pelo contribuinte já foram considerados no momento da fiscalização, conforme Demonstrativo de Apuração do ICMS próprio da Empresa (fl. 69) e Relação de DAEs – Ano 2007 (fls. 64 a 68), e considerando que, apesar de intimado três vezes, o autuado não apresentou novas informações para serem incluídas à ação fiscal, mantém a integralidade do Auto de Infração.

## VOTO

A princípio, cumpre-me tratar sobre as preliminares de nulidade suscitadas pelo autuado. No que se refere à alegação de cerceamento do seu direito de defesa e do contraditório, sob a justificativa de que ficara impossibilitado de elaborar a sua peça defensiva com maior precisão, afirmando que não recebera os demonstrativos acostados ao PAF e que os livros e documentos fiscais arrecadados durante a fiscalização não lhe tinham sido devolvidos, ressalto que a 1<sup>a</sup> JJF converteu o processo em diligência, para que fossem entregues ao contribuinte todos os demonstrativos que serviram de suporte ao Auto de Infração, assim como foi determinado que fosse identificado o responsável pelo recebimento dos documentos devolvidos pela fiscalização. Ressalto que a diligência foi cumprida pelos autuantes, que entregaram todos os elementos atinentes ao lançamento e identificaram o preposto do autuado responsável pelo recebimento dos documentos que tinham sido arrecadados pela fiscalização. Saliento que, inclusive, o contribuinte em três oportunidades foi intimado a apontar as divergências e inconsistências que alegara existir nos demonstrativos elaborados pela fiscalização, sem, entretanto, se pronunciar a respeito, a despeito de terem decorrido aproximadamente 60 (sessenta) dias entre a primeira e a última intimação. Assim, considero restarem afastadas as alegações de ofensa aos princípios verificados no direito administrativo.

Fica descaracterizada, igualmente, a argumentação de falta de apresentação das provas correspondentes aos fatos apontados na autuação, assim como de ter ocorrido desrespeito à legislação do ICMS e à Constituição Federal, tendo em vista, ademais, que os demonstrativos elaborados pelos autuantes apontam de forma clara as infrações imputadas ao autuado, inexistindo, também, qualquer pertinência quanto à alegada ocorrência de confisco.

No que se refere à afirmação de que no caso da lide não tinha sido atendido o princípio da legalidade, saliento que as infrações atribuídas ao autuado decorreram da constatação de infringência à legislação tributária vigente no Estado da Bahia, devidamente apontada na peça de vestibular, estando os fatos geradores indicados de forma correta, o que lhes dá fundamentação legal.

Ressalto que não ocorreu a sugerida ofensa ao princípio da não-cumulatividade do imposto, tendo em vista que os recolhimentos efetuados pelo contribuinte foram devidamente deduzidos pelos autuantes, quando da apuração do imposto decorrente do regime normal de apuração. Mais adiante, quando da análise do mérito, esclarecerei que no caso específico em que foi apresentada na peça de defesa um comprovante de recolhimento não considerado pela fiscalização, este será acatado na avaliação da infração correspondente.

Deste modo, restam afastados os pedidos de nulidade apresentados pelo autuado, considerando que o procedimento fiscal atende as determinações previstas no art. 39 do RPAF/99, além do que, o autuado, exercendo o seu direito de ampla defesa e do contraditório, apresentou impugnação, demonstrando ter pleno conhecimento dos fatos arrolados na acusação fiscal que originou a lavratura do presente Auto de Infração. Acrescento que ao deixar de indicar quais seriam as irregularidades que existiriam no Auto de Infração, resta descaracterizada a alegação de violação ao princípio da verdade material.

No mérito, analisando as peças que compõem o presente PAF, verifico que os autuantes imputaram ao sujeito passivo quatro irregularidades.

Em relação à infração 01, que decorreu da falta de recolhimento do ICMS retido na qualidade de sujeito passivo por substituição, noto que os autuantes, como prova da infração, elaboraram os demonstrativos de fls. 15 a 28, 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.

Verifico, entretanto, que em relação ao débito referente ao mês de fevereiro de 2007, apurado à fl. 15, no montante de R\$ 1.419,78, fora recolhido pelo contribuinte, conforme documento de arrecadação trazido na defesa e acostado à fl. 819 dos autos. Assim, esta infração fica mantida de forma parcial, no valor de R\$ 58.020,18, mantendo-se inalterados os débitos atinentes aos demais meses.

No caso da infração 02, onde foi apurado que o contribuinte reteve a menos o ICMS na qualidade de sujeito passivo por substituição, vejo que nos demonstrativos anexados às fls. 29 a 50 são indicados os valores relativos às notas fiscais emitidas no período, nas quais foram retidos pelo autuado valores a menos do imposto concernente à substituição tributária, sendo apontadas as diferenças relativas a cada documento fiscal e os somatórios correspondentes a cada período de apuração. Deste modo, não existindo nenhum reparo a ser feito no levantamento, a infração resta caracterizada.

A infração 03 se originou da constatação da falta de recolhimento do ICMS referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, em relação a operações internas. Analisando os demonstrativos produzidos pela fiscalização, constato que enquanto naqueles apresentados às fls. 51 a 68 são indicados os DAEs relativos ao período de apuração, no demonstrativo de fl. 69 é apontado o valor devido em relação ao mês de fevereiro de 2007 e não recolhido pelo contribuinte. Constatando, ademais, que os dados utilizados pelos autuantes se basearam nas informações colhidas dos livros fiscais do contribuinte. Concluo, assim, pela manutenção integral dessa infração.

No tocante à infração 04, verifico que decorreu do fato de o contribuinte ter deixado de entregar os arquivos magnéticos exigidos através de intimações. De acordo com a intimação anexada à fl. 06 dos autos, 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. Entendo ter ficado caracterizada a falta de atendimento à intimação, na forma prescrita, o que caracteriza o acerto da imposição tributária, estando os cálculos apontados no demonstrativo de fl. 71.

Ressalto que o mencionado dispositivo regulamentar estabelece a obrigatoriedade de o contribuinte fornecer ao fisco os documentos e o arquivo magnético quando intimado, sendo que o mencionado arquivo deverá ser entregue com todos os registros correspondentes às operações desenvolvidas pelo contribuinte. Deste modo, considerando que em conformidade com o art. 42, inciso XIII-A, alínea “g” da Lei nº. 7.014/96, vigente à época da ocorrência dos fatos, a falta de fornecimento de arquivo magnético com as informações das operações realizadas sujeita o contribuinte ao pagamento da multa de 1% do valor das operações ou prestações realizadas, a infração está perfeitamente caracterizada.

Vale aqui registrar que por equívoco foi consignado no Auto de Infração que a multa aplicada neste caso seria aquela prevista no inciso V, alínea “a” do art. 42 da Lei nº. 7.014/96, quando a correta é aquela verificada no inciso XIII-A do mesmo artigo e Lei. Noto, no entanto, que este fato não representou em nenhum prejuízo para o contribuinte, nem significou nenhuma dificuldade na elaboração de sua defesa, desde quando os cálculos realizados foram feitos de forma correta e a

descrição dos fatos está correta, tendo sido identificada, com segurança, a irregularidade imputada ao autuado.

Não acolho a solicitação para apresentação posterior de novas provas e pela realização de revisão fiscal e perícia, considerando que o autuado teve oportunidade para tanto, porém não acostou nenhum documento ou prova para dar sustentação a suas alegações, apesar de ter sido intimado por três vezes a demonstrar as inconsistências invocadas e tendo em vista que, com base no art. 147 do RPAF/99, os elementos de provas anexados aos autos são suficientes ao meu convencimento e decisão da lide.

Saliento, por fim, que em relação ao pedido do autuado no sentido de que os débitos resultantes do Auto de Infração em lide sejam pagos com a utilização de títulos referentes a debêntures da Companhia Vale do Rio Doce, não se incluem entre as competências deste órgão julgador a análise e a decisão a respeito da forma de pagamento dos débitos.

Diante do exposto, voto pela procedência parcial do Auto de Infração, sendo a infração 01 mantida parcialmente, no valor de R\$ 58.020,18, enquanto que as infrações 02, 03 e 04 ficam mantidas integralmente.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº. 269105.0001/07-0, lavrado contra **MANHATTAN DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$354.540,59**, acrescido das multas de 150% sobre R\$ 58.020,18, de 60% sobre R\$ 285.238,88 e de 50% sobre R\$ 11.281,53, previstas no art. 42, incisos V, alínea “a”, II, alínea “e” e I, alínea “a” da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$46.933,17**, prevista no inciso XIII-A, alínea “g” do artigo e Lei acima citados, com os acréscimos moratórios na forma prevista pela Lei nº. 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de agosto de 2008.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – RELATOR

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – JULGADOR