

A. I. Nº - 206914.0008/08-8  
AUTUADO - SERCOM DISTRIBUIDORA DE COMBUSTÍVEIS LTDA.  
AUTUANTE - RENATO DOS SANTOS DE ALMEIDA  
ORIGEM - SAT/COPEC  
INTERNET - 18. 12. 2008

## 1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO JJF Nº 0427-01/08

**EMENTA:** ICMS. 1. OPERAÇÕES INTERNAS COM MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. IMPOSTO RETIDO E NÃO RECOLHIDO. Comprovado a ocorrência de retenção do imposto sobre as operações objeto da autuação, sem que tais valores tenham sido recolhidos aos cofres estaduais. Infração não elidida. 2. 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. 3. DOCUMENTOS DE INFORMAÇÕES ECONÔMICO-FISCAIS. DMA. DADOS INCORRETOS. MULTA. As informações prestadas na Declaração e Apuração Mensal do ICMS (DMA) são fundamentais para o gerenciamento fiscal da situação do contribuinte, para o planejamento fiscal e para o cálculo dos valores a serem destinados a cada município, haja vista a previsão constitucional da participação dos municípios na arrecadação do imposto estadual sobre circulação de mercadorias e serviços. Se o contribuinte erra ao prestar as aludidas informações, deve apresentar DMA retificadora. Não o fazendo, fica passível de multa. Infração subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 27/05/2008, reclama ICMS no valor de R\$ 460.401,37, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$ 133.895,08, em decorrência do cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado:

1. Deixou de recolher 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 junho a setembro de 2007, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 460.401,37, acrescido da multa de 150%. Consta que o contribuinte apropriou-se indevidamente do imposto por ele retido, cobrado dos destinatários das mercadorias no Estado da Bahia, sem o respectivo recolhimento aos cofres públicos, caracterizando apropriação indébita de recursos, conforme

demonstrativos anexos às fls. 12 a 25 e das notas fiscais às fls. 704 a 1574, cujas cópias foram entregues ao contribuinte mediante recibo;

2. 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 junho a setembro de 2007, sendo aplicada a multa de 60%, que resulta no valor de R\$ 133.755,08. Consta que, conforme demonstrativo anexo às fls. 26 a 33 e notas fiscais de entradas às fls. 398 a 702 cujas cópias foram entregues 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 se encontram com os dados de nota fiscal ilegíveis;

3. Declarou incorretamente dados nas informações econômico-fiscais através da DMA (Declaração e Apuração Mensal do ICMS), no mês de julho de 2007, sendo imposta multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$ 140,00. Consta que o contribuinte informou na DMA valores divergentes dos lançados no seu livro Registro de Apuração do ICMS, conforme analiticamente discriminados no demonstrativo à fl. 34, das DMA às fls. 393 a 396 e do LRAICMS às fls. 337 a 344, cujas cópias foram entregues ao contribuinte mediante recibo.

O autuado, através de advogado legalmente constituído, apresentou peça impugnatória ao lançamento de ofício às fls. 1576 a 1589, 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 transcreve.

Prosseguindo, 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.

Continuando, 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.

Invoca a proporcionalidade da pena, reproduzindo lição de Ângela Maria da Motta Pacheco, bem como decisão do TRF 5ª Região, RE 91.707/MG; AC 318416/RN. Ressalta, ainda, que o Auto de Infração fere diretamente o princípio da capacidade contributiva quando se compara o capital social da empresa no valor de R\$ 1.020.000,00 com o valor da autuação no montante de R\$ 1.317.600,08.

Adentrando no mérito da autuação, sustenta que os cálculos realizados pelo autuante referentes às infrações 01, 02 e 03, estão incorretos, segundo diz, como 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.

Finaliza requerendo a improcedência do Auto de Infração.

O autuante prestou informação fiscal às fls. 1596 a 1602, na qual afirma 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.

Diz que o autuado adquire álcool etílico hidratado combustível nas usinas localizadas em diversas unidades federativa e depois, distribui aos seus clientes revendedores varejistas, através de carros tanques em diversas cidades deste e de outros Estados da Federação.

Relativamente à infração 01, salienta 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.

Diz 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 à infração 02, assevera que o autuado apresentou os mesmos argumentos referentes à infração 01, sem apresentar quaisquer elementos de prova para demonstrar a insubsistência das infrações.

Diz que na 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.

Esclarece que apropriou 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.

Acrescenta que aplicou 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. Acrescenta que teve o cuidado de abater os valores da antecipação parcial, efetivamente recolhidos e apropriados pelo sistema de arrecadação da SEFAZ.

No tocante à infração 03, afirma que o autuado não contesta o cometimento da infração, apresentando apenas as mesmas alegações constantes da infração 01, não trazendo elementos concretos que possam comprovar os seus argumentos. Acrescenta que a descrição da infração e a sua respectiva fundamentação legal, encontra-se descrita no Auto de Infração. Consigna que todos os livros e documentos retirados do contribuinte para fiscalização foram devolvidos tempestivamente, assim como, os demonstrativos elaborados foram entregues ao autuado, conforme recibos às fls. 1593 a 1594.

Conclui mantendo integralmente a autuação.

## **VOTO**

Inicialmente, no que concerne ao inconformismo do autuado sobre as multas aplicadas, inclusive, sobre o alegado caráter confiscatório, cumpre-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 o autuante elaborou os demonstrativos de fls. 12 a 25, 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, comprovando a infração. 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 à infração 02, 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 pelo autuante, acostado aos autos às fls. 26 a 33, 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 03, verifico que decorreu do fato de haver o contribuinte declarado incorretamente dados nas informações econômico-fiscais apresentadas através da DMA (Declaração e Apuração Mensal do ICMS), haja vista que os valores informados na DMA são divergentes dos lançados no livro de Apuração do ICMS, restando comprovada a infração conforme demonstrativo elaborado pelo autuante e os documentos acostados aos autos. Mantida a infração.

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 **206914.0008/08-8**, lavrado contra **SERCOM DISTRIBUIDORA DE COMBUSTÍVEIS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$460.401,37**, acrescido da multa de 150%, prevista no art. 42, incisos V, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor total de **R\$133.895,08**, previstas no artigo 42, incisos II, alínea “d”, XVIII, alínea “c”, do mesmo Diploma legal acima referido, com os acréscimos moratórios na forma prevista pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de dezembro de 2008.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – JULGADOR

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – JULGADOR