

A. I. Nº - 129106.1214/12-6
AUTUADO - USINA TERMO ELÉTRICA IOLANDO LEITE LTDA.
AUTUANTE - CEZAR AUGUSTO MOURA CARDOSO E SILVA
ORIGEM - IFMT – DAT/NORTE
INTERNET - 13/12/2013

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0314-03/13

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. ÁLCOOL ETÍLICO CARBURANTE. FALTA DE RETENÇÃO DO ICMS E O CONSEQUENTE RECOLHIMENTO AO ESTADO DA BAHIA, NA QUALIDADE DE SUJEITO PASSIVO POR SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Comprovado nos autos que autuado na data do fato gerador encontrava-se obrigado a fazer a retenção e o consequente recolhimento nas remessas para esse Estado de álcool etílico carburante na condição de sujeito passivo por substituição tributária, relativamente ao ICMS, consoante teor expresso do §6º do art. 289 do RICMS-BA/97, decorrente da vigência da Lei nº 12.605/12 de 14/12/2012 que recepcionou na legislação baiana a previsão contida no inciso I da Cláusula Primeira do Convênio ICMS 110/07. Infração subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 19/12/2012, exige ICMS no valor de R\$54.106,91 em razão de ter deixado de proceder a retenção do ICMS, e consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizados no Estado da Bahia. Exigido o imposto no valor de R\$54.106,91, acrescido multa de 60%.

Consta na “Descrição dos Fatos”: “Falta de retenção do ICMS, e o consequente recolhimento, na condição de sujeito passivo por Substituição Tributária, relativo a operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizado no Estado da Bahia, a sujeição passiva para às operações com Álcool Etílico Carburante, foi alterada com a publicação da Lei 12605/12, datado de 14/12/2012, que retirou a responsabilidade tributária das distribuidoras de combustíveis para proceder a retenção e o recolhimento do imposto devido por substituição tributária, com a nova redação, o responsável por substituição nas operações com Álcool Hidratado passa a ser o remetente nos termos da Cláusula Primeira do Convênio 110/07, recepcionado pela Legislação Baiana, pelo artigo 289, Parágrafo 6º do RICMS-BA, referente aos Danfes 2391, 2393, 2390, e 2392 de 17/12/2012.”

O impugnante, por meio de advogado com procuração à fl. 42, apresenta defesa, fls. 30 a 41, refutando a acusação fiscal nos termos a seguir sintetizados.

Inicialmente diz que se dedica a destilação, fabricação, retificação, homogeneização, mistura e engarrafamento de aguardentes e outras bebidas destiladas, fabricação de álcool etílico de cana de açúcar, conforme previsto na Cláusula Terceira do seu contrato social.

Informa que fora autuado sob a alegação de falta de retenção e consequente recolhimento, na condição de sujeito passivo por substituição tributária, sobre a venda de álcool etílico hidratado combustível - AEHC, referente aos Danfes nºs 2390, 2319, 2392 e 2393, todos de 17/12/2013.

Destaca que o autuante deixou de considerar que a própria SEFAZ-BA concedeu, a FIX DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA - ME, conforme Parecer nº 28730/2012, datado de 05 de dezembro de 2012, a autorização para dilação do prazo de pagamento do ICMS por substituição tributária nas aquisições de AEHC transportado a granel, tendo por base o inciso XIII e parágrafo 5º, do artigo 332 do RICMS-BA/2012. Assevera que tal fato torna improcedente o lançamento fiscal.

Frisa que ao analisar os cálculos constantes do auto de infração, verificou que o autuante, apesar de lhe ser apresentado o Parecer nº 28730/2012, datado de 05 de dezembro de 2012, fl. 65, que concedeu a FIX DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA - ME a autorização para dilação do prazo de pagamento do ICMS por substituição tributária nas aquisições de AEHC transportado a granel, desconsiderou o mesmo e procedeu a cobrança do ICMS substituto.

Menciona que se trata de anulação ou simplesmente de Revogação Tácita da autorização para dilação de prazo de recolhimento do ICMS retido por substituição tributária concedida pela própria SEFAZ-BA através do Parecer nº 28730.2012.

Ressalta que o autuante não pode, simplesmente, ignorar os efeitos de parecer exarado pela própria SEFAZ-BA, e proceder à lavratura do auto de infração, desconsiderando a aplicação de um benefício fiscal uma vez que o referido parecer encontra-se plenamente em vigor, caso em que haveria reprovável deslealdade o que não se deve permitir ao Estado.

Observa que se encontra em situação regular quanto às suas obrigações tributárias, desde a concessão do aludido parecer até a presente data, atendendo, portanto, aos requisitos dispostos no art. 332, do RICMS-BA/2012.

Reproduz trecho do voto do Ministro Délcio Miranda no Recurso Extraordinário nº 78.533/SP. 2ª Turma, para corroborar seu entendimento de que é vedada à administração a anulação do benefício fiscal ou da prática nele baseada de recolher o ICMS Retido por Substituição Tributária no dia 15 do mês subsequente ao do fato gerador, em respeito ao estabelecido no Ato Concessório do incentivo no Parecer nº 28730.2012.

Cita trechos de decisões do STF e STJ para aduzir que esse é o entendimento firmado por essas Cortes e para reiterar seu argumento de que o benefício fiscal, também não pode ser anulado, ou revogado, quando deu causa a situações que já se estabilizaram e se consolidaram no tempo.

Assinala que a regra do direito adquirido de pagar imposto retido por substituição tributária com a dilação de prazo estabelecida no ato que concedeu o benefício, dado que o mesmo se incorporou ao patrimônio do contribuinte, pelo tempo em que estiver em vigor o parecer. Arremata firmando que o autuante não pode desobedecer à legislação estadual, e aos pareceres exarados pela própria SEFAZ-BA, considerando que o mesmo encontra-se em pleno vigor, impedindo a materialização dos efeitos jurídico-tributários oriundos do Parecer nº 28730.2012.

Em relação à multa, depois de reconhecer como correta a aplicação de multa punitiva para atender aos objetivos da sanção tributária, visando desestimular as infrações e punir a sonegação com vistas, inclusive, a custear as despesas do Estado, afirma ser excessivo e desproporcional o percentual de 60% indicado no Auto de Infração.

Depois de reproduzir trechos do pensamento dos juristas pátrios, Cláudio Renato do Canto Farag, Sacha Calmon Navarro Coelho e Misabel Abreu Machado Derzi e Paulo César Baria de Castilho, afirma que a doutrina é uníssona sob o aspecto de que a multa não pode ter caráter confiscatório. Por isso, aduz ser cabível a redução da multa sugerida no Auto de Infração, em face de seu valor excessivo, em nome, também, dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Ressalta que este posicionamento está em conformidade com a orientação do Supremo Tribunal Federal, conforme se infere dos arestos que transcreve, proferidos no RE 91.707/MG, Min. Moreira Alves, Segunda Turma, DJ de 29/02/1980, no RE 82.510/SP, Rel. Min. LEITÃO DE ABREU e no RE 60.476/SP, Rel. Min. EVANDRO LINS.

Observa que a multa punitiva, em um país onde o seu valor máximo para o consumidor é de 2% (art. 52, §1º, da Lei 8.078/90), não se pode continuar admitindo percentuais elevadíssimos imputados em desfavor do contribuinte (no caso, 60%), sob pena de violação ao princípio da vedação do confisco (art. 150, IV, da CF), também aplicável às infrações.

Reproduz o teor dos artigos 106 e 112 do CTN para evidenciar que esses comandos expressos revelam a intenção de que a lei mais benéfica deve ser sempre aplicada ao contribuinte.

Pondera que, embora a conduta do não-recolhimento do tributo mereça reprovação, o que não aconteceu na espécie e que, por se tratar de penalidade, deve ser aplicada a orientação mais benéfica.

Conclui requerendo a improcedência do Auto de Infração, e no caso de entendimento de forma diversa, que seja reduzida a multa de 60% imposta, sendo arbitrada penalidade em percentual que atenda ao disposto no art.150, IV da Carta Magna.

O autuante presta informação fiscal, fls. 78 a 79, mantendo a autuação com fundamento nos argumentos a seguir sintetizados.

Destaca inicialmente que a sujeição passiva para as operações com Álcool Etílico Carburante, foi modificada com a publicação da Lei 12.605/12, datada de 14/12/2012, que alterou a Lei 7.014/96, retirando a responsabilidade tributária das Distribuidoras de Combustíveis para proceder a retenção e o recolhimento do imposto devido por substituição tributária.

Afirma que, com essa nova redação, o responsável por substituição nas operações com Álcool Hidratado passa a ser o remetente nos Termos da Cláusula primeira do Convênio ICMS 110/07, recepcionado pela legislação baiana através do art. 289, §6º do RICMS-BA/12.

Ao abordar as razões de defesa, observa que, inconformado com a lavratura do Auto de Infração, o impugnante apresentou defesa requerendo a improcedência da autuação alegando que o não recolhimento do ICMS antecipadamente deveu-se ao fato do destinatário ter na época um regime especial para efetuar tal recolhimento. Destaca também a contestação do autuado por entender ser exorbitante à aplicação do percentual de 60% da multa.

Diz, após analisar os termos da defesa, que quem está sendo autuado é o remetente e não o destinatário, conforme determina a Lei 7.014/96 depois da alteração promovida pela Lei nº 12.605/12.

Quanto à alegação da autuada com relação à cobrança da multa de 60% como exorbitante, informa que a Lei 7014/96, em seu art. 42, inciso II, alínea “e”, determina esta multa, quando o imposto não foi retido pelo sujeito passivo por substituição.

Conclui opinando procedência do Auto de Infração.

VOTO

O presente lançamento de ofício traz a exigência fiscal da falta de retenção do ICMS e do consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas de Álcool Hidratado realizadas para contribuinte no Estado da Bahia.

O autuado, localizado no Estado de Sergipe, vendeu Álcool Hidratado para o contribuinte baiano FIX DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA., consoante Danfes nºs 2392, 2392, 2391 e 2390, fls. 07 a 10, no dia 17/12/2012 sem efetuar a retenção e o consequente recolhimento, tendo sido a carga apreendida no Posto Fiscal “Francisco Hereda”, consoante Termo de Ocorrência Fiscal nº 129106.0842/12-3, fl. 04.

Em sede de defesa, o impugnante refutou a acusação fiscal aduzindo que seu cliente, destinatário da mercadoria apreendida, é beneficiário com autorização para dilação do prazo de pagamento do ICMS por Substituição Tributária, consoante Parecer nº 28730.2012, fl. 65, emitido pela Gerência de Fiscalização da SAT/COPEC/GEFIS e datado de 05 de dezembro de 2012. Sustentou

que a fiscalização não pode simplesmente desconsiderar os efeitos do aludido Parecer que se encontra em pleno vigor.

O autuante sustentou a autuação esclarecendo que as operações com Álcool Etílico Carburante foi alterada com a publicação da Lei nº 12.605/12 de 14/12/2012 que alterou a Lei 7.014/96, retirando a responsabilidade tributária das Distribuidoras de Combustíveis para proceder à retenção e ao recolhimento do imposto devido por substituição tributária.

Ao compulsar as peças que compõem os autos verifico que, a Lei nº 12.605/12 de 14/12/2012, publicada no DOE de 15 e 16/12/12, com efeitos a partir de 15/12/12, efetivamente, alterou a Lei 7.014/96, excluindo o produto álcool carburante do inciso III do art. 8º, *in verbis*:

“Art. 8º São responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos por substituição, devendo fazer a retenção do imposto devido na operação ou operações a serem realizadas pelos adquirentes, bem como do imposto relativo aos serviços prestados:

[...]

III - o distribuidor de energia elétrica, gás natural, lubrificantes derivados ou não de petróleo e outros produtos da indústria química;”

Por seu turno, o §6º do art. 289 do RICMS-BA/12, a seguir reproduzido, também alterado com o advento da Lei nº 12.605/12, e em consonância com o inciso I da Cláusula Primeira do Convênio ICMS 110/07, estatui a obrigação da antecipação por parte dos remetentes.

“Art. 289. Ficam sujeitas ao regime de substituição tributária por antecipação, que encerre a fase de tributação, as mercadorias constantes no Anexo I deste regulamento.

[...]

§ 6º Os contribuintes que realizarem operações com combustíveis e lubrificantes, derivados ou não de petróleo, e com os demais produtos tratados no Convênio ICMS 110/07, deverão cumprir as obrigações principais e acessórias previstas no referido convênio.”

Desse modo, a presente autuação afigura-se lastreada nos dispositivos legais acima enunciados, exigindo o imposto do sujeito passivo que é o remetente do Álcool Hidratado apreendido, adquirido por contribuinte localizado neste Estado.

Nestas circunstâncias, não resta dúvida que o autuante agiu acertadamente, visto que, na data da apreensão do Álcool Etílico Carburante, objeto do Auto de Infração cabia ao remetente, ora autuado, ter procedido à retenção e o recolhimento do imposto, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes nas vendas realizadas à contribuinte localizado no Estado da Bahia. Obrigação expressamente determinada no §6º do art. 289 do RICMS-BA/97 com respaldo na Lei 7.014/96.

Quanto ao Parecer nº 28730.2012 que concedeu a autorização para dilação do prazo de pagamento do imposto para o estabelecimento destinatário, FIX DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA., convém salientar que esse benefício em nada afeta a condição de remetente do autuado, responsável legal pela retenção do imposto.

Logo, concluo pela subsistência da autuação.

Constato que a multa indicada no Auto de Infração foi corretamente tipificada e em total consonância com a previsão expressa na alínea “e” do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96. Quanto à alegação do impugnante de que o percentual de 60% é excessivo, desproporcional e tem caráter confiscatório, saliento que, conforme disposto no art. 167, inciso I do RPAF-BA/99, não figura nas atribuições deste órgão julgador, apreciar a legalidade ou inconstitucionalidade do direito posto, deve, portanto, ser mantida a multa indicada.

No que pertine, especificamente, ao pedido de afastamento ou redução da multa, também não acolho o pleito do autuado por faltar competência a esta Junta, uma vez que, de acordo com o art. 159 do RPAF-BA/99, a atribuição regimental para dispensar ou reduzir multa por descumprimento de obrigação principal é da Câmara Superior do CONSEF.

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

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **129106.1214/12-6**, lavrado contra **USINA TERMO ELÉTRICA IOLANDO LEITE LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$54.106,91**, acrescido da multa de 60% prevista no art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de dezembro de 2013.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA