

PROCESSO - A. I - Nº 281071.3004/16-8
RECORRENTE - GODOY & BAPTISTELLA INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PRODUTOS DE HIGIENE LTDA. (GODOY & BAPTISTELLA COMERCIO DE PRODUTOS DE HIGIENE LTDA.)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4º JJF nº 0027-04/17
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 15/08/2017

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO CJF Nº 0251-12/17

EMENTA: ICMS. IMPOSTO RETIDO E NÃO RECOLHIDO. SUJEITO PASSIVO POR SUBSTITUIÇÃO. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS REALIZADAS PARA CONTRIBUINTE LOCALIZADO NO ESTADO DA BAHIA. A infração imputada ao autuado resta demonstrada nos autos. Afastadas as arguições de nulidade. Quanto à confiscatoriedade da multa imposta (150%), em que pese situar-se em patamar elevado, não é possível afastá-la, pois decorre da aplicação do art. 42, V, alínea “a” da Lei nº 7.014/96. A escolha feita pelo legislador está associada à gravidade da infração incorrida pelo contribuinte, pois a falta de recolhimento do imposto retido é conduta que se enquadra como crime de apropriação indébita, merecendo a mais enérgica repulsa do nosso sistema tributário. Não houve aplicação de multa de mora, mas acréscimos moratórios, espécime de natureza diversa, com previsão no art. 102, §2º, inciso II do COTEB, e, frise-se, sem conteúdo punitivo. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de Recurso Voluntário interposto pela autuada em razão do Acórdão 4º JJF Nº 0027-04/17, que julgou Procedente o Auto de Infração nº 281071.3004/16-8, lavrado em 30/09/2016, para exigir créditos tributários no valor histórico de R\$487.002,61, em razão da infração a seguir descrita.

Infração 01: 08.28.01 - Deixou de proceder o recolhimento do ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo a operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, constatado em razão do contribuinte ter retido o ICMS substituição tributária em suas notas fiscais de saídas e não recolheu o respectivo ICMS ou o recolheu a menor.

A 4ª Junta de Julgamento Fiscal (JJF) apreciou a lide no dia de 14/03/2017 (fls. 106 a 108) e decidiu pela Procedência, por unanimidade. O acórdão foi fundamentado nos seguintes termos:

“VOTO

No presente Auto de Infração, o autuado foi acusado de ter retido e não recolhido ICMS devido por substituição tributária, na qualidade de sujeito passivo por substituição.

Preliminarmente, foi suscitada a nulidade do lançamento por cerceamento de defesa, sob o argumento de que há falta de clareza quanto ao montante do devido, bem como em razão da ausência de elementos essenciais ao Auto de Infração.

Do exame do Auto de Infração e do correspondente Demonstrativo de Débito, depreende-se com clareza que o valor histórico do ICMS lançado é de R\$ 487.002,61, sobre o qual incide a multa de 150%. Quando se observa que o ICMS lançado corresponde à base de cálculo multiplicada pela alíquota prevista, a suposta dúvida do defendente cai por terra. Essa forma de indicação do imposto e da multa é rotineiramente utilizada pela

Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, sem que os contribuintes tenham tido dificuldade para o entendimento dos valores lançados. Ademais, há que se observar que o Demonstrativo de Débito, parte integrante do Auto de Infração, contém de forma detalhada os dados envolvidos na determinação do débito tributário, quais sejam: data, base de cálculo, alíquota, multa acréscimos moratórios, valores totais devidos, valores sujeitos a redução em função da data do pagamento, etc. Por fim, é relevante salientar que o ICMS exigido no Auto de Infração corresponde ao que foi apurado e retido pelo autuado, sem que, no entanto, tenha efetuado o correspondente recolhimento para o Estado da Bahia, assim não há razão para o defendente alegar desconhecimento dos dados envolvidos na apuração do imposto lançado de ofício.

Também não há como prosperar a alegada ausência de requisitos essenciais ao Auto de Infração, pois todos os elementos listados nos incisos do artigo 39 do RPAF-BA/99 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia, aprovado pelo Dec. 7.629/99) estão presentes no Auto de Infração em comento. No Auto de Infração consta o local onde foi lavrado o Auto (IFEP COMÉRCIO – Inspetoria de Fiscalização de Grandes Empresas do Setor do Comércio e Substituição Tributária), bem como o nome, CNPJ e endereço do autuado.

Observe que o Auto de Infração está acompanhado de demonstrativo da apuração do valor exigido, sendo relevante salientar que o autuado recebeu cópia desses demonstrativos e que o lançamento de ofício trata de imposto retido pelo autuado e não recolhido, um dos ilícitos fiscais apenados com a mais grave multa prevista no art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Quanto à forma de cálculo da atualização monetária, ressalto que o débito tributário em questão não sofreu correção monetária. Já no que tange à exigência de acréscimos moratórios relativamente a crédito tributário constituído mediante Auto de Infração, a sua previsão está no art. 102, II, da Lei nº 3.956/81 (COTEB - Código Tributário do Estado da Bahia), sendo que a forma de cálculo está no §2º do mesmo artigo e lei. Considerando que se trata de matéria expressamente disposta em lei, não há como se admitir que o autuado venha a alegar desconhecimento da lei para justificar uma suposta nulidade do Auto de Infração.

No que tange à tipificação da infração apurada, não há reparo a fazer no enquadramento legal utilizado pelo autuante. Além disso, há que se ressaltar que nos termos do art. 19 do RPAF-BA/99 um eventual erro de indicação de dispositivo legal não implicará nulidade, quando a descrição da infração for clara e precisa, deixando evidente o correto enquadramento legal.

Em face ao acima exposto, afasto as preliminares de nulidade arguidas na defesa, uma vez que o Auto de Infração e o correspondente processo administrativo fiscal não contêm qualquer vício capaz de inquiná-los de nulidade.

Tendo em vista que o autuado não nega o cometimento da infração que lhe foi imputada e nem aponta qualquer equívoco na apuração do imposto que foi lançado, resta caracterizada a falta de recolhimento de ICMS retido e, em consequência, é devido o valor exigido no Auto de Infração, acrescido da multa indicada pelo autuante.

Quanto ao pedido de redução ou cancelamento da multa indicada na autuação, ressalto que por se tratar de penalidade por descumprimento de obrigação principal, a apreciação de tal pedido não se inclui entre as competências das Juntas de Julgamento Fiscal deste Conselho de Fazenda.

No que tange à solicitação para a redução da multa moratória, saliento que também não há respaldo legal para o atendimento desse pleito defensivo.

Voto, portanto, pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.”

Inconformado, com fundamento no art. 169, I, “b” do Decreto nº 7.629/1999 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia), o contribuinte interpôs Recurso Voluntário às fls. 118 a 127, mediante o qual aduz as seguintes razões.

Preliminarmente, suscita a nulidade do Auto de Infração sob o argumento de que há ausência de informações e requisitos fundamentais ao exercício de defesa. Argumenta que não há clareza na informação do montante devido, bem como acerca do local de sua lavratura, não constando qualquer informação como CNPJ, endereço e nome completo. Pontua que não foi especificada a forma de cálculo de atualização e correção monetária, bem como não há a previsão legal da forma de atualização e incidência dos juros monetários. Não foi, ademais, informada a tipificação correta do fato tido como irregular. Conclui que, dessa forma, o Auto de Infração carece de requisitos de legalidade e validade e, portanto, deve ser declarado nulo.

Sustenta que a multa de 150% indicada na autuação tem o caráter de confisco e, assim, deve ser revista e reduzida. Menciona que o art. 150, IV, da Constituição Federal, veda a utilização de multas confiscatórias. Transcreve jurisprudência em apoio à sua tese e, em seguida, diz que a multa em tela deve ser reduzida para um patamar justo e, no máximo, 30% do valor do tributo devido.

Ressalta que a multa moratória também deve ser reduzida para, no máximo, 2% sobre o valor do tributo devido, conforme jurisprudência que transcreve.

Solicita, por fim, que seja cancelado o débito fiscal reclamado, declarando-se a nulidade do Auto de Infração.

Pede o desentranhamento das peças acostadas às fls. 73 a 82 dos autos, e sua anexação para o Auto de Infração 281071.3003/16-1 (outro processo), no qual foi declarada a sua revelia.

VOTO

Inicialmente, devo observar que a peça recursal é uma reprodução literal da peça impugnatória, tendo o sujeito passivo se limitado a repetir os argumentos deduzidos na primeira instância.

A acusação é *“Deixou de proceder ao recolhimento do ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo a operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, ...”*.

Preliminarmente, a Recorrente suscitou a nulidade do lançamento, ao argumento de que há falta de clareza quanto ao montante do imposto devido, bem como em razão da ausência de elementos essenciais ao Auto de Infração.

Do exame dos autos, é possível constatar que o valor histórico do ICMS lançado é de R\$487.002,61, conforme se encontra indicado à folha 01 do processo. O montante de R\$1.364.071,98, a que se refere a Recorrente, representa o somatório do valor do ICMS lançado mais os acréscimos moratórios e a multa de ofício, conforme se encontra claramente explicitado no Demonstrativo de Débito à folha 03 do processo. Não há, portanto, qualquer obscuridade na elaboração da peça inaugural do lançamento, ao contrário do que afirma o sujeito passivo.

Convém destacar, ainda, que foram anexados o Demonstrativo Analítico de Débito (folha 17) e a Relação Detalhada das Notas Fiscais de Saídas Interestaduais (folhas 27/35), elementos esses que oferecem informações detalhadas acerca de todos os dados envolvidos na determinação do débito tributário, quais sejam: data, base de cálculo, alíquota, multa, acréscimos moratórios, valores totais devidos e valores sujeitos a redução em função da data do pagamento.

Também não há como prosperar a alegada ausência de requisitos essenciais ao Auto de Infração, pois todos os elementos listados nos incisos do artigo 39 do RPAF-BA/99 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia, aprovado pelo Dec. 7.629/99) se encontram presentes. Consta, até mesmo, o local onde foi lavrado o Auto (IFEP COMÉRCIO – Inspetoria de Fiscalização de Grandes Empresas do Setor do Comércio e Substituição Tributária), bem como o nome, CNPJ e endereço do autuado.

Não vislumbro, igualmente, erro no que tange à tipificação da infração apurada, não havendo reparo a fazer no enquadramento legal utilizado pelo autuante.

Assim, rejeito a alegação de nulidade suscitada.

Quanto ao mérito, o sujeito passivo não nega a ocorrência da conduta que lhe foi imputada, limitando-se a suscitar a confiscatoriedade da multa punitiva e da multa moratória. Resta, em consequência, caracterizada a infração.

Quanto à confiscatoriedade da multa imposta (150%), em que pese situar-se em patamar elevado, não é possível afastá-la, pois decorre da aplicação do art. 42, inciso V, alínea “a” da Lei nº 7.014/96. A escolha feita pelo legislador está associada à gravidade da infração incorrida pelo contribuinte, pois a falta de recolhimento do imposto retido é conduta que se enquadra como crime de apropriação indébita, merecendo a mais enérgica repulsa do nosso sistema tributário.

Embora o sujeito passivo tenha atacado a “multa moratória”, é importante ressaltar que não houve cobrança de multa moratória no presente lançamento, conforme se pode constatar pela leitura do demonstrativo de débito à folha 03, que lista as parcelas objetos da presente exigência fiscal, quais sejam, imposto, acréscimos moratórios e multa de ofício.

Os acréscimos moratórios não se confundem com a multa de mora, pois o seu conteúdo não possui natureza de sanção, mas possui, isto sim, natureza compensatória e se destina a indenizar o Estado pela ausência da disponibilidade do recurso. Nesse sentido, a remuneração incidente a título de acréscimos moratórios acompanha os juros de mercado, tendo como parâmetro a Taxa SELIC, conforme art. 102, §2º, inciso II do COTEB, abaixo reproduzido.

“Art. 102. Os débitos tributários recolhidos fora dos prazos regulamentares ficarão sujeitos aos seguintes acréscimos moratórios:

*...
§ 2º Os acréscimos moratórios, incidentes a partir de 1º de janeiro de 2001, serão calculados segundo os seguintes critérios:*

*...
II - sobre os débitos reclamados em lançamento de ofício, a partir de 30 (trinta) dias de atraso, incidirão acréscimos equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia (SELIC) para títulos federais, acumulada mensalmente até o último dia do mês anterior ao do pagamento, e 1% (um por cento) relativo ao mês em que o pagamento estiver sendo efetuado.
...”*

O índice mensal aplicado é, assim, muito inferior aos 2%, referidos pela Recorrente como sendo um patamar máximo aceitável. A questão é, contudo, o tempo em que esse recurso ficou, indevidamente, com o contribuinte, antes de devolvê-lo aos cofres públicos. Tal retardo eleva significativamente os valores omitidos originalmente, e não poderia ser diferente, sob pena de se criar uma situação jurídica de um absurdo proveito para as empresas que se mantivessem por um longo período sem recolhimento do tributo devido, o que não se pode admitir.

Assim, entendo que o auto de infração é procedente, não merecendo reparo a decisão recorrida.

Diante do exposto, NEGO PROVIMENTO ao Recurso Voluntário.

Considerando que a conduta descrita no presente lançamento (falta de recolhimento do imposto retido) se enquadra como *crime de apropriação indébita*, nos termos do art. 168 do Código Penal, encaminhe-se o presente processo, após a inscrição em dívida ativa, para o setor competente com fins de representar ao Ministério Público, conforme prevê o art. 120-A do RPAF/BA.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **281071.3004/16-8**, lavrado contra **GODOY & BAPTISTELLA INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PRODUTOS DE HIGIENE LTDA. (GODOY & BAPTISTELLA COMERCIO DE PRODUTOS DE HIGIENE LTDA.)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o recolhimento do imposto no valor de **R\$487.002,61**, acrescido da multa de 150%, prevista no art. 42, V, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de julho de 2017.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA – RELATOR

PAULA GONÇALVES MORRIS MATOS – REPR. DA PGE/PROFIS