



ESTADO DO ACRE
Secretaria de Estado de Fazenda
Conselho de Contribuintes do Estado do Acre

ACÓRDÃO Nº	29/2017
PROCESSO Nº	2013/81/42682
RECORRENTE:	LÍDER AUTO POSTO LTDA
ADVOGADO:	ALBERTO BARDAWIL NETO OAB/AC 3.222, BRUNO LAMEIRA ITANI OAB/AC 4.197 E MARCO ANTONIO CARNEIRO LAMEIRA OAB/AC 3.265
RECORRIDA:	FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
PROCURADOR FISCAL:	LUIS ROGÉRIO AMARAL COLTURATO
RELATOR:	CONSELHEIRO LUIZ ANTÔNIO PONTES SILVA
DATA DE PUBLICAÇÃO:	

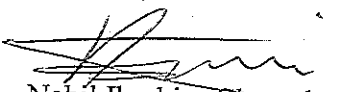
EMENTA

ADMINISTRATIVO. TRIBUTÁRIO. ICMS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. AUTUAÇÃO. RECURSO VOLUNTÁRIO IMPROVIDO.

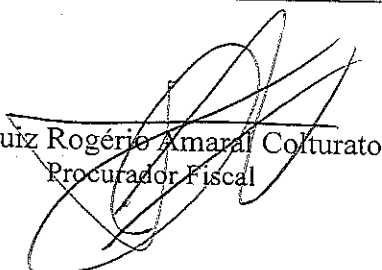
1. A autuação devido a não emissão de documentos fiscais;
2. Emitir documento fiscal é obrigação acessória prevista nos artigos 60 e 62 do Decreto 008/98;
3. O recolhimento antecipado do ICMS por substituição tributária não exime da responsabilidade do contribuinte em emitir documento fiscal;
4. A inobservância da obrigação acessória de emitir documento fiscal dá ensejo a aplicação de penalidade pecuniária, ainda que tenha havido o recolhimento do imposto devido (art. 61 da Lei Complementar 55/97);
5. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional (§ único do art. 142 do CTN);
6. A obrigação acessória, pelo simples fato de sua inobservância, converte-se em obrigação principal relativamente à penalidade pecuniária (art. 113 § 3º CTN);
7. Recurso voluntário improvido. Decisão por maioria.

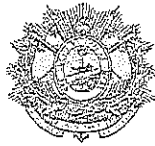
ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, em que é interessada LÍDER AUTO POSTO LTDA, ACORDAM os membros do Conselho de Contribuintes do Estado do Acre decidem, por maioria de votos, em negar provimento ao recurso voluntário do contribuinte. Votos dos Conselheiros pela procedência parcial do recurso: Luiz Antônio Pontes Silva (relator), Assurbanipal Barbary de Mesquita e Marco Antonio Mourão de Oliveira. Votos divergentes dos Conselheiros: Fredi Dettweiler, Silvio Gorzoni Cortizo, Hilton de Araújo Santos e Nabil Ibrahim Chamchoum (Presidente). Presente ainda o Procurador Fiscal Luiz Rogério Amaral Colturato. Sala das Sessões, Rio Branco, Capital do Estado do Acre, 11 de outubro de 2017.


Nabil Ibrahim Chamchoum
Presidente


Luiz Antônio Pontes Silva
Conselheiro Suplente - Relator


Luiz Rogério Amaral Colturato
Procurador Fiscal



ESTADO DO ACRE
SECRETARIA DE ESTADO DA FAZENDA
CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DO ACRE - CONCEA

REF. PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº: 2013/81/42682

RECORRENTE: LÍDER AUTO POSTO LTDA

ADVOGADOS: ALBERTO BARDAWIL NETO OAB/AC 3.222; BRUNO LAMEIRA ITANI OAB/AC 4.197 e MARCO ANTONIO CARNEIRO LAMEIRA OAB/AC 3.265

RECORRIDO: ESTADO DO ACRE.

PROCURADOR FISCAL: RAÍSSA CARVALHO FONSECA E ALBUQUERQUE

RELATOR: LUIZ ANTONIO PONTES SILVA.

01. **LÍDER AUTO POSTO LTDA**, pessoa jurídica de direito privado, com sede na Rua Sergipe, nº 276, Cerâmica, Rio Branco (AC) interpôs perante este órgão colegiado da fazenda pública estadual, **RECURSO VOLUNTÁRIO Nº 2013/81/42682**.

Breve Relato

02. O Processo **2013/81/42682** decorre do Auto de Infração e Notificação Fiscal nº 05.947, lavrado em cumprimento das determinações da Ordem de Serviço nº 001/2013, do qual o Fisco alega que restou comprovada a não emissão de notas fiscais de saída relativa ao exercício de 2009, descumprindo o art. 60, inciso IV c/c o art. 62, ambos do Regulamento do ICMS.

03. Observa-se na fl. 16, que a Recorrente afirma que a SEFAZ deixou de efetuar verificações com base no controle de vendas de produtos e tão somente monitorava a entrada dos mesmos, e que não havia preocupação total com a conservação da documentação fiscal relativa às saídas, razão do extravio de alguns blocos que ficavam encima das bombas sujeitos a ação do tempo.

04. Em Reclamação, a empresa alega que:

- a) É fato público e notório que a SEFAZ-AC houve por força de decretos e entendimentos junto à classe empresarial do Estado do Acre controlar e envidar seu projeto de fiscalização há mais de uma década basicamente através do controle da entrada de mercadorias no território do Estado do Acre, e em particular no setor de combustíveis da capital, através do posto fiscal Tucandeira, revelando o mecanismo de controle pelas saídas de mercadorias a segundo plano, em especial para os produtos sujeitos à exclusiva substituição tributária até a fase final, encerrando TODA a cadeia de cobrança desde o produtor/fabricante até o consumidor final, caso dos combustíveis com suas elevadas alíquotas internas e alíquotas zero nas operações interestaduais. Entretanto, à partir do presente exercício ocorreram diversos encontros com federações e associações empresariais visando a mudanças estruturais do modelo vigente, com implantação efetiva dos controles sobre a saída de mercadorias e que conforme alguns substratos destacados em lâminas da apresentação enviada para discussão junto à Associação Comercial do Acre – ACISA “Projeto de Adequação do Regime de Antecipação do ICMS – novos critérios e regras de transição” doc. 02 em anexo, “visando sanar



ESTADO DO ACRE
SECRETARIA DE ESTADO DA FAZENDA
CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DO ACRE - CONCEA

- incompatibilidade procedimento x norma" doc. 03 em anexo, "pode ser fixado um marco a partir do qual a fazenda passará a ver saídas com maior vigor", "estabelecer um tempo para entrada em vigor da mudança" doc. 04 em anexo, ou seja, a SEFAZ está discutindo um novo marco regulatório a partir do qual demonstra e sinaliza novos procedimentos e estratégias de atuação, doravante através de ações fiscais visando o controle também das saídas e todas as obrigações acessórias.
- b) Neste ínterim, e achando por demasiado estranho, visto que na SEFAZ está em curso um processo de adequação para o modelo de fiscalização inclusive propondo regras transitórias para adaptação pelo comércio local, o contribuinte recebeu em 20/05/2013 Termo de Início de Fiscalização, e tendo extraviado neste período seus Livros de Movimentação de Combustíveis: fato inclusive objeto de constatação e objeto de lavratura de Auto de Infração anterior pelos fiscais, forneceu à respeitável fiscalização todos os blocos de Notas Fiscais correspondente ao período de Janeiro de 2009 a Dezembro de 2012 em cumprimento à notificação lavrada em 04/06/2013, não tendo recebido mais nenhuma visita para esclarecimentos ou contato visando regularizar ou sanar acerca da ação fiscal empreendida no estabelecimento.
- c) Na continuação recebeu no dia 11/10/2013 o Auto de Infração nº 05.947 com lançamento tão somente de multa pecuniária no valor de R\$ 1.105.528,33 (um milhão, cento e cinco mil, quinhentos e vinte e oito reais e trinta e três centavos) referente ao exercício de 2009, mas reconhecendo implicitamente a regularidade da empresa quanto ao recolhimento do ICMS, visto inclusive que a fiscalização reconhece que as entradas são soberbamente superiores às saídas dos combustíveis e deste modo está demonstrado cabalmente que não houve sonegação fiscal, pelo fato de que houve a efetiva entrada das mercadorias no estabelecimento tributada até a fase final e que se não houve a efetiva extração dos documentos fiscais quando saídas, foi principalmente "vício" instalado no estado de que o importante é a obrigação principal, com o efetivo recolhimento ICMS e neste caso até a fase final a apuração seria zero e irrelevante para a SEFAZ.
- d) Informa ainda que achou que faltou diálogo ou falta de vontade por partes dos agentes fiscais para tanto, que se concentrarão tão somente na "apuração" das notas fiscais de saída. E que se tivesse procurado a empresa teriam visto que não houve prejuízo algum para o fisco estadual, e se fosse levantada a questão de eventuais prejuízos para o fisco federal com eventual recolhimento a menor dos tributos federais poderíamos termos fornecido cópia da Declaração de Imposto de Renda de Pessoa Jurídica relativa ao exercício correspondente – Doc. 06 em anexo p. 11 de 13, onde está consignada a saída anual correspondente à R\$ 6.760.543,56 (seis milhões, setecentos e sessenta mil, quinhentos e quarenta e três reais e cinquenta e seis centavos) que foi baseada à época pela Receita de Vendas apurada através dos livros de Movimentação de Combustíveis infelizmente extraviados.
- e) Que a lavratura do Auto de Infração o mesmo é preliminarmente nulo de pleno direito, pois a cominação legal – art. 61, inciso III alínea "q" da Lei Complementar Estadual nº 55/97, com a nova redação LCE nº 113/2002 está prejudicada, visto que há a plena infelicidade do legislador acreano que ao "emendar" uma Lei deixou de atentar para as normativas legais e legislação complementar do ICMS, notadamente para as operações em que o imposto devido por toda a cadeia comercial é



ESTADO DO ACRE
SECRETARIA DE ESTADO DA FAZENDA
CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DO ACRE - CONCEA

recolhido anteriormente por ocasião da substituição tributária efetuada na primeira operação efetuada pelo fabricante, no caso dos combustíveis normatizados pelo Convênio ICMS 110/07, o qual determina que as operações para combustíveis tem base de cálculo zero e imposto zero: Art. 61 Aos infratores às disposições desta Lei e das demais normas da Legislação Tributária serão aplicadas as seguintes multas: III – de 100% (cem por cento) do valor do imposto: q) pela não emissão de documento fiscal correspondente a cada operação ou prestação, ainda que tenha sido efetuado o recolhimento do imposto devido.

- f) Quanto ao mérito da respectiva lavratura e do auto de infração está cristalino que ainda de forma não intencional os respeitáveis agentes públicos feriram os princípios básicos da Constituição Federal ao extrapolar os limites do princípio da razoabilidade e aplicarem multa não com intenção de punição acessória, mas sim com finalidade de confisco – multa de 100% sobre o ICMS já recolhido por substituição tributária. Conforme Declaração de Imposto de Renda exercício de 2009 o lucro bruto das operações da empresa foi de R\$ 1.229.066,82 (um milhão, duzentos e vinte e nove mil e sessenta e seis reais e oitenta e dois centavos).

05. Finaliza a Reclamação pedindo: 1) efeito suspensivo ao lançamento do crédito tributário indevidamente lançado 2) completa anulação do referido auto; 3) arquivamento do feito;

06. A Assessoria Tributária em seu Parecer de nº 1.647/2015 alega que:

- a) os citados lançamentos não foram fruto de mera liberalidade do agente fiscal, mas sim imposição legal emanada do art. 142 do Código Tributário Nacional e seu parágrafo único;
- b) diante da constatação de que a impugnante deixou de cumprir com a obrigação acessória em não emitir Nota Fiscal de Saída de combustível pertinentes ao exercício de 2009, foi efetivado o lançamento enquadrando a infração na norma vazada no art. 60, inciso IV, c/c 62, todos do Decreto nº 08/98;
- c) no que pertine os argumentos da Impugnação sobre a existência de convenção entre o Fisco e os empresários sobre a metodologia de fiscalização, que consiste no pagamento do ICMS quando da entrada das mercadorias em território do Estado do Acre, desprezando o cumprimento das obrigações explícitas acessórias, tais argumentos não prosperam ante as determinações explicitadas no RICMS/AC, que, em tempo, algum determina o descumprimento das obrigações acessórias pelo sujeito passivo, não havendo revogação alguma das obrigações acessórias empresas no art. 60, do Decreto nº 08/98;
- d) o estabelecimento varejista quando recebe a mercadoria do distribuidor, o imposto já foi retido por substituição tributária, em razão disso é que no respectivo documento fiscal haverá destaque do valor do imposto retido por substituição tributária, em campo próprio, porquanto, as saídas promovidas pelo estabelecimento varejista não se sujeitam ao destaque do valor imposto, porque esse foi retido pelo distribuidor, prevendo as operações até o consumidor final, não havendo, portanto, crédito nem débito nessas operações;



ESTADO DO ACRE
SECRETARIA DE ESTADO DA FAZENDA
CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DO ACRE - CONCEA

- e) destaca que a Impugnante descumpriu obrigação acessória definida na Legislação Tributária, quando deixou de cumprir com obrigação acessória em não emitir Nota Fiscal de Saída de combustível pertinentes ao exercício de 2009, destacando o art. 113 do CTN;
- f) sendo evidente que a não emissão de Nota Fiscal de Saída de combustível pertinentes ao exercício de 2009 ocasionara a violação das disposições contidas no art. 47, inciso IV, da Lei Complementar Estadual nº 55/97 c/c art. 60, inciso IV c/c art. 62, ambos do Decreto nº 08/98;
- g) quanto a alegação de boa fé, destacada que a infração tributária "é sempre objetiva, ou seja, por ela responde sempre o contribuinte ou responsável, independente de o respectivo ato haver praticado com dolo ou culpa."
- h) Além disso, destaca o art. 136 do CTN, argumentando que a alegação de boa fé da impugnante não prevalece para descaracterizar o lançamento fiscal realizado.

07. Ao fim opina pela improcedência do requerido, devendo ser mantido em toda a sua extensão o Auto de Infração e Notificação Fiscal nº 05.947, de 10 de outubro de 2013. O DIAT na Decisão nº 1.332/2015 se manifesta pela improcedência do pedido efetivado, pugnano pela manutenção do auto.

08. Em sede de Recurso a empresa alega que:

- a) regime de substituição tributária com cobrança do imposto até a fase final
 - i. se o pagamento é feito de forma antecipada, por meio de substituição tributária, não se pode apurar o que já foi pago, sendo ilegal e nulo de pleno direito todo o procedimento e, por conseguinte o respectivo Auto de Infração e Notificação Fiscal nº 05.947/2013;
 - ii. existe uma má interpretação da legislação tributária, notadamente quanto ao regime de tributação adotado pela impugnada, pois atribui multa pelo descumprimento de obrigação acessória, levando por base o imposto já recolhido na operação anterior;
- b) da indevida aplicação da multa punitiva prevista no art. 61, III, "q" da LC 55/97
 - i. ainda incorra em penalidades pelo descumprimento da obrigação acessória, é necessária a readequação de tal penalidade, face ao seu caráter continuado e desproporcional à infração cometida;
 - ii. a doutrina denomina estes ilícitos de infrações continuadas, pois atingem o mesmo bem tutelado e têm idêntico fundamento fático, acarretando conduta de feição sequencial. Assim, mesmo que o contribuinte, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica infrações da mesma espécie e de forma sequencial, devem as posteriores serem consideradas como continuação da primeira, aplicando-se a pena de uma só infração, pois não se justifica a cominação indiscriminada de penalidades, multiplicadas pelo número de vezes em que o contribuinte permaneceu inadimplente em prestar informações;



ESTADO DO ACRE
SECRETARIA DE ESTADO DA FAZENDA
CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DO ACRE - CONCEA

iii. no presente caso, não temos sonegação fiscal do imposto ou de valores não recolhidos, mas sim descumprimento continuado de obrigação acessória que não causou qualquer impacto aos cofres públicos. Dessa forma, se mostra indevida a aplicação da penalidade da multa prevista no art. 61, inciso III, alínea "q" da Lei Complementar Estadual nº 55/97.

c) da aplicação da multa de 100% - art. 61, III, da lei complementar 55/97

i. Alega que o fisco não levou em consideração o valor do imposto que seria cobrado em tais notas de saída quando do cálculo da base para aplicação da multa de 100% prevista no art. 61, inciso III, alínea "q" da Lei Complementar Estadual nº 55/97.

ii. O imposto devido por toda cadeia já vem destacado e cobrado quando o distribuidor vende o combustível para o impugnante.

iii. Ora, se a obrigação aqui acessória cobrada diz respeito a não emissão de notas de saída pelo estabelecimento varejista, por óbvio que o imposto que serviria de base de cálculo para aplicação da referida penalidade deve ser aquele que seria destacado na nota. Ocorre que o valor da nota teria o imposto zero, ou seja, a base de cálculo para aplicação da multa de 100% é de zero, resultando a inexistência de multa.

iv. A cobrança da pesada multa pela não emissão de nota fiscal se justifica, exatamente, para coibir a sonegação de imposto e a venda não tributada.

v. O que ocorreu foi um "esquecimento" da obrigação acessória por parte do contribuinte.

d) da vedação à penalidade com fins confiscatórios

i. A Constituição Federal de 1988 incluiu a proibição de "utilizar tributo com efeito de confisco" (art. 150, inciso IV). Vedar o confisco é, nessa linha, impedir a destruição da propriedade privada (art. 5º, XXI) pelo sistema tributário e proteger a liberdade de iniciativa (art. 170, caput).

ii. A orientação acolhida pelo Supremo Tribunal Federal confere a leitura extensiva do art. 150, inciso IV, da Constituição a fim de aplica-lo também às multas. (STF – RE: 657372 RS, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, data de julgamento: 14/09/2012, Data de Publicação: DJe-186 DIVULG 20/09/2012 PUBLIC 21/09/2012.

iii. No caso em tela, temos a aplicação de penalidade de 100% (cem por cento) sobre o valor do tributo pelo mero descumprimento da obrigação acessória.

iv. Destaca-se o fato de que as notas de saída de produtos de Substituição Tributadas terem seu imposto zerado justamente pelo fato de já terem sido recolhido.

09. Finaliza a peça pedindo: 1) acolhimento do presente Recurso Voluntário ao Conselho de Contribuinte; 2) a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, em consonância com o art. 151, inciso III,

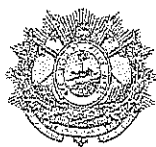


ESTADO DO ACRE
SECRETARIA DE ESTADO DA FAZENDA
CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DO ACRE - CONCEA

do CTN e art. 27, do Decreto nº 462/87; 3) que, no mérito, após analisados os argumentos acima expostos, seja determinada a anulação do Auto de Infração nº 5.947/2013, por afronta a legislação tributária vigente, notadamente quanto à inexistência de conduta culposa pelo contribuinte que traga prejuízos ao Estado; 4) caso entenda pela necessidade de manutenção da penalidade que esta tenha por base de cálculo o valor que seria cobrado nas notas de saída supostamente não emitidas. O que acarretaria em cobrança de valor nulo pelo contribuinte, vez que trata-se de produto sujeito à Substituição Tributária. 5) Uma vez que superadas as fundamentações acima, que se reconheça o caráter repetitivo da conduta do contribuinte, com a consequência aplicação de penalidade única e não de forma repetitiva 6) por fim, que se reconheça o caráter confiscatório da penalidade aplicada;

10. A Procuradoria Fiscal aduz que:

- a) o próprio dispositivo (art. 61 da LCE nº 55/97), prevê que a inobservância da obrigação acessória de emitir documento fiscal dá ensejo à aplicação da penalidade pecuniária **ainda que tenha havido o recolhimento do imposto devido**;
- b) remete ao art. 113, §3º do Código Tributário Nacional – CTN, “a obrigação acessória, pelo simples fato da sua inobservância, converte-se em obrigação principal relativamente à penalidade pecuniária”, portando o preceito legal estabelece que o descumprimento de uma obrigação acessória faz surgir uma obrigação principal, qual seja, a penalidade pecuniária (multa), que é autônoma em relação à primeira;
- c) assevera que o Superior Tribunal de Justiça já assentou a relação jurídico-tributária abrange tanto a obrigação tributária principal como o conjunto de deveres do contribuinte, positivos ou negativos, que visam dar-lhe efetividade, os quais corresponde às obrigações acessórias, que são autônomas em relação à obrigação tributária. (STJ – EDcl no REsp: 1384832 RN 2013/0149820-0 Relator: Ministro HUMBERTO MARTINS, Data de Julgamento: 18/03/2014, T2 – SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 24/03/2014);
- d) ademais, esclarece ao que preceitua o art. 97, V, do CTN, os autos de infração indicam o dispositivo legal que embasou a aplicação da penalidade, descrevem o fato gerador da obrigação tributária e trazem o enquadramento legal da infração;
- e) ressalta nos termos do art. 113, §2º, do CTN, a obrigação acessória decorre da legislação tributária e por objeto as prestações, positivas ou negativas, nela previstas no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos. Cita o art. 115 do CTN, “fato gerador da obrigação acessória é qualquer situação que, na forma da legislação aplicável, impõe a prática ou abstenção de ato que não configure obrigação principal.”;
- f) salienta que não há alteração legislativa superveniente que afaste a obrigação acessória de emitir nota fiscal de saída. Pelo contrário, o que existe é a legislação em plena vigência, frise-se determinando que o Contribuinte é obrigado a emitir documento fiscal e a entregá-lo ao destinatário, juntamente com a mercadoria, bem ou serviço objeto da operação ou prestação, ainda que não seja por este solicitada (arts. 60, IV, e 62, do Decreto Estadual nº 008/98);



ESTADO DO ACRE
SECRETARIA DE ESTADO DA FAZENDA
CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DO ACRE - CONCEA

- g) frisa que conforme o art. 136 do CTN a responsabilidade por infração à legislação tributária é, em regra objetiva, sendo irrelevante para sua configuração a vontade do agente.
- h) quanto da aplicabilidade da base de cálculo "zero", do imposto recolhido antecipadamente por substituição tributária. Salaria que a Lei Complementar Estadual nº 55/97, em seu art. 61, III, "g", prevê expressamente que a não emissão de documento fiscal correspondente a cada operação ou prestação, ainda que tenha sido efetuado o recolhimento do imposto devido, enseja aplicação de multa de 100% (cem por cento) do valor do imposto. Estando o Contribuinte sujeito ao referido regime (substituição tributária) não há o que se falar em ausência de imposto, muito menos em base de cálculo "zero" para multa, uma vez que o ICMS é recolhido antecipadamente, por substituição tributária, e vem destacado na nota fiscal. Desse modo, imperioso concluir que o recolhimento do ICMS por substituição tributária não prejudica nem afasta a integral aplicação do dispositivo em questão, devendo ser considerado como base de cálculo para multa o valor do imposto pago pelo substituto tributário.
- i) relativo à ausência de ofensa ao princípio do não confisco e a possibilidade de aplicação de multa equivalente a 100% do valor imposto, informa que a aplicação do princípio restringe-se aos tributos, não incidindo, assim, com relação às multas, que com aqueles não se confundem. Observando que a multa visa desestimular o comportamento que configura sua hipótese de incidência, podendo ser considerada como receita extraordinária ou eventual. Prossegue colacionando julgados do STJ e STF nesse sentido (STF – RMS: 29302 GO 2009/0066965-5, Relator: Ministro FRANCISCO GALVÃO, Data de Julgamento: 16/06/2009, PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação 25.06.2009, DJe 25/06/2009 e STF – RE: 834435 RS, Relator: Min. CARMEN LÚCIA, Data de Julgamento: 17/09/2014, Data de Publicação: DJe-183 DIVULG 19/09/2014 PUBLIC 22/09/2014)
- j) tratando-se da aplicabilidade ao caso do art. 61, §º, da Lei Complementar 55/97, na medida que o Fisco não atuou o Contribuinte por cada nota fiscal de saída que deixou de ser emitida, mas sim com relação a cada exercício em que a fiscalização verificou que referida obrigação acessória deixou de ser observada, não houve, aplicação de penalidade em face de cada conduta omissiva do contribuinte o que afasta a possibilidade de reconhecimento, no caso, de infração continuada. Não podendo o Fisco, modificar ou extinguir, sem fundamento legal o crédito tributário, sob pena de responsabilidade funcional do agente fiscal, nos termos do art. 141 do CTN. A lei prevê que, se do ilícito fiscal decorrer mais de uma infração, deve ser aplicada a maior penalidade comunicada, incluindo-se as demais. No caso em questão os atos omissos ocorreram em exercícios consecutivos 2009, 2010, 2011 e 2012. Sendo a mais elevada R\$ 1.391.014,14 (um milhão, trezentos e noventa e um mil, quatorze reais e quatorze centavos), e que a multa tributária não perderá o condão de, para além de sancionar, desestimular a repetição da conduta contrária a norma.

11. Ao final a Procuradoria opina pela Procedência Parcial dos Recursos Voluntários, para cancelar, ainda que por outro fundamento, os AINF's nº 05.947/2013, nº 05.950/2013 e 05.949/2013, mantendo-se íntegro, todavia, o AINF nº 05.951/2013, que cominou a penalidade mais elevada, por aplicação do disposto



ESTADO DO ACRE
SECRETARIA DE ESTADO DA FAZENDA
CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DO ACRE - CONCEA

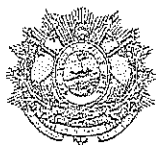
no art. 61 § 3º, da Lei Complementar Estadual nº 55/97;

12. É o relatório de cujo processo, nos termos do Art. 10, XI do Regimento Interno do CONCEA (Dec. 13.194/05), solicita-se inclusão em pauta para julgamento no Conselho de Contribuintes do Estado do Acre.

Rio Branco (AC), 20 de setembro de 2017.


Luiz Antonio Pontes Silva
Conselheiro Relator

COPIA



ESTADO DO ACRE
SECRETARIA DE ESTADO DA FAZENDA
CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DO ACRE - CONCEA

REF. PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº: 2013/81/42682

RECORRENTE: LÍDER AUTO POSTO LTDA

ADVOGADOS: ALBERTO BARDAWIL NETO OAB/AC 3.222; BRUNO LAMEIRA ITANI OAB/AC 4.197 e MARCO ANTONIO CARNEIRO LAMEIRA OAB/AC 3.265

RECORRIDO: ESTADO DO ACRE.

PROCURADOR FISCAL: RAÍSSA CARVALHO FONSECA E ALBUQUERQUE

RELATOR: LUIZ ANTONIO PONTES SILVA.

VOTO

01. Analisando detidamente a matéria posta à apreciação, verifica-se que a autoridade administrativa visando cumprir o estabelecido na legislação Estadual aplicou a multa por descumprimento de obrigação acessória.

02. O AINF 05.947, é referente a não emissão de notas fiscais de saída relativas ao exercício de 2009, atribuído a título de multa a importância de R\$ 1.105.528,33 (um milhão, cento e cinco mil, quinhentos e vinte e oito reais e trinta e três centavos), vez que houve o descumprimento por parte do Contribuinte do artigo 60, inciso IV c/c o art. 62, ambos do regulamento do ICMS/AC Decreto Estadual nº 08/98. Constituinto assim o lançamento tributário, exigindo a multa prevista na forma do art. 61, inciso III, alínea "q" da Lei Complementar nº 55/97, com nova redação dada pela Lei Complementar Estadual nº 113/2002, *in verbis*:

DECRETO ESTADUAL Nº 08/98

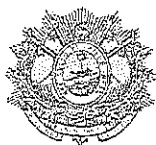
Art. 60. São obrigações acessórias do contribuinte, responsável ou transportador:

(...)

V - entregar ao destinatário, ainda que não solicitado, e exigir do remetente ou prestador, o documento fiscal correspondente à operação ou prestação realizada;

Art. 62. O contribuinte é obrigado a emitir o documento fiscal e a entregá-lo ao destinatário, juntamente com a mercadoria, bem ou serviço objeto da operação ou prestação, ainda que não seja por este solicitada.

§ 1º O documento fiscal obedecerá ao modelo fixado neste Regulamento, com base em convênio celebrado entre o Estado do Acre e as unidades federadas, e deverá ser emitido, salvo nos casos nele previstos, por ocasião de cada operação ou prestação.



ESTADO DO ACRE
SECRETARIA DE ESTADO DA FAZENDA
CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DO ACRE - CONCEA

§ 2º É proibida a impressão, emissão e utilização de documentos estritamente comerciais a serem entregues ao adquirente de bens, mercadorias ou serviços, com características semelhantes às dos documentos fiscais, bem como a utilização de equipamentos ou máquinas de débito ou crédito registradas para pessoa ou estabelecimento diverso.

§ 3º Os documentos de que trata o parágrafo anterior, bem assim os seus equipamentos emissores, serão apreendidos pelo Fisco, sem prejuízo das demais sanções cabíveis aplicáveis ao impressor, emitente ou usuário.

LEI COMPLEMENTAR Nº 55 DE 09 DE JULHO DE 1997

Art. 61. Aos infratores às disposições desta Lei e das demais normas da Legislação Tributária serão aplicadas as seguintes multas:

III - de 100% (cem por cento) do valor do imposto:

q) pela não emissão de documento fiscal correspondente a cada operação ou prestação, ainda que tenha sido efetuado o recolhimento do imposto devido.

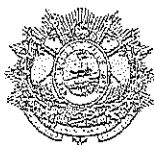
03. Notadamente, a atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional, conforme estipula o art. 142 do Código Tributário Nacional:

CAPÍTULO II
Constituição de Crédito Tributário
SEÇÃO I
Lançamento

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa **constituir o crédito tributário pelo lançamento**, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

04.

Com base no texto acima a autoridade administrativa tem o condão de



ESTADO DO ACRE
SECRETARIA DE ESTADO DA FAZENDA
CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DO ACRE - CONCEA

constituir o crédito tributário. Ademais, não pode ser alegado o simples esquecimento para o não cumprimento da obrigação acessória, tão pouco não haver preocupação total com a conservação de documentação exigida pelo Fisco.

"fl. 16. Conforme já expusemos informalmente, como desde o ano de 1998 a Sefaz deixou de efetuar verificações com base no controle de vendas de produtos e tão somente monitorava e acompanhava a entrada dos mesmos, não havia preocupação total com a conservação da documentação fiscal relativa às saídas..."

05. Ressalto que o que está se discutindo não é se houve ou não recolhimento do ICMS, mas sim o descumprimento de obrigação acessória. É sabido que a obrigação acessória decorre da legislação tributária e tem por objeto uma obrigação de fazer ou não fazer. O art. 113, §3º da Lei 5.172, de 25 de outubro de 1966 é claro:

Art. 113. A obrigação tributária é principal ou acessória.

§ 3º A obrigação acessória, pelo simples fato da sua inobservância, converte-se em obrigação principal relativamente à penalidade pecuniária

06. Acerca do regime de substituição tributária com cobrança do imposto até a fase final, o Contribuinte é sim, substituído tributário, em suma, o recolhimento é feito na fonte, a alegação que não houve prejuízo ao Estado ou sonegação do ICMS não ilide o dever de realizar o pagamento da obrigação acessória.

07. Relativo à indevida aplicação da multa punitiva prevista no art. 61, III, "q" da LC 55/97, o descumprimento da obrigação não é apenas do ano de 2009, mas sim, tem caráter continuado devendo nesse caso ser aplicada apenas uma infração. Contudo, ao contrário do que a Recorrente deseja passar o imposto não seria zero, ou mesmo sua base de cálculo para aplicação da multa de 100% seria zero, vez que o ICMS vem destacado na nota fiscal.

08. A Recorrente aduz que a multa tem fins confiscatórios, contudo o Supremo Tribunal Federal já entendeu que multa até 100% (cem por cento) não tem fins confiscatórios conforme o Recurso Extraordinário 833106, de modo que as penalidades que ultrapassem 100% acabariam por violar o princípio do não confisco.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 833.106 GOIÁS
RELATOR : MIN. MARCO AURÉLIO
RECTE.(S) :AKAEMBU TRANSPORTES E COMERCIO LTDA



ESTADO DO ACRE
SECRETARIA DE ESTADO DA FAZENDA
CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DO ACRE - CONCEA

ADV.(A/S) :KEYLANE TELES S BORGES E OUTRO(A/S)

RECDO.(A/S) :ESTADO DE GOIÁS

PROC.(A/S)(ES) :PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE GOIÁS

DECISÃO

**RECURSO EXTRAORDINÁRIO – MULTA TRIBUTÁRIA – CONFISCO –
OCORRÊNCIA – PRECEDENTES – PROVIMENTO.**

1. O Tribunal de origem manteve a cobrança de multa tributária, prevista em lei estadual, no percentual de 120% do valor da obrigação principal. Assentou não implicar inconstitucionalidade previsão legal de penalidade pecuniária em patamar superior ao valor do próprio tributo, ausente o caráter confiscatório da sanção.

A decisão impugnada está em desarmonia com a jurisprudência do Supremo. O entendimento do Tribunal é no sentido da invalidade da imposição de multa que ultrapasse o valor do próprio tributo – Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 551/RJ, relator ministro Ilmar Galvão, Diário da Justiça de 14 de fevereiro de 2003, e Recurso Extraordinário nº 582.461/SP, relator ministro Gilmar Mendes, julgado sob o ângulo da repercussão geral em 18 de maio de 2011, Diário da Justiça de 18 de agosto de 2011.

2. Ante o exposto, dou provimento ao recurso para, reformando o acórdão recorrido, assentar a inconstitucionalidade da cobrança de multa tributária em percentual superior a 100%, devendo ser refeitos os cálculos, com a exclusão da penalidade excedente, a fim de dar sequência às execuções fiscais.

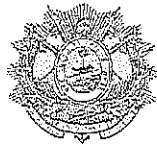
3. Publiquem. Brasília, 2 de outubro de 2014.

Ministro MARCO AURÉLIO - Relator

09. Saliento que o Conselho de Contribuintes do Estado do Acre - CONCEA analisa a legalidade, bem como deve obedecer ao disposto no art. 175 do Código Tributário do Estado do Acre, *in verbis*:

Art. 175 - As decisões administrativas serão incompetentes para declarar a inconstitucionalidade ou ilegalidade da lei, decreto ou portaria de Secretário de Estado.

10. Contudo, conforme ensinado por Kiyoshi Harada, em sua obra de Direito Financeiro e Tributário, na 26ª Edição: "O STF não tem admitido, porém, a multa fiscal que importe em apropriação total ou parcial do patrimônio ou dos rendimentos do contribuinte, balizando o limite da imposição de pena pecuniária ao princípio da razoabilidade e da proporcionalidade. (...) Finalizando, para saber se um tributo é confiscatório ou não, deve-se analisar o mesmo sob o princípio da capacidade contributiva que, por sua vez, precisa ser examinado em consonância com o princípio da moderação ou da razoabilidade da



ESTADO DO ACRE
SECRETARIA DE ESTADO DA FAZENDA
CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DO ACRE - CONCEA

tributação verificando, ainda, se a eventual onerosidade da imposição fiscal se harmoniza com os demais princípios constitucionais, garantidores do direito de propriedade, da liberdade de iniciativa, da função social da propriedade etc.” Não sendo razoável, como bem dito pelo contribuinte, a multa aplicada alcançar basicamente todo o exercício.

11. Ante o exposto, **voto pelo Provimento Parcial do Recurso**, com base no disposto no art. 61, § 3º, da Lei Complementar Estadual nº 55/97, considerando o caráter continuado do ilícito fiscal, aplicando-se uma única multa, qual seja, a maior, mantendo-se o AINF nº 05.951/2013 no valor de R\$ 1.391.014,04 (um milhão, trezentos e noventa e um mil, quatorze reais e quatro centavos), cancelando assim os AINF's nº 05.947/2013, nº 05.950/2013 e nº 05.949/2013. Finalizo ressaltando que as decisões administrativas, conforme preceitua o art. 175 do Código Tributário Estadual são incompetentes para declarar a inconstitucionalidade ou ilegalidade da lei.

É como voto.


Luiz Antonio Pontes Silva
Conselheiro