

**PROCESSO** - A. I. Nº 282219.0706/03-4  
**RECORRENTE** - ITABA – INDÚSTRIA DE TABACOS BRASILEIRA LTDA.  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 4ª JJF nº 0277-04/04  
**ORIGEM** - IFEP – DAT/METRO  
**INTERNET** - 26/10/2004

## 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0341-11/04

**EMENTA:** ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. IMPOSTO RETIDO E NÃO RECOLHIDO. Restou comprovado que o contribuinte reteve e não recolheu o imposto devido por antecipação tributária nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado. Infração caracterizada. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Não cabe a este órgão julgador a apreciação de inconstitucionalidade da legislação tributária. As multas indicadas no lançamento são as legalmente previstas para as infrações apuradas. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão que julgou Procedente o Auto de Infração em referência para exigir ICMS do Recorrente com base nas seguintes infrações:

1. Retenção e recolhimento a menor do ICMS na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia. O Recorrente deixou de utilizar o preço de venda a varejo constante da lista de preço fornecido à Secretaria da Receita Federal relativo ao cigarro de marca Trem Prata Classe I.
2. Reteve e não recolheu o ICMS na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia. O Recorrente, no momento do recolhimento, contrapôs valores referentes à compra de crédito acumulado de contribuintes da Bahia, sem a devida legitimação de crédito e conseqüente falta de emissão do certificado de crédito através de processo regular e, portanto, não considerado como pagamentos efetuados.

A Decisão da Junta de Julgamento Fiscal concluiu que não houve a nulidade suscitada na peça de defesa, pois somente houve equívoco no enquadramento legal da infração 2 e este equívoco não cercearia o direito de defesa do recorrente já que era possível identificar a natureza da infração e sua tipificação. Os demonstrativos juntados pelo autuante, quando da lavratura do Auto de Infração, e após, demonstram como se chegou aos valores exigidos, sendo que as multas aplicadas estão previstas na legislação estadual.

Afastou também a segunda preliminar suscitada, pois constatou que não houve ofensa ao princípio do contraditório e da ampla defesa, haja vista que existência de elementos e tempo suficientes para que o recorrente pudesse expor seus argumentos defensivos.

A JJF também refutou o argumento de não consideração do valor recolhido em relação à infração 2, uma vez que os valores glosados se referem a créditos fiscais, e não efetivo pagamento com moeda, por isso não há razão para determinação de nulidade.

No mérito, a Junta de Julgamento Fiscal constatou que o autuado reconheceu a procedência da infração 1, tendo efetuado o recolhimento do valor correspondente e determinou a homologação do montante recolhido.

Quanto à infração 2, a JJF considerou que os créditos fiscais utilizados para compensação com os débitos decorrentes da retenção de ICMS por substituição não observaram os procedimentos regulamentares para verificação e transferência. Procedimentos esses essenciais para que se reconheça a possibilidade desse encontro de contas. E ainda que somente o fato das empresas cedentes estarem em situação regular não pressupõe que os créditos transferidos existam e sejam passíveis de transferência. Entendeu que as condições e limitações impostas pela legislação estadual para reconhecimento e transferência de créditos não são passíveis de apreciação quanto à inconstitucionalidade por esse Conselho de Fazenda, e definiu que o fato do Autuado não ter observado os procedimentos exigidos invalida a operação.

Entende que as multas aplicadas estão previstas na legislação, guardando correspondência com a infração cometida, não havendo motivo para considerá-las confiscatórias.

Inconformado com tal Decisão, o recorrente interpôs Recurso Voluntário, por meio do qual insiste na declaração de nulidade da infração 2, já que não houve a descrição precisa dos fatos e sua correspondência com o enquadramento legal. Transcreveu jurisprudência do Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda para embasar seu entendimento. Argumentou que não descumpriu o Convênio nº 37/94, pois a exigência de tributo e imputação de penalidade não podem ser instituídos por meios infralegais.

Por tais motivos entende que deve ser declarada nulidade da infração.

No mérito, argúi que o acórdão recorrido continua exigindo os valores já recolhidos decorrentes do reconhecimento da infração 1 com multa de 60%, mesmo já tendo o débito sido quitado. Nesse caso, entende que tal valor deve ser excluído da condenação.

Quanto à infração 2, manifesta sua inconformidade com a desconsideração dos valores pagos. Argumenta que não poderia ter sido autuado pela omissão de recolhimento de ICMS-ST, pois os créditos utilizados originaram-se de contribuintes sem débitos perante o Estado e foram adquiridos de boa-fé. Ademais a dita transferência respeita a não-cumulatividade prevista constitucionalmente, e por isso não pode ser limitada ou obstaculizada por determinação infraconstitucional. Que a compensação de valores também é prevista na Constituição e que a forma de lançamento do ICMS permite a compensação automática.

O recorrente entende que não houve omissão de recolhimento, por isso não caberia a aplicação de multa correspondente a essa infração, além do percentual previsto de 150% ter natureza confiscatória.

Por fim, insiste que a operação foi realizada com boa-fé, que o recorrente consultou o SINTEGRA para verificar a regularidade das empresas que forneceram os créditos transferidos e que está à disposição para os esclarecimentos necessários. Requer seja julgado provido o presente Recurso Voluntário para reformar a Decisão da Junta de Julgamento Fiscal.

A PGE/PROFIS se manifestou pelo Não Provimento do Recurso Voluntário, pois a transferência e utilização do crédito não foram realizados mediante os Certificados previstos na Legislação sobre o tema.

## **VOTO**

A arguição de nulidade da infração 2 foi suficientemente abordada pela Decisão de Primeira Instância, tendo a mesma sido afastada, pois se verificou que o engano no enquadramento legal da infração não comprometeu a defesa do autuado/recorrente, pois a descrição do fato era (como é) suficiente para se conhecer a imputação.

Quanto à transferência de saldos acumulados, fundamentada pelo recorrente na Lei Complementar nº 87/96, vale citar os dispositivos desse mesmo diploma que regulamentam essa operação:

*“Art. 24. A legislação tributária estadual disporá sobre o período de apuração do imposto. As obrigações consideram-se vencidas na data em que termina o período de apuração e são liquidadas por compensação ou mediante pagamento em dinheiro como disposto neste artigo:*

*I - as obrigações consideram-se liquidadas por compensação até o montante dos créditos escriturados no mesmo período mais o saldo credor de período ou períodos anteriores, se for o caso;*

*II - se o montante dos débitos do período superar o dos créditos, a diferença será liquidada dentro do prazo fixado pelo Estado;*

*III - se o montante dos créditos superar os dos débitos, a diferença será transportada para o período seguinte.*

**Art. 25. Para efeito de aplicação do disposto no art. 24, os débitos e créditos devem ser apurados em cada estabelecimento, compensando-se os saldos credores e devedores entre os estabelecimentos do mesmo sujeito passivo localizados no Estado. (Redação da LC102/2000).**

**§ 1º Saldos credores acumulados a partir da data de publicação desta Lei Complementar por estabelecimentos que realizem operações e prestações de que tratam o inciso II do art. 3º e seu parágrafo único podem ser, na proporção que estas saídas representem do total das saídas realizadas pelo estabelecimento:**

*I - imputados pelo sujeito passivo a qualquer estabelecimento seu no Estado;*

*II - havendo saldo remanescente, transferidos pelo sujeito passivo a outros contribuintes do mesmo Estado, mediante a emissão pela autoridade competente de documento que reconheça o crédito.*

**§ 2º Lei estadual poderá, nos demais casos de saldos credores acumulados a partir da vigência desta Lei Complementar, permitir que:**

*I - sejam imputados pelo sujeito passivo a qualquer estabelecimento seu no Estado;*

*II - sejam transferidos, nas condições que definir, a outros contribuintes do mesmo Estado.” (grifamos)*

Desses dispositivos depreende-se o seguinte:

1. O saldo credor de ICMS decorrente da conta-corrente fiscal normal da empresa (confronto entre débitos e créditos) pode ser aproveitado pelo próprio estabelecimento que o gerou e por outros do mesmo sujeito passivo dentro do Estado;
2. Os saldos credores acumulados em decorrência de realização de exportação e após quitação de débitos de outros estabelecimentos do sujeito passivo, podem ser transferidos para terceiros, dentro do mesmo Estado, mediante emissão de documento pela autoridade competente que reconheça o crédito em questão;
3. Outros créditos acumulados podem ser transferidos para outros estabelecimentos do sujeito passivo ou para terceiros nas condições em que a legislação estadual dispuser.

Assim, a transferência de créditos de ICMS para terceiros somente se dará respeitando-se as condições previstas na legislação estadual. Essa determinação provém de legislação que, precipuamente, destina-se a complementar os dispositivos Constitucionais esclarecendo e regulamentando aquilo que foi definido em linhas gerais pela Constituição.

Desta forma, se o recorrente entende ser inconstitucional o estabelecimento de regras pela legislação estadual que regulamentem a transferência de créditos fiscais de ICMS, deverá atacar os dispositivos citados da Lei Complementar que delegou tal poder aos Estados.

Enquanto isso, são válidas as exigências e procedimentos previstos para o reconhecimento e transferência de créditos fiscais de ICMS entre diferentes sujeitos passivos. Não se respeitando os procedimentos previstos, não há como confirmar a existência dos créditos transferidos seja em relação à sua legalidade, seja em relação ao valor, a regularidade fiscal do sujeito passivo cedente dos créditos e nem homologar sua transferência.

O recorrente não aceita a imputação da multa, pois considera que não houve omissão no pagamento do imposto. Entretanto, pelas conclusões expostas acima, conclui-se que realmente houve a retenção do imposto pelo recorrente e que não foi repassado ao Estado. Desta forma resta caracterizada a hipótese para aplicação da multa prevista. Esta, por sua vez, tem percentual elevado, diante do fato de ter havido retenção e não recolhimento, o que se configura apropriação indébita.

Não há, como entende o recorrente, exigência dos valores já quitados. Finalizado o PAF e conforme determinado pela Decisão da JJF em sua Resolução, haverá a homologação dos valores já recolhidos, excluindo-os do montante que venha a ser reconhecido como débito do contribuinte.

Pelos motivos e fundamentos expostos, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, homologando a Decisão da 4ª JJF.

### RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª 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 **282219.0706/03-4**, lavrado contra **ITABA – INDÚSTRIA DE TABACOS BRASILEIRA LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$630.361,24**, acrescido das multas de 60% sobre R\$562,50 e 150% sobre R\$629.798,74, previstas, respectivamente, no art. 42, II, “e” e V, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, homologando-se os valores já efetivamente recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de setembro de 2004.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS – PRESIDENTE

ROSA MARIA DOS SANTOS GALVÃO – RELATORA

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO SÉ – REPR. DA PGE/PROFIS