

**PROCESSO** - A. I. Nº 278868.0003/04-4  
**RECORRENTE** - ITAGUASSU AGRO INDUSTRIAL S/A  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0080-02/05  
**ORIGEM** - IFEP - DAT/METRO  
**INTERNET** - 30/06/2005

## **2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**

### **ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0199-12/05**

**EMENTA:** ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. IMPOSTO RETIDO E NÃO RECOLHIDO. O recorrente, empresa fabricante de cimento localizada no estado de Sergipe, ao efetuar vendas para contribuintes localizados no estado da Bahia, é responsável pela retenção e recolhimento do ICMS devido na condição de contribuinte substituto tributário, relativamente à operação ou operações subseqüentes a serem realizadas neste Estado. Infração comprovada. Mantida a Decisão recorrida. Não acolhidas as preliminares de nulidade e a solicitação de diligência. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

## **RELATÓRIO**

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo contra a Decisão da 2ª Junta de Julgamento Fiscal (2ª JJF) que julgou procedente o Auto de Infração em lide, lavrado para exigir imposto, no valor de R\$847.676,65, em razão de falta de recolhimento do ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia.

Ao proferir o seu voto na Decisão recorrida, a ilustre relatora afirmou, inicialmente, que a lavratura do Auto de Infração foi efetuada em observância ao disposto no artigo 39, do RPAF/99, estando o lançamento apto a surtir seus efeitos jurídicos e legais. No mérito, manteve a autuação, sob o argumento de que a compensação pleiteada pelo autuado não tem vínculo com as mercadorias arroladas na autuação e sujeitas à substituição tributária. Disse que, além disso, as guias de recolhimento do imposto, apresentadas por ocasião da defesa, referem-se a outras operações. Ressaltou que o ICMS declarado nas GIAS/ST (Guias Nacionais de Informação do ICMS Substituição Tributária) corresponde ao ICMS retido nas operações de vendas para contribuintes localizados neste Estado. Também manteve a multa, no percentual de 150%, aplicada no Auto de Infração, argumentando que a mesma está prevista no art. 42, inc. V, al. “a”, da Lei nº 7.014/96.

Inconformado com a Decisão proferida pela 2ª JJF, o contribuinte apresentou Recurso Voluntário, onde alega que os argumentos expendidos na defesa foram desprezados no Acórdão recorrido.

Explica o recorrente que vinha promovendo vendas de cimento para estabelecimentos localizados no Estado da Bahia, bem como transferências para filiais também localizadas neste Estado, sem qualquer anormalidade. Todavia, a Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia cancelou a sua inscrição cadastral na condição de contribuinte substituto e passou a exigir o pagamento do imposto na entrada do cimento no território deste Estado. Afirma que, no período de novembro de 2003 a abril de 2004, por conta desse cancelamento, foi compelido a pagar o ICMS por antecipação tributária em circunstância em que não havia imposto a ser antecipado, como ocorre nas vendas para consumidores finais (construtoras e concreteiras), conforme notas fiscais e comprovantes de pagamentos anexados na defesa. Assegura que por causa dessa arbitrariedade recolheu indevidamente ICMS no valor de R\$1.526.714,97, no citado período.

Sustenta que, com o restabelecimento de sua condição de contribuinte substituto, fez um levantamento dos valores recolhidos indevidamente e efetuou uma compensação, mês a mês, com os valores devidos no período de maio a novembro de 2004. Assevera que faz jus ao valor recolhido indevidamente ao Estado da Bahia, sob pena de violação das garantias constitucionais (princípios da legalidade e do direito de propriedade). Menciona que, como o valor recolhido indevidamente é superior ao que está sendo cobrado neste Auto de Infração, não pode ser compelido a pagar tributo já recolhido e nem a ser apenado com multa de 150%. Ressalta que não infringiu qualquer das cláusulas do Protocolo ICM nº 11/85, apenas utilizou crédito legítimo a que tinha direito, não havendo como prosperar a exigência fiscal eivada de nulidade.

Prosseguindo em suas alegações, o recorrente diz que a multa indicada na autuação, no percentual de 150%, tem caráter de confisco. Diz que o Supremo Tribunal Federal, no RE 79.625, já decidiu que não é admissível multa tão exorbitante a ponto de afetar o patrimônio do recorrente. Afirmar que a aplicação de penalidade por descumprimento de obrigação tributária só pode alcançar o acréscimo patrimonial que se obteria do negócio jurídico envolvido, sob pena de afetar o direito de propriedade. Diz que não há na Constituição Federal qualquer dispositivo que especificamente outorgue poder para a instituição de multa tributária. Frisa que, ao se insurgir contra a cobrança de tal multa, não está querendo que a autoridade julgadora declare a inconstitucionalidade da lei, mas que deixe de aplicá-la por contrariar a Constituição Federal. Para embasar suas alegações, cita doutrina, a Lei nº 8.078/90, o Código Civil e jurisprudência.

Ao finalizar, solicita a realização de diligência e a reforma da Decisão recorrida, para julgar o Auto de Infração Improcedente.

Ao exarar Parecer às fls. 120 e 121, a ilustre representante da PGE/PROFIS afirma que o julgamento da Primeira Instância já solucionou as questões suscitadas pelo recorrente, pois a infração está caracterizada e não há previsão na legislação para a compensação pretendida. Diz que a multa indicada na autuação também está correta. Aduz que as razões oferecidas pelo recorrente são inócuas e ineptas para proporcionar a modificação do julgamento. Opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

## **VOTO**

Apesar de o recorrente não ter, expressamente, suscitado preliminar de nulidade, observo que ele alega que a exigência fiscal está eivada de nulidade. Dessa forma, afasto essa alegação recursal, pois não há no lançamento qualquer vício capaz de o inquinar de nulidade. Do mesmo modo, a Decisão também não contém vício formal que a torne nula.

Indefiro a solicitação de diligência, uma vez que os elementos existentes nos autos são suficientes para a formação da convicção dos julgadores e, além disso, o pedido não foi devidamente fundamentado, como exige o art. 145 do RPAF/99.

No mérito, constato que a infração está caracterizada e que os valores exigidos foram declarados pelo próprio recorrente nas GIAs-ST anexadas às fls. 12 a 18 dos autos. No Recurso Voluntário, assim como na defesa inicial, o recorrente limita-se a afirmar que efetuou a compensação do valor que foi recolhido a mais nas vendas para consumidores finais.

A citada compensação não pode ser aceita por falta de amparo legal. Se, efetivamente, o recorrente fez recolhimentos a mais, deveria solicitar a restituição do indébito, nos termos do RPAF/99, contudo não poderia, a seu bel-prazer, efetuar uma compensação não prevista na legislação tributária estadual.

Ressalto que a multa indicada no Auto de Infração, no percentual de 150%, está correta, não possui o alegado caráter de confisco e é a prevista no art. 42, V, “a”, da Lei nº 7.014/96, para a irregularidade que foi imputada ao recorrente.

Pelo acima exposto, considero que a infração está caracterizada, que a multa está correta e que foi acertada a Decisão recorrida.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

## 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 278868.0003/04-4, lavrado contra **ITAGUASSU AGRO INDUSTRIAL S/A**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$847.676,65**, 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, 08 de junho de 2005.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA – REPR. DA PGE/PROFIS