

PROCESSO - A. I. Nº 281078.0004/07-7
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e AMERICAN VIRGÍNIA INDÚSTRIA, COMÉRCIO, IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO DE TABACOS LTDA. (AMERICAN VIRGÍNIA TABACOS)
RECORRIDOS - AMERICAN VIRGÍNIA INDÚSTRIA, COMÉRCIO, IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO DE TABACOS LTDA. (AMERICAN VIRGÍNIA TABACOS) e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO - Acórdão 1ª JJF nº 0321-01/08
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 24/03/2009

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0031-11/09

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS COM MERCADORIAS SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **a)** IMPOSTO RETIDO E NÃO RECOLHIDO. Comprovada a retenção, conforme Guia Nacional de Informação do ICMS Substituição Tributária, contudo, sem haver o correspondente recolhimento. Infração caracterizada; **b)** IMPOSTO RETIDO A MENOS. Exigência com base na cobrança de 2%, vinculado ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza, exigido em relação a cigarros da classe I, II e III, as quais não estão sujeitas à referida cobrança. Infração insubsistente. Mantida a Decisão recorrida. Recursos **NÃO PROVIDOS**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso de Ofício em razão da Decisão proferida através do Acórdão nº 0321-01/08, ter desonerado o sujeito passivo de parte do débito a ele imputado, consoante determina o art. 169, I, “a”, do RPAF/99, e de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte que inconformado com a referida Decisão apresenta a peça recursal respaldado no art. 169, I, “b”, do citado regulamento.

O Auto de Infração exige o ICMS de R\$ 216.195,75, sob as seguintes acusações:

INFRAÇÃO 1: Deixou de proceder ao recolhimento do ICMS retido, no valor de R\$124.333,00, inerente aos meses de novembro de 2006 e abril de 2007, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia;

INFRAÇÃO 2: Procedeu a retenção e o conseqüente recolhimento a menos do ICMS, no valor de R\$91.862,75, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, ao utilizar a alíquota de 25%, quando o correto seria aplicar a alíquota de 27%, conforme dispõe o art. 51, II, “a”, combinado com o art. 51-A, inciso II, ambos do RICMS.

A Decisão recorrida julgou o Auto de Infração procedente em parte, no valor de R\$124.333,00, em razão das seguintes considerações:

Quanto à infração 01, aduziu a JJF que se trata de retenção e não recolhimento do ICMS, pertinente a substituição tributária, haja vista que as Guias de Informações do ICMS Substituição Tributária – GIAS-ST, às fls. 11 e 13, apresentadas a Secretaria da Fazenda, através de seus arquivos magnéticos, consta a retenção do ICMS – Substituição Tributária a recolher, que, contudo, não fora recolhido, cujo imposto foi apurado a alíquota de 25%, conforme consta das aludidas GIAS.

Relativo à infração 2, salienta a JJF que o autuante, antes mesmo da defesa, já reconhecia, corretamente, que tal exigência não era pertinente, tendo em vista que a retenção a menos do

ICMS Substituição Tributária, com base na cobrança de 2%, concernente ao fundo da pobreza, fora exigido em relação a cigarros das classes I, II e III, as quais não estão sujeitas à cobrança do referido percentual, conforme dispõe o § 1º do art. 51-A. Assim, a JJF concluiu ser improcedente esta infração.

A 1ª JJF recorreu de ofício da presente Decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, conforme art. 169, I, “a”, do RPAF/99.

Inconformado com a Decisão proferida, o sujeito passivo apresenta Recurso Voluntário, às fls. 163 a 168 dos autos, no qual requer a reforma do Acórdão sob o entendimento de que todas as mercadorias (cigarros) da infração 01 e da infração 02 são das mesmas classes I, II e III, as quais não estão sujeitas à cobrança de 2%, concernente ao Fundo da Pobreza, conforme dispõe o § 1º do artigo 51-A. Assim, sustenta o recorrente que, ambas as infrações têm os mesmos equívocos, logo, não há como ser improcedente uma infração e procedente a outra. Ressalta que o contribuinte não está sujeito à retenção e ao recolhimento do ICMS-ST com a alíquota de 27%, mas sim de 25%, estando todos os tributos devidamente recolhidos, com as ressalvas referentes à exclusão do IPI da base de cálculo do ICMS por substituição tributária. Aduz que, às fls. 99 a 102, a PGE/PROFIS também se manifestou propondo a exclusão da infração 2.

Por fim, ressalta que a manutenção da multa de 150%, por si só, determina a nulidade do Auto de Infração, por ser inconstitucional, caracterizando-a como um confisco.

Assim, requer que o Recurso Voluntário seja provido para julgar improcedente a infração 01, nos mesmos termos da infração 02 e, como pedido alternativo, em caso de ser mantido o acórdão recorrido, seja reconhecido o confisco patrimonial em face da aplicação da multa excessiva, nos termos do inciso IV do artigo 150 da Constituição Federal.

O Parecer PGE/PROFIS, às fls. 177 a 179 dos autos, é pelo Não Provimento do Recurso Voluntário. Entende que o recorrente carece de interesse recursal, uma vez que já foi reconhecido em Primeira Instância que as mercadorias da infração 01 são do mesmo tipo das mercadorias a que se refere à infração 2 (cigarros das classes I, II e III), sendo aplicável a alíquota de 25%. Salienta a PGE/PROFIS que a infração 1 está correta, pois se trata de retenção e não recolhimento do ICMS Substituição Tributária, estando lastreada em elementos fáticos concretos, ou seja, as Guias de Informações do ICMS Substituição Tributária (GIAS- ST, às fls. 11 e 13), apresentadas à Secretaria da Fazenda, através de seus arquivos magnéticos, nos quais consta a retenção do ICMS – Substituição Tributária a recolher, que, contudo, não fora recolhido.

VOTO

Preliminarmente, deve-se ressaltar que inicialmente, às fls. 99 a 105 dos autos, a PGE/PROFIS interpôs Representação ao CONSEF para que se excluísse do lançamento de ofício a infração 2 – 08.08.02, em face da ilegalidade flagrante decorrente da não aplicação do disposto no art. 51-A, § 1º, do RICMS/BA, ao caso concreto. Contudo, conforme consignado à fl. 106 verso, na sessão de julgamento do dia 17 de abril de 2008, a própria PGE/PROFIS, através de sua representante, Dr^a. Ana Paula Tomaz Martins, solicitou a retirada de pauta do Processo Administrativo Fiscal por ter ficado comprovado que o autuado não havia sido intimado do Auto de Infração para apresentação de sua defesa. Assim, esta 1ª Câmara de Julgamento Fiscal concluiu que não cabia a Representação, nos moldes em que foi apresentada, sendo o PAF encaminhado à PGE/PROFIS para a adoção das providências cabíveis, ou seja, intimação do autuado para, querendo, apresentar defesa e retomada do rito processual, conforme ocorreu.

Da análise do Recurso Voluntário, circunscrito à infração 1, o recorrente alega que não há como se manter tal exigência, pois não está sujeito à retenção e ao recolhimento do ICMS-ST com a alíquota de 27%, mas sim de 25%, estando todos os tributos devidamente recolhidos.

Contudo, conforme foi consignado na Decisão recorrida, o imposto não fora recolhido e foi apurado à alíquota de 25%, conforme consta das Guias de Informações do ICMS Substituição Tributária – GIA-ST, apresentadas pelo próprio contribuinte à Secretaria da Fazenda, através dos arquivos magnéticos. Sendo assim, consoante bem ressaltado no Parecer PGE/PROFIS, a infração

está comprovada pelo fato de ocorrer a retenção e não ter sido efetuado o recolhimento do ICMS Substituição Tributária, caracterizando-se como apropriação indébita de recursos públicos pelo sujeito passivo, cujo ilícito fiscal está lastreado em elementos fáticos concretos, ou seja, as Guias de Informações do ICMS Substituição Tributária, nas quais consta a retenção do ICMS – Substituição Tributária a recolher, sem, contudo, comprovar o devido recolhimento, conforme atestam os documentos de fls. 11 a 16 dos autos.

Há de se ressaltar que os citados documentos fiscais (GIA-ST) demonstram a base de cálculo do ICMS-ST que, aplicada à alíquota de 25%, apura-se o ICMS retido por substituição tributária declarado, após a devida dedução do ICMS próprio da operação, a exemplo do mês de novembro de 2006, o qual consigna a base de cálculo do ICMS-ST de R\$602.696,99, que a alíquota de 25%, resulta o valor de R\$151.674,24, o qual deduzido do ICMS próprio da operação de R\$55.169,42, perfaz o ICMS retido declarado de R\$96.504,83, de cujo valor não há comprovação do seu recolhimento, consoante fls. 15 e 16 dos autos. Logo, não tem pertinência sua alegação recursal de que não está sujeito à retenção e ao recolhimento do ICMS-ST com a alíquota de 27%.

Quanto à alegação de que a multa de 150% é inconstitucional por caracterizar confisco, não nos compete avaliar, mas, simplesmente, aplicar a legislação. Tal percentual tem previsão legal para o caso concreto, consoante art. 42, V, “a”, da Lei nº 7.014/96, sendo proporcional à gravidade da infração. Assim, mantenho a exigência fiscal, não provendo o Recurso Voluntário.

Por fim, no tocante ao Recuso de Ofício, inerente à segunda infração, observo que a Decisão recorrida está perfeita, pois a aludida infração exige a retenção a menor do ICMS, no montante de R\$91.862,75, decorrente do acréscimo de 2%, visto que o imposto sobre as operações subsequentes de cigarros de classe I, II e III foi retido e recolhido pela alíquota de 25%, conforme se pode constatar do cotejo do demonstrativo, às fls. 17 e 18, e das notas fiscais, às fls. 20 a 94 dos autos, por ter a autuante deixado de observar que tais produtos não estão sujeitos ao acréscimo de dois pontos percentuais, vinculado ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza, o que foi pela própria reconhecida e peticionada para o devido cancelamento da exigência.

De fato, o § 1º do art. 51-A do RICMS-BA exclui as operações com cigarros enquadrados nas classes I, II e III pela legislação federal do IPI, do acréscimo de dois pontos percentuais, sendo, portanto, indevida a exigência relativa, consignada na infração 2 – 08.08.02 do Auto de Infração, razão pela qual se deve excluir do lançamento de ofício a aludida infração 02, remanescendo para o Auto de Infração o valor de R\$124.333,00, inerente à primeira infração.

Do exposto, meu voto é pelo NÃO PROVIMENTO dos Recursos Voluntário e de Ofício, para manter a Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** os Recursos de Ofício e Voluntário apresentados e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **281078.0004/07-7**, lavrado contra **AMERICAN VIRGÍNIA INDÚSTRIA, COMÉRCIO, IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO DE TABACOS LTDA. (AMERICAN VIRGÍNIA TABACOS)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$124.333,00**, 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, 03 de março de 2009.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS