

PROCESSO - A. I. Nº 281078.0006/07-0
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - AMERICAN VIRGINIA INDÚSTRIA, COMÉRCIO, IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO DE TABACOS LTDA. (AMERICAN VIRGINIA TABACOS)
RECURSO - REPRESENTAÇÃO DA PGE/PROFIS
ORIGEM - IFEP – COMÉRCIO
INTERNET - 20/05/2010

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0085-11/10

EMENTA: ICMS. ILEGALIDADE. IMPROCEDÊNCIA DO AUTO DE INFRAÇÃO. Representação proposta com arrimo no art. 119, § 1º, da Lei nº 3.956/81 (COTEB), para decretação de nulidade da autuação em face de existência de vício insanável na ação fiscal. Comprovada a improcedência da imputação. Representação **ACOLHIDA** para este fim. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Representação da PGE/PROFIS, lastreada nos artigos 119, II, c/c 136, § 2º, ambos da Lei nº 3.956/81 (COTEB) e alterações posteriores, em face do Controle da Legalidade exercido pelo órgão, propondo que o CONSEF declare a nulidade do Auto de Infração epigrafado, lavrado em 05/09/2007, com a imputação de retenção a menor do ICMS e o correlato recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia (utilizada a alíquota de destino de 25%, quando o correto seria aplicar a de 27%).

A autuante, às fl. 52 dos autos, admitiu que, ao considerar cabível a cobrança do adicional de 2%, referente ao fundo de pobreza, por engano, deixou de observar que os cigarros comercializados pela empresa e objeto da autuação são das classes I, II e III, os quais não estão sujeitos à cobrança do referido percentual, conforme o § 1º do artigo 51-A.

A IFEP, em despacho de fl. 53, solicitou a extinção do PAF, tendo em vista o equívoco cometido pela autuante, quando não observou ser a mercadoria comercializada cigarros das classes I, II e III, integrantes das exceções explicitadas no referido artigo.

Nesse sentido a PGE/PROFIS, às fls. 52/53, promoveu Representação ao CONSEF, objetivando a extinção do presente PAF, pela existência de “vício insanável ou ilegalidade flagrante” a macular a autuação.

A 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, através do acórdão CJF Nº 0242-11/08, decidiu por acolher a Representação proposta, equacionando o débito com a seguinte planilha:

D. DE OCORRÊNCIA	D. DE VENCIMENTO	B. DE CÁLCULO	ALÍQ.	MULTA	VALOR EM REAL
31/07/2002	09/08/2002	3.333,33	25%	60	833,33
31/08/2002	09/09/2002	11.681,37	25%	60	2.920,34
30/09/2002	09/10/2002	8.473,96	25%	60	2.118,49
31/10/2002	09/11/2002	11.851,81	25%	60	2.962,95
30/11/2002	09/12/2002	14.281,37	25%	60	3.570,34
31/12/2002	09/01/2003	15.066,66	25%	60	3.766,67
31/01/2003	09/02/2003	9.148,14	25%	60	2.287,04
28/02/2003	09/03/2003	21.233,29	25%	60	5.308,32
31/03/2003	09/04/2003	8.925,92	25%	60	2.231,48
30/04/2003	09/05/2003	3.481,48	25%		
30/06/2003	09/07/2003	2.666,66	25%		
28/02/2006	09/03/2006	632,62	25%		
		110.776,61			

Em seguida, foram remetidos os autos à Inspeção de origem para as providências cabíveis, oportunidade em que o chefe da IFEP Comércio, em despacho de fl. 65, asseverou que, embora a Autuante tenha lançado no campo de alíquota (fl. 01) o percentual de 27%, a carga tributária cobrada pelo Auto de Infração foi de 2% referente ao Fundo de Pobreza, “*tendo em vista que abateu o crédito das operações referente ao ICMS de 25%, conforme demonstrativo de débito à fl. 09 (coluna H = coluna G - coluna E).*”

Aduziu, também, que todas as operações mercantis efetuadas pela empresa foram consideradas no Auto de Infração e corretamente contempladas com a devida retenção de 25% (coluna “E” do demonstrativo de débito à fl. 09).

Ressaltou que às fl. 52 a autuante solicitou o cancelamento integral da Ação Fiscal, reconhecendo a cobrança indevida dos 2% referentes ao Fundo de Pobreza, pelos motivos expostos, não restando nenhum saldo a cobrar do contribuinte.

Ponderou que a forma da lavratura do Auto de Infração (lançamento de 27% e abatimento de 25% do crédito) poderia ter induzido o CONSEF a proferir o Acórdão CJF Nº 0242-11/08, o qual considerou ainda restar a cobrança de 25% (fls. 56), destacando que, no seu entendimento, inexistia saldo a ser cobrado do autuado.

Assim, solicitou que fosse requerida pela PGE/PROFIS nova representação ao CONSEF, visando reformar a Decisão proferida no Acórdão CJF Nº 0242-11/08, eis que, no presente A.I. foi lançado 2% referente ao Fundo de Pobreza, e não 27% como poderia Parecer à primeira vista, considerando que foi abatido o crédito de 25% e, ainda, que o lançamento de 2% foi admitido como indevido pela Autuante e pelo CONSEF.

A PGE/PROFIS, por intermédio do procurador assistente, Dr. José Augusto Martins Júnior, em Parecer de fls. 66/67, acolheu, sem reservas, a promoção de fl. 65, concluindo pela necessidade de interposição de Representação ao egrégio CONSEF, no sentido de que fosse declarada a nulidade do lançamento e, por conseguinte, extinto o débito de ofício, por restar demonstrado nos autos que a imputação infracional restringiu-se apenas à cobrança de 2% alusiva ao adicional de combate à pobreza, tendo sido retido pelo autuado o percentual de 25%.

VOTO

Cuida o Auto de Infração de exigência do imposto decorrente de retenção a menor do ICMS e o correlato recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, enquanto a presente Representação objetiva a declaração de nulidade do lançamento fiscal.

Após criteriosa análise das peças processuais, especialmente do Auto de Infração (fls. 01/02), dos elementos informativos que instruíram o procedimento fiscal (demonstrativo de débito de fls. 09/10), da Manifestação da Auditora Fiscal, fls. 52/53, documento que reputo relevante, no teor do qual foi postulado o cancelamento da autuação, em função da constatação de que os cigarros comercializados pela Empresa são das classes I, II e III, portanto, não sujeitos à incidência do percentual de 2% referente ao Fundo de Pobreza, conforme dispõe o § 1º, do artigo 51-A do RICMS.

Através dos Pareceres da PGE/PROFIS (fls. 52/53 e 66/67), a Procuradoria propôs a nulidade da autuação, por restar patente se enquadrar a espécie concreta versada em caso típico de vício insanável na ação fiscal, previsto no art. 18, IV, “b” do RPAF/BA.

De plano, cumpre assinalar que a representação proposta pela PGE/PROFIS, no controle da legalidade, encontra previsão no art. 119, §1º, do Código Tributário do Estado da Bahia, *verbis*:

“Na hipótese de existência de vício insanável ou ilegalidade flagrante em Auto de Infração, a Procuradoria Fiscal (PROFIS), órgão da Procuradoria Geral do Estado, representará (CONSEF), no prazo de 5 (cinco) dias, para apreciação do fato”.

Pelo texto legal, compete à PGE/PROFIS representar ao Conselho de Fazenda Estadual sempre que verificar a existência de vício insanável ou ilegalidade flagrante, cabendo a esse Órgão de julgamento apreciar o fato, não estando o Colegiado adstrito ao atendimento do pleito da Procuradoria, sendo sua atribuição analisar os fatos relatados e, se ficar realmente evidenciado o defeito apontado, acolher a Representação proposta, emprestando a essa Decisão o efeito jurídico compatível com a espécie de vício ou de ilegalidade apontada.

No caso em comento, os nobres procuradores sustentaram a existência de vício insanável ou ilegalidade flagrante, a macular a autuação, propondo a declaração de nulidade do lançamento epigrafado e a extinção do débito.

Ocorre que a irregularidade cogitada, *data venia*, não conduz à nulidade deste Auto de Infração, como opinaram os ilustres procuradores, visto como a imputação ao contribuinte objetivou a cobrança do percentual de 2% referente ao Adicional para o Fundo de Combate à Pobreza e pelo que se constata nos autos, inclusive com a chancela da própria autuante, a legislação vigente, no RICMS/BA, art.51-A, §1º, exclui a mercadoria objeto da autuação dessa cobrança de percentual adicional.

Logo, não podendo o tributo ser imputado ao contribuinte, a exigência revela-se improcedente, e não nula.

Ante o exposto, ao solver a controvérsia, atento à independência das consequências jurídicas entre o que postula a douta Procuradoria e decide este Colegiado, anteriormente destacada, voto pelo ACOLHIMENTO da Representação, para julgar IMPROCEDENTE o presente Auto de Infração e, de acordo com o art. 114, II, § 1º, do RPAF/BA, declarar a extinção do Processo Administrativo Fiscal.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, ACOLHER a Representação proposta para julgar IMPROCEDENTE a autuação e, de acordo com o art. 114, II, § 1º, do RPAF/BA, declarar a extinção do Processo Administrativo Fiscal.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de abril de 2010.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

VALNEI SOUSA FREIRE - RELATOR

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE - REPR. DA PGE/PROFIS