

A. I. Nº - 279757.0046/11-2
AUTUADO - GOLDEN LEAF TOBACCO LTDA.
AUTUANTE - AGILBERTO MARVILA FERREIRA
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
INTERNET 27.04.2012

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0107-05/12

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. IMPOSTO RETIDO NA QUALIDADE DE SUJEITO PASSIVO POR SUBSTITUIÇÃO. VENDAS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Os contribuintes que venderem mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária são responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS na condição de sujeitos passivos por substituição, devendo fazer a retenção do imposto, nas operações de saídas internas que efetuar, para fins de antecipação do tributo relativo à operação ou operações subsequentes a serem realizadas pelos adquirentes neste Estado. (art. 353 do RICMS/BA). Infração caracterizada. 2. PROGRAMA DESENVOLVE. PARCELA NÃO SUJEITA À DILAÇÃO DE PRAZO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. O benefício de dilação de prazo concedido pelo Programa Desenvolve alcança apenas operações próprias decorrentes dos investimentos previstos no projeto incentivado. Infração subsistente. Negado o pedido de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 30/09/2011, exige ICMS no valor de R\$204.398,11, através das seguintes infrações:

1. Deixou de proceder ao recolhimento do ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia. Referente às retenções nas sucessivas saídas de cigarros, no Estado da Bahia, conforme demonstrativo ANEXO A - Resumo da Apuração do ICMS Substituição Tributária Retido nas Saídas de Cigarros no Estado, e demonstrativos em meio magnético ICMS ST 2006, ICMS ST 2007, Dev ST 2006, Dev ST 2007, partes integrantes do Auto de Infração, cópias entregues ao Contribuinte. Valor Histórico: R\$139.962,63 – Multa de 150% - 07.12.01;
2. Recolhimento a menor de ICMS em razão de uso indevido de incentivo fiscal - dilação de prazo para pagamento de ICMS - relativo às operações próprias, em desacordo com a legislação do DESENVOLVE, modificando as características essenciais da obrigação tributária principal, de modo a reduzir o montante do imposto devido, evitando, assim o seu pagamento. Referente a erro na apuração do incentivo nos meses de novembro e dezembro de 2007: Novembro Dezembro Valor Apurado R\$ 34.713,49 Valor Apurado R\$ 56.030,55 Valor Apropriado R\$ 64.665,66 Valor Apropria R\$ 91.513,86 Diferença R\$ 28.952,17 Diferença R\$ 35.483,31. Conforme livro de Registro de Apuração do ICMS, cópias integrantes do Auto de Infração. Valor Histórico: R\$64.435,48 – Multa de 100% - 03.08.05;

O autuado apresenta defesa de fls. 51/54, assevera que o fisco procedeu ao levantamento dos dados da apuração do ICMS-ST demonstrado em planilha, tendo como base um relatório em

excell com dados de movimentação de entradas e saídas, no qual possui distorção com relação à escrita dos livros fiscais de entradas e saídas. Afirmo que tal procedimento apurado fere o RICMS/BA conforme o art. 331.

Disse que checou os valores fornecidos pela fiscalização e evidenciou equívoco por parte do auditor autuante, pois o mesmo não verificou os valores que constam nos livros fiscais de registros de entradas e saídas.

Salienta que conforme o RICMS/Ba, o valor apurado do imposto a recolher tem que ter como base os dados e informações da escrita dos livros fiscais de entrada e saída (Convênio SN SINIEF de 15/12/70 e art. 331 do RICMS/BA).

Verificou também que as apurações, com base em tais livros de entradas e saídas, consideram os CFOPs referentes às operações com cigarro, de forma que a saída são os registros 5401, 5403, 5405, 5414, 5415, 5910 e 5949 e, nas entradas constam os registros 1410, 1411, 1414 e 1415. Reproduziu tabelas referentes aos CFOPs denominado quadro I (registros das saídas) e II (registros das entradas).

Em relação ao quadro referente aos registros das saídas de mercadorias, argumenta que no recolhimento de março de 2006 houve a compensação do valor recolhido a mais, em relação ao mês de fevereiro/2006, no valor de R\$1.711,26, conforme o art. 93, do RICMS/BA.

Já no quadro referente aos registros de entradas, aduz que a apuração do mês agosto/07, recolhimento em set/07, foi compensado no valor de R\$2.794,76. Em referência ao mês de set/07, recolhimento em out/07, também foi compensado no valor de R\$5.741,92, já no mês de out/07, recolhimento em nov/07 houve compensação no valor de R\$1.242,33, saldos credores referentes aos meses anteriores aos da apuração, respectivamente, no qual todos os créditos citados têm base legal.

Assim, entende que não são devidos os valores referentes ao ICMS RETIDO, cobrado pela fiscalização (Planilha Anexo A). Recalculou o valor devido nas apurações dos exercícios de 2006 e 2007, resta a pagar o montante de R\$40.786,01, referentes aos erros de apuração.

Portanto, pede a Procedência Parcial e solicita revisão e a exclusão dos valores de ICMS RETIDO cobrados indevidamente.

O autuante presta informação fiscal, fls. 157/158, destaca que o autuado reconheceu parte da exigência do ICMS Substituição Tributária e não se manifestou quanto ao recolhimento a menos em decorrência de erro no cálculo do DESENVOLVE.

Afirmo que a ação fiscal foi realizada a partir do valor do ICMS Substituição Tributária, destacado nos documentos fiscais e regularmente registrados nos livros fiscais e ajustados pelas devoluções (estorno do ICMS Substituição Tributária destacado nos documentos fiscais). Tal resultado foi comparado com o registrado na apuração constante nos livros fiscais, cujas cópias encontram-se anexas às fls. 11 a 131.

Assevera que não conseguiu a confirmação dos valores, via documentos fiscais, da apuração realizada pelo autuado que originou os demonstrativos de fls. 52 e 53 do PAF. Da mesma forma, analisou os documentos anexados (fls. 61 a 143) e não encontrou os valores que modifiquem os números apontados no Auto de Infração.

Informa que a fiscalização não se opõe ao pedido de revisão da ação fiscal, por fiscal estranho ao feito, ao tempo que entende como desnecessária tal medida.

Por fim, pede a Procedência do Auto de Infração.

VOTO

Inicialmente, nego o pedido de diligência, haja vista que os elementos constantes nos autos são suficientes para a formação do meu juízo de valor acerca da lide, nos termos do art. 147, I do RPAF/99.

No mérito, o contribuinte reconheceu o cometimento da infração 2, razão por que não será objeto de apreciação por parte desta JJF, fica mantida.

Quanto à infração 1, relativa à falta de recolhimento do ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, relativo às operações subsequentes, nas vendas de cigarros, realizadas para contribuintes no Estado da Bahia, é cediço que as operações interestaduais com mercadorias submetidas ao regime de substituição tributária reger-se-ão pelas normas previstas em Acordos, Protocolos e Convênios, nos termos do artigo 9º da Lei Complementar nº 87/96. Observo nos autos que a ação fiscal foi fundamentada no Convênio ICMS 37/94, que dispõe sobre substituição tributária nas operações com cigarros, e outros produtos derivados do fumo, além da Lei nº 7.014/96 (ICMS BA).

No exame das peças que compõem o processo, depreendo que nesta infração, a ação fiscal foi realizada a partir do valor do ICMS Substituição Tributária, destacado nos documentos fiscais e regularmente registrados nos livros fiscais e ajustados pelas devoluções (estorno do ICMS Substituição Tributária destacado nos documentos fiscais). Tal resultado foi comparado, pelo autuante, com o registrado na apuração constante nos livros fiscais, cujas cópias encontram-se anexas às fls. 11 a 131.

O defendente argumenta que no recolhimento de março de 2006 houve a compensação do valor recolhido a mais, em relação ao mês de fevereiro/2006, no valor de R\$1.711,26, conforme o art. 93, do RICMS/BA. Deste modo, passa sucessivamente a demonstrar que realizou compensações de saldos credores referentes aos meses anteriores ao da apuração, nos meses de agosto a novembro de 2007. Assim, entende que não são devidos os valores referentes ao ICMS RETIDO, cobrado pela fiscalização (Planilha Anexo A), e que recalculou o valor que entende devido nas apurações dos exercícios de 2006 e 2007. Após efetuar esses ajustes, entende o sujeito passivo que resta a pagar o montante de R\$40.786,01, referentes aos erros de apuração.

Contudo, não concordo com os argumentos trazidos na defesa, pelas razões a seguir:

Na substituição tributária temos a figura de dois entes tributários, o contribuinte substituto e o substituído. O contribuinte substituto, no caso, o autuado, é o sujeito passivo da obrigação tributária, é sobre ele que recai toda a obrigatoriedade de retenção e recolhimento do ICMS nas operações subsequentes, deve, portanto, abranger todas estas operações.

O regime da substituição tributária está respaldado no art. 150, § 7º da Constituição Federal e as discussões em torno de sua constitucionalidade perderam a eficácia.

O sujeito passivo por substituição deve efetuar o recolhimento do imposto retido antecipadamente, independentemente do resultado da apuração relativa às suas operações. Logo, o imposto das operações próprias não se comunica com o imposto da substituição tributária, haja vista que o contribuinte substituto é mero repassador do ICMS retido do contribuinte substituído, cujos valores não lhe pertencem.

Por outro lado, também não cabe a compensação do ICMS S/T, porventura recolhido a maior, haja vista que o imposto foi pago pelo contribuinte substituído, na hipótese de ter sido retido a maior e o autuado constitui-se em mero repassador ao erário dos valores apurados no regime de substituição tributária.

Outrossim, se houve retenção devida correta e um recolhimento pelo substituto tributário, o autuado, além do valor retido, trata-se de indébito fiscal e deve ser pleiteado por meio do rito processual próprio, nos termos do RPAF (Regulamento Administrativo Fiscal), Decreto nº 7.629/99, não cabendo a compensação com futuras retenções de contribuintes substituídos diversos.

Posto isso, a conduta do contribuinte ao não recolher o imposto retido, nas operações interestaduais com cigarros, cuja responsabilidade pela retenção e recolhimento lhe compete, nos termos do Convênio ICMS 37/94, incorreu na infração relativa ao ICMS, em particular, da sanção (multa moratória) prevista no art. 42 desta Lei, que assim estabelece no inciso V, alínea “a”.

Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

(...)

V - 150% (cento e cinquenta por cento) do valor do imposto:

a) retido pelo sujeito passivo por substituição e não recolhido tempestivamente;

Fica mantida a infração em sua totalidade.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **279757.0046/11-2**, lavrado contra **GOLDEN LEAF TOBACCO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$204.398,11**, acrescido das multas de 100% sobre R\$64.435,48 e 150% sobre R\$139.962,63, previstas no art. 42, incisos IV, “j” e V, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de abril de 2012.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - RELATORA

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO - JULGADOR