

**A. I. Nº** - 269132.0002/12-0  
**AUTUADO** - GOLDEN LEAF TOBACCO LTDA.  
**AUTUANTE** - RICARDO TABCHOURY DE BARROS SANTOS  
**ORIGEM** - IFEP INDÚSTRIA  
**INTERNET** - 05. 10. 2012

## **1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

### **ACÓRDÃO JJF Nº 0225-01/12**

**EMENTA: ICMS. 1.** PROGRAMA DESENVOLVE. PARCELA NÃO SUJEITA À DILAÇÃO DE PRAZO. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Infração não impugnada. **2.** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIA ENQUADRADA NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. CIGARRO. **a)** FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO RETIDO NA QUALIDADE DE SUJEITO PASSIVO POR SUBSTITUIÇÃO. O contribuinte que vender mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária é responsável pelo lançamento e recolhimento do ICMS na condição de sujeito passivo 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. Infração caracterizada. **b)** FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO NA QUALIDADE DE SUJEITO PASSIVO POR SUBSTITUIÇÃO. Restou comprovado que o imposto fora retido quando da remessa das mercadorias para venda fora do estabelecimento. Infração insubsistente. Não acolhidas as preliminares de nulidade e a solicitação de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

## **RELATÓRIO**

O Auto de Infração, lavrado em 23/06/2012, exige ICMS no valor de R\$281.428,95, imputando ao autuado o cometimento das seguintes infrações:

Infração 1 – Recolheu a menos de ICMS em razão de erro na determinação do valor da parcela sujeita à dilação de prazo prevista pelo Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – DESENVOLVE, nos meses de agosto de 2008, janeiro, fevereiro, abril, julho e outubro a dezembro de 2010. Foi lançado imposto no valor de R\$ 112.806,04, acrescido de multa de 60%.

Infração 2 – Deixou de recolher ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, nos meses de janeiro a abril, junho e agosto a novembro de 2008, agosto, setembro e dezembro de 2009, janeiro e novembro de 2011. Foi lançado imposto no valor de R\$ 88.049,04, mais multa de 150%. Trata-se de desencontro entre os valores retidos nas notas fiscais de saídas internas de cigarros e os valores recolhidos, conforme os Anexos II-A, II-B e II-C.

Infração 3 – Deixou de proceder à retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, nos meses de janeiro, junho e outubro a dezembro de

2008, janeiro a dezembro de 2009 e janeiro a outubro de 2010. Foi lançado imposto no valor de R\$ 80.573,87, mais multa de 60%.

O autuado apresenta defesa (fls. 128 a 141) e, após descrever as infrações que lhe foram imputadas, reconhece como procedente a exigência fiscal referente à Infração 1.

Transcreve o disposto no art. 421 do RICMS-BA/97 e, referindo-se às Infrações 2 e 3, afirma que o autuante deixou de considerar as notas fiscais de remessa para venda fora do estabelecimento. Diz que essas notas fiscais de remessas citam todas as notas fiscais utilizadas nas operações de vendas (CFOP 5.401), com o devido lançamento do ICMS normal e do ICMS substituto, conforme o art. 358 do RICMS-BA/97.

Explica que o valor contábil e o montante do imposto na nota fiscal de remessa foram obtidos através da tabela de preço utilizada no referido mês/ano, ou seja, a nota fiscal de remessa já continha os valores reais dos cigarros e os impostos a serem recolhidos. Após o lançamento da nota fiscal de remessa, o vendedor, ao efetivar as vendas, recebia o talonário cujas notas fiscais citavam no campo de informações complementares a nota fiscal de remessa. Em cada venda realizada, o vendedor utilizava a nota fiscal do talonário, onde destacava o ICMS normal e o ICMS substituto, de acordo com o art. 359 do RICMS-BA/97.

Diz que, ao escriturar as notas fiscais talonárias com CFOP 5.401 (venda de produção do estabelecimento quando o produto esteja sujeito ao regime de substituição tributária), não houve qualquer lançamento de imposto, conforme o art. 364 do RICMS-B/97, uma vez que o imposto fora destacado e recolhido anteriormente através da nota fiscal de remessa. Como exemplo, anexa cópia da Nota Fiscal nº 11610 e as Notas Fiscais de nºs 8051 a 8100 (fls. 269 a 313).

Afirma que as notas fiscais de remessa foram faturadas com valores reais relativos a quantidade e marca conforme uma operação de venda, onde os valores dos impostos são resultado do preço máximo de venda a consumidor fixado pelo fabricante, através da respectiva tabela de preço.

Sustenta que, portanto, não houve falta de retenção nas notas fiscais de saída e nem divergência ou erro referente ao valor do recolhimento do ICMS normal e ICMS substituto, uma vez que as notas fiscais de remessa, em sua grande maioria, foram faturadas em mês anterior e os impostos recolhidos no período corrente.

Frisa que as notas fiscal de venda (talonário) foram escrituradas de acordo com o retorno do vendedor ao estabelecimento, lançadas no livro Registro de Saída, sem débito do imposto, conforme previsto no RICMS-BA/97, em período posterior ao da nota fiscal de remessa referente ao mesmo talonário. Diz que, ao verificar que nem todas as remessas foram vendidas, foi emitida uma nota fiscal de entradas com CFOP 1.414 (retorno de venda fora do estabelecimento), a qual foi escriturada no livro fiscal de entrada e seu lançamento de estorno de débito realizado no Registro de Apuração do ICMS, conforme previsto no art. 421 do RICMS-BA/97.

Ressalta que o período (mês) da nota fiscal de remessa foi anterior ao do registro das notas fiscais de venda e de devolução, tendo sido os impostos recolhidos de acordo ao período da emissão da nota fiscal de remessa, ao passo que as devoluções foram lançadas no Registro de Apuração do ICMS correspondente ao mês da escrita de cada Nota Fiscal de Devolução.

Assevera que, dessa forma, não teve a intenção de contradizer a legislação tributária do Estado da Bahia e nem deixou de recolher os devidos impostos, tendo efetuado o recolhimento antecipadamente.

Prosseguindo em sua peça defensiva, o autuado passa a discorrer sobre atos administrativos e, em seguida, diz que o Auto de Infração em comento está eivado de vícios, vez que a empresa fiscalizada recolheu o imposto devido e realizou o lançamento de acordo com a legislação tributária. Transcreve farta doutrina, faz alusão ao disposto no art. 142 do Código Tributário Nacional (CTN) e cita jurisprudência de órgão julgador administrativo.

Suscita a nulidade do lançamento, argumentando que a notificação fiscal não descreve a legislação aplicável na correção monetária, “bem como nos juros utilizados para o cálculo das multas delas advindas”. Diz que, dessa forma, deve ser decretada a nulidade do lançamento e a inexigibilidade das multas aplicadas.

Solicita a realização de diligência, para a constatação dos reais valores devidos.

Tece considerações sobre as agruras sofridas pelos contribuintes em razão da pesada carga tributária e da burocracia existente. Diz que os valores exigidos no Auto de Infração e as multas impostas são reveladores da incapacidade de pagamento, ofendendo os direitos dos contribuintes e dos consumidores. Cita o disposto no art. 150 da Constituição Federal.

Diz que as multas acrescidas do principal e com a incidência dos juros criam uma capitalização onerosa e ilícita. Frisa que as multas somente poderiam alcançar o patamar de 2% do valor corrigido, e não como consta no Auto de Infração.

Sustenta que não há um liame legislativo entre os valores pretendidos e a exigência efetuada, devendo essa ausência ser declarada judicialmente. Transcreve o disposto no art. 630 do Decreto nº 33.118/91, que limita a aplicação de juros de mora de 1% ao mês. Cita doutrina, dispositivos legais e jurisprudência. Diz que, caso as multas e juros sejam mantidos, deve ser elaborada nova planilha expurgando a capitalização, reduzindo as multas e os juros incidentes sobre o principal.

Ao finalizar, impugna as Infrações 2 e 3, argumentando que estão eivadas de nulidade, requer a invalidação do Auto de Infração e pugna pela realização de diligência para excluir os valores cobrados indevidamente.

O autuante presta informação fiscal (fls. 317 a 320) e, inicialmente, diz que a peça defensiva é bastante confusa, com excesso de citação de textos legais, muitos deles não relacionados ao caso concreto e colhidos em modelos existentes na Internet, em endereços que declina.

Quanto à Infração 1, diz que o autuado reconheceu a procedência da autuação e, portanto, mantém a exigência fiscal.

No que tange à Infração 2, ressalta que esse item do lançamento é o que irá requerer mais atenção dos julgadores, pois o autuado não mostra, separadamente, quais são os seus reais argumentos, fazendo uma confusão com a Infração 3.

Frisa que não há razão para a nulidade da Infração 2 e diz que, no mérito, a questão se resume a um simples cotejo do ICMS que foi retido e o recolhido, sendo lançada a diferença encontrada quando o recolhimento foi menor que o devido. Explica que a apuração do valor retido foi feito mediante o confronto das notas fiscais de saídas de CFOP 5401 (Venda prod. do estab. quando prod. esteja sujeito reg. de subst. trib.), 5414 (Remessa prod. do estab. para venda fora do estab. quando prod. estiver sujeito ao reg. subst. trib.) e 5910 (Remessa em bonificação, doação ou brinde) com os estornos provenientes das entradas de CFOPs 1410 (Devolução de venda mercadoria prod. estab. sujeita ao reg. de subst. trib.) e 1414 (Retorno mercadoria prod. estab. remetida para venda fora estab. sujeita ao reg. subst. trib.). Dessa forma, mantém a exigência fiscal quanto a esse item do lançamento.

Relativamente à Infração 3, diz que após reanalisar a questão, acolhe o argumento defensivo de que a retenção do imposto já tinha sido efetuada com base na nota fiscal de remessa para venda em veículo (“nota mãe”). Pugna pela improcedência da Infração 3.

Ao concluir a informação fiscal, o autuante afirma que estão devidamente caracterizados os elementos que ensejaram a ação fiscal, em razão do evidente prejuízo do Estado e, dessa forma, a exceção da Infração 3, sugere que o Auto de Infração seja julgado procedente em parte.

Às fls. 323 e 324, foram acostados ao processo extratos do SIGAT (Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária) referentes à parte do Auto de Infração reconhecida como procedente.

## **VOTO**

O autuado assevera que o lançamento está eivado de nulidade. Com o devido respeito, saliento que as preliminares de nulidade suscitadas na defesa não são claras apesar da farta doutrina e jurisprudência citadas, todavia, passo a apreciá-las.

Inicialmente, ressalto que o Auto de Infração foi lavrado em consonância com a legislação que rege o lançamento tributário de ofício, estando o processo administrativo fiscal em conformidade com as disposições contidas no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal.

O defendente afirma que a notificação [o Auto de Infração] não descreve “a legislação aplicável na correção monetária, bem como nos juros utilizados para o cálculo das multas delas advindas”. Esses argumentos defensivos não prosperam, pois o instituto da correção monetário não mais vigora no nosso país, ao passo que a exigência de juros de mora em razão de débitos tributários não recolhidos tempestivamente tem previsão legal, qual seja, o art. 102, §2º, inc. II, da Lei Estadual nº 3.956/81, Código Tributário Estadual (COTEB).

No que tange às multas indicadas na autuação, saliento que estão em conformidade com as infrações imputadas ao autuado, bem como estão de acordo com o disposto no art. 42 da Lei nº 7.014/96, não cabendo a este órgão julgador apreciar aspectos relacionados à constitucionalidade da legislação tributária estadual, a teor do art. 167, I, do RPAF/99.

O pedido de redução ou de dispensa de multa não pode ser apreciado por este colegiado, uma vez que as multas indicadas na autuação são decorrentes de descumprimento de obrigação principal e, dessa forma, o pedido de redução ou de dispensa é da competência exclusiva da Câmara Superior do CONSEF, nos termos do art. 169 do RPAF/99, mediante pedido específico e atendidos os requisitos regulamentares previstos na legislação.

Indefiro a solicitação de diligência, haja vista que os elementos já constantes nos autos são suficientes para a formação do convencimento dos julgadores acerca da lide, nos termos do art. 147, inc. I do RPAF/99. Ademais, ressalto que o autuado não trouxe ao processo qualquer documento capaz de justificar a realização da diligência solicitada.

Adentrando no mérito, de pronto, saliento que o autuado reconheceu como procedente a acusação que lhe foi imputada na Infração 1, tendo, inclusive, efetuado o pagamento correspondente. Assim, em relação a esse item do lançamento não há lide e, portanto, a exigência fiscal subsiste integralmente.

Trata a Infração 2 da 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 localizados no Estado da Bahia.

Do exame das peças processuais, depreende-se que o valor exigido na Infração 2 foi calculado mediante a apuração do valor do ICMS devido por substituição tributária, o qual foi destacado nos documentos fiscais, registrado nos livros fiscais próprios e ajustado pelas devoluções (estorno do ICMS substituição tributária destacado nos documentos fiscais). Tal resultado foi confrontado, mês a mês, com os recolhimentos efetuados pelo autuado. Quando o imposto recolhido foi inferior ao retido, o valor foi incluído na exigência fiscal.

Em sua defesa, o autuado afirma, em síntese, que procedeu em conformidade com a legislação tributária estadual, tendo se debitado do imposto nas notas fiscais de remessas para venda fora do estabelecimento.

Esse argumento defensivo não se mostra capaz de elidir a infração, pois o que foi imputado ao autuado foi a falta de recolhimento do imposto que foi regularmente retido. Não há dúvida quanto à retenção e à escrituração do imposto que está sendo cobrado. Para elidir a infração, o autuado deveria ter comprovado o recolhimento do imposto que fora regularmente retido. Como o autuado não comprovou o recolhimento do imposto retido, a infração subsiste integralmente e, em consequência, é devido o imposto que deixou de ser recolhido tempestivamente, acompanhado da multa cabível, além dos acréscimos legais previstos.

No que tange à Infração 3, a qual trata da falta de retenção do ICMS devido por substituição tributária, o autuado afirma que efetuou a retenção do imposto quando da emissão das notas fiscais de remessa para venda fora do estabelecimento. Como prova desse argumento, apresenta a cópia da Nota Fiscal nº 11610, referente a uma remessa para venda fora do estabelecimento, e das Notas Fiscais nºs 8051 a 8100, atinentes a vendas realizadas fora do estabelecimento.

Na informação fiscal, o autuante afirmou que após reanalisar a questão, acolhia o argumento defensivo, segundo o qual a retenção do imposto já tinha sido efetuada com base na nota fiscal de remessa para venda em veículo.

Considerando as Notas Fiscais nºs 11610 e 8051 a 8100, que comprovam o argumento defensivo, e o posicionamento externado pelo autuante na informação fiscal, está comprovada a retenção do imposto nas notas fiscais de remessa para venda em veículo, conforme alegado na defesa. Dessa forma, em consonância com o posicionamento do autuante, a Infração 3 não subsiste.

Pelo acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

### RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269132.0002/12-0**, lavrado contra **GOLDEN LEAF TOBACCO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$200.855,08**, acrescido das multas de 60% sobre R\$112.806,04 e 150% sobre R\$88.049,04, previstas no art. 42, incisos II, “f”, e V, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, do RPAF//99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de setembro de 2012.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – JULGADOR