

A. I. N° - 207457.0005/09-9
AUTUADO - IRMÃOS SILVA S/A
AUTUANTE - RISALVA FAGUNDES COTRIM TELLES
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 16/12/2010

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0329-03/10

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. A lei atribui ao remetente, a responsabilidade 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. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 10/12/2009, refere-se à exigência de R\$4.245,58 de ICMS, acrescido da multa de 60%, em decorrência da falta de retenção do imposto, e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia. Consta, na descrição do fato, que embora o autuado tenha efetuado o destaque do ICMS ST em algumas notas fiscais, não comprovou o recolhimento do imposto via GNRE, conforme determina o Convênio ICMS 81/93.

O autuado apresentou impugnação (fls. 37 a 55), suscitando como preliminares, ilegitimidade passiva, violação ao princípio da ampla defesa e ausência de requisitos legais do Auto de Infração. O defendente entende que os responsáveis por suportar a presente autuação são os destinatários das mercadorias, tendo em vista que o impugnante não tem estabelecimento no Estado da Bahia, por isso, não possui a condição de contribuinte, não estando sujeito ao recolhimento do ICMS. Transcreve o § 1º do art. 125 do RICMS/BA e cita decisões do CONSEF para embasar a sua afirmação de que não é parte legítima para suportar o imposto exigido no presente lançamento.

Quanto ao argumento de que houve violação ao princípio da ampla defesa, o defendente comenta sobre a previsão constitucional de garantia individual não passível de restrição ou cerceamento de defesa; cita ensinamentos de Celso Ribeiro de Bastos e diz que o presente Auto de Infração não preenche os requisitos legais e indispensáveis, não possibilitando ao impugnante o exercício pleno de seu direito de defesa, na medida em que constatou falta de informações essenciais. Comenta sobre os requisitos do Auto de Infração e diz que a presente autuação não contém o preciso enquadramento legal do suposto ilícito fiscal e a forma como foi calculado o crédito tributário não restou bem definida, o que impossibilitou o impugnante de refazer os cálculos apresentados pelo Fisco, para verificar se existe alguma irregularidade. Cita como exemplo a multa de 60%, dizendo que a mesma foi aplicada sobre o montante supostamente devido, mas não houve esclarecimento da origem do percentual de 17% aplicado, por isso, alega que se tornou difícil verificar a correção dos cálculos. Cita a jurisprudência administrativa do Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda, que pacificou o entendimento de que é nulo o lançamento quando não se pode observar a subsunção da descrição dos fatos ao enquadramento legal citado. Diz que no caso em tela, alguns dos requisitos de fiscalização, o que acarreta a necessidade de anulação da autuação. RPAF/BA é claro no sentido de que o Auto de Infração deve ser

discriminação clara e precisa de todos os fundamentos para a identificação da infração e do infrator. Transcreve ementa de uma decisão do Conselho de Contribuintes do Estado do Rio de Janeiro pela nulidade de um Auto de Infração.

No mérito, o defendente alega que todas as operações interestaduais foram realizadas com destinatários que eram microempresas e consumidores finais. Apresenta o entendimento de que os destinatários não são contribuintes do ICMS no Estado da Bahia, por isso, não se aplica o disposto no Convênio ICMS 81/93. Reproduz a cláusula segunda do mencionado Convênio e diz que a redação do art. 373 do RICMS e o Convênio 81/93 estabelecem situações diversas para os contribuintes e não contribuintes do ICMS, conforme Parecer 1805/2009, datado de 02/02/2009, da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia. Entende que não se trata da questão de retenção do ICMS, e que se poderia questionar sobre o recolhimento do ICMS normal, mas tal ponto não é discutido no Auto de Infração. O defendente alega que foi lançado o código CFOP 6404 ao invés do código CFOP 6108, que seria o código adequado para a transação com mercadorias destinadas a não contribuinte. Diz que existiu o preenchimento errôneo do campo destinado ao código CFOP, e sendo assim, ocorreram erros meramente formais no preenchimento dos documentos fiscais em questão, inexistindo qualquer prejuízo ao Erário, uma vez que não era obrigação do impugnante promover a retenção do ICMS. Salienta que o Auto de Infração foi lavrado com o fundamento de que o CFOP utilizado demonstrava que a operação envolvia contribuintes do ICMS no Estado da Bahia, mas ocorreu mero erro material. Diz que outro aspecto a ser argüido, é que o Auto de Infração consignou que as mercadorias (pneumáticos) foram adquiridas pelo defendente no Estado da Bahia, especificamente na Pirelli. Entretanto, se as mencionadas mercadorias circulam sob o regime de substituição tributária e se estas mercadorias retornaram o Estado da Bahia, não houve qualquer prejuízo, porque o ICMS foi recolhido no início da cadeia para o Fisco baiano. Assim, o defendente pede a improcedência do presente lançamento. Contesta o percentual da multa aplicada, dizendo que o Auto de Infração deve ser julgado improcedente e, alternativamente, para o caso em que se entenda que a multa deve prevalecer, que a mesma seja calculada conforme estabelece o art. 42, inciso II, da Lei 7.014/96. Entende que é legalmente impossível a manutenção da multa na forma pretendida pelo Fisco, se for considerada a natureza confiscatória e desproporcional da penalidade. Alega que houve infringência ao princípio da vedação ao confisco e inobservância da capacidade contributiva do defendente. Neste sentido, cita a jurisprudência e ensinamentos da doutrina. Afirma que à autoridade administrativa cabe respeitar a capacidade contributiva do contribuinte, e o RPAF/BA, em seu art. 42, § 7º prevê a possibilidade de o julgador administrativo aplicar os princípios da equidade, razoabilidade e capacidade contributiva, podendo cancelar ou reduzir as multas, analisando as particularidades do caso concreto. Diz que houve infringência ao princípio da proporcionalidade/razoabilidade; há inadequação entre o *quantum* das multas aplicadas e o *quantum* do imposto cujo recebimento se busca viabilizar por meio do presente Auto de Infração. Finaliza, pedindo a nulidade do Auto de Infração e, alternativamente, que seja determinada a retirada ou redução da multa, o que admite apenas para argumentar.

A autuante, em sua informação fiscal às fls. 70/71 dos autos, após fazer uma síntese dos fatos e da impugnação apresentada pelo autuado, rebate as alegações defensivas, argumentando que a autuação fiscal baseou-se no que determina o RICMS/BA, no Convênio ICMS 81/93 e nas normas complementares. Diz que a metodologia aplicada na apuração do ICMS ST não foi contestada pelo defendente. Pede a procedência do presente Auto de Infração.

Considerando que não constava nos autos a comprovação de que o autuado recebeu cópia do levantamento fiscal às fls. 09 a 11, esta 3ª Junta de Julgamento Fiscal converteu o presente processo em diligência (fl. 74), para que a repartição fiscal intimasse o autuado e lhe fornecesse as cópias dos demonstrativos que lastrearam o presente lançamento, com a indicação do prazo de trinta dias para se manifestar, querendo, reabrindo o prazo de defesa informação fiscal acerca das novas alegações defensivas.

O defendente foi intimado na forma solicitada, conforme fls. 75/76 do PAF, tendo sido apresentada nova impugnação às fls. 78/79, aduzindo que os argumentos apresentados na defesa inicial continuam intactos, inclusive em relação ao cálculo da multa. Diz que foi solicitada a nulidade do Auto de Infração por ofensa ao princípio da ampla defesa, e que tal nulidade ainda persiste, haja vista que na primeira ocorrência consta que a operação envolvia produtos no importe de R\$1.170,00 e a retenção do ICMS seria com a alíquota de 17%. O débito do imposto seria no valor de R\$199,00 com a multa de 60%, que deveria ser de R\$120,00. Entretanto, no demonstrativo de débito não houve o cálculo da multa no percentual indicado, por isso, o defendente entende que está ratificada a preliminar apresentada anteriormente, pela nulidade da autuação fiscal. Afirma que a mencionada nulidade persiste em todos os itens da autuação, por isso, pede o cancelamento do Auto de Infração. Informa que ratifica todos os argumentos apresentados na impugnação inicial e pede a improcedência ou cancelamento do presente Auto de Infração.

Nova informação fiscal foi prestada pela autuante às fls. 84/85 dos autos, afirmando que o autuado está procrastinando o cumprimento de suas obrigações tributárias. Que o auto de infração foi lavrado atendendo todos os requisitos legais, e que, no demonstrativo de apuração do ICMS não retido às fls. 09/11 do PAF, foi discriminada a Nota Fiscal, data de sua emissão, o destinatário da mercadoria e seu CNPJ, CFOP, código e descrição da mercadoria, alíquotas interna e de origem, valor do produto, ICMS próprio, MVA, base de cálculo ST e ICMS ST devido. Observa que o defendente reporta-se ao mencionado demonstrativo contestando apenas a multa aplicada, não impugnando os cálculos efetuados. Quanto ao argumento defensivo de que houve erro no preenchimento do CFOP, diz que não exime o autuado de cumprir suas obrigações tributárias. Além disso, nas cópias das notas fiscais, a exemplo das NFs 32933 e 25230 (fls. 12 e 17 do PAF), consta a indicação no campo relativo aos dados adicionais, que o contribuinte reconhece o ICMS por Substituição Tributária, embora não tenha efetuado o devido recolhimento do imposto. Conclui pedindo a procedência do presente lançamento.

VOTO

Quanto às preliminares de nulidade argüidas pela defesa do autuado, constatei que o PAF está revestido das formalidades legais, estão determinados o contribuinte autuado, o montante do débito tributário apurado e a natureza da infração, sendo que, eventuais incorreções alegadas pela defesa não implicam nulidade haja vista que, pela descrição dos fatos e enquadramento legal, ficaram evidentes as infrações apuradas.

O defendente alegou que a presente autuação não contém o preciso enquadramento legal do suposto ilícito fiscal e a forma como foi calculado o crédito tributário não restou bem definida, o que impossibilitou o impugnante de refazer os cálculos apresentados pelo Fisco, para verificar se existe alguma irregularidade. Entretanto, constato que a autuante elaborou os demonstrativos de fls. 09 a 11 dos autos, indicando as colunas referentes à alíquota interna, alíquota de origem, valor dos produtos, ICMS próprio, MVA, base de cálculo ST, e ICMS ST devido, estando compreensível a mencionada planilha.

Ademais, considerando que não constava nos autos a comprovação de que o autuado recebeu cópia do levantamento fiscal (fls. 09 a 11 do PAF), por determinação desta Junta de Julgamento Fiscal (fl. 74), a repartição fiscal intimou o autuado e lhe forneceu as cópias dos demonstrativos que lastrearam o presente lançamento, com a indicação do prazo de trinta dias para se manifestar, querendo, reabrindo o prazo de defesa.

Quanto à alegação de que houve equívoco no enquadramento legal, observo que não implica nulidade da autuação provável erro de indicação de dispositivo regulamentar, tendo em vista que, pela descrição dos fatos ficou evidente o enquadramento legal, de a

Assim, ficam rejeitadas as preliminares de nulidade, haja vista as formalidades legais, e não se constatou no presente processo os me

inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento.

No mérito, constato que a autuação fiscal é decorrente da falta de retenção e recolhimento do imposto pelo autuado, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, referentes às vendas realizadas a contribuintes localizados neste Estado, conforme demonstrativos de fls. 09 a 11 do presente PAF.

Trata-se de operações com pneus, câmaras de ar e protetor, mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, previstas no Convênio ICMS 85/93, que dispõe sobre substituição tributária nas operações com pneumáticos, câmaras de ar e protetores.

Nas razões de defesa, o autuado alegou que todas as operações interestaduais foram realizadas com destinatários que eram microempresas e consumidores finais. Apresenta o entendimento de que os destinatários não são contribuintes do ICMS no Estado da Bahia, por isso, não se aplica o disposto no Convênio ICMS 81/93. Reproduz a cláusula segunda do mencionado Convênio e diz que a redação do art. 373 do RICMS e o Convênio 81/93 estabelecem situações diversas para os contribuintes e não contribuintes do ICMS.

Para melhor entendimento das questões tratadas no presente Auto de Infração, transcrevo a seguir, cláusulas do Convênio ICMS 85/93, que dispõe sobre a substituição tributária nas operações com pneumáticos, câmaras de ar e protetores de borracha.

Cláusula primeira *Nas operações interestaduais com pneumáticos, câmaras de ar e protetores de borracha, classificados nas posições 4011 e 4013 e no código 4012.90.0000 da Nomenclatura Brasileira de Mercadorias - Sistema Harmonizado - NBM-SH, fica atribuída ao estabelecimento importador e ao estabelecimento industrial fabricante a responsabilidade pela retenção e recolhimento do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS devido nas subseqüentes saídas ou entradas com destino ao ativo imobilizado ou ao consumo dos produtos mencionados nesta cláusula.*

Cláusula segunda *O disposto na cláusula anterior, aplica-se, ainda, no que couber, a estabelecimento destinatário que efetuar operação interestadual, para fins de comercialização ou integração no ativo imobilizado ou consumo.*

§ 3º Nas operações com destino ao ativo imobilizado ou a consumo do adquirente, a base de cálculo corresponderá ao preço efetivamente praticado na operação.

Cláusula terceira A base de cálculo do imposto para fins de substituição tributária será o valor correspondente ao preço de venda a consumidor constante de tabela estabelecida por órgão competente para venda a consumidor, acrescido do valor do frete.

§ 1º Inexistindo o valor de que trata o caput, a base de cálculo será obtida tomando-se por base o preço praticado pelo substituto, incluídos o IPI, frete e as demais despesas debitadas ao estabelecimento destinatário, bem como a parcela resultante da aplicação sobre esse total dos seguintes percentuais:

1. pneus, dos tipos utilizados em automóveis de passageiros (incluídos os veículos de uso misto - camionetas e os automóveis de corrida), 42% (quarenta e dois por cento);
2. pneus, dos tipos utilizados em caminhões (inclusive para os fora-de-estrada), ônibus, aviões, máquinas de terraplenagem, de construção e conservação de estradas, máquinas e tratores agrícolas, pá-carregadeira, 32% (trinta e dois por cento);
3. pneus para motocicletas, 60% (sessenta por cento)
4. protetores, câmaras de ar e outros tipos de pne

Cláusula quarta A alíquota a ser aplicada sobre a base de cálculo prevista na cláusula terceira será a vigente para as operações internas na unidade da Federação de destino.

Cláusula quinta O valor do imposto retido será a diferença entre o calculado de acordo com o estabelecido na cláusula terceira e o devido pela operação normal do estabelecimento que efetuar a substituição tributária, devendo ser recolhido até o 9º (nono) dia do mês subsequente ao da retenção.

Cláusula sexta Ressalvada a hipótese da cláusula segunda, na subsequente saída das mercadorias tributadas de conformidade com este Convênio, fica dispensado qualquer outro pagamento do imposto.

De acordo com os dispositivos legais acima reproduzidos, o autuado deve efetuar a retenção do imposto nas operações interestaduais, para fins de comercialização ou integração no ativo imobilizado ou consumo. Portanto, mesmo no caso de a mercadoria se destinar ao consumidor final, como alegou o defendente, é devido o imposto, tendo em vista a previsão contida na cláusula segunda do mencionado Convênio 85/93.

Em relação à alíquota de 17%, constante do demonstrativo elaborado pelo autuante, também questionado pelo defendente, a alíquota a ser aplicada é a vigente para as operações internas na unidade da Federação de destino das mercadorias, no caso, o Estado da Bahia, sendo que o valor do imposto retido será a diferença entre o calculado de acordo com a aplicação da MVA e o devido pela operação normal do estabelecimento que efetuar a substituição tributária, devendo ser recolhido até o nono dia do mês subsequente ao da retenção, conforme cláusulas quarta e quinta do citado Convênio 85/93, dispositivos que foram observados no cálculo do imposto exigido, conforme demonstrativo elaborado pelo autuante, e o defendente não apresentou qualquer contestação aos cálculos realizados.

Vale salientar, que a indicação da alíquota de 17% no demonstrativo de débito do Auto de Infração, foi efetuada por imposição do Sistema Informatizado de emissão de Auto de Infração utilizado atualmente pela SEFAZ/BA, e tal situação não onerou o sujeito passivo, como se pode comprovar pelo confronto dos valores do imposto apurados no levantamento fiscal com o demonstrativo de débito. Portanto, os totais apurados no levantamento fiscal são iguais aos valores lançados no demonstrativo de débito do Auto de Infração.

Nas razões defensivas, foi apresentado o entendimento de que as mercadorias (pneumáticos) foram adquiridas pelo defendente no Estado da Bahia, especificamente na Pirelli. O defendente disse que essas mencionadas mercadorias circulam sob o regime de substituição tributária e se retornaram o Estado da Bahia, não houve qualquer prejuízo, porque o ICMS foi recolhido no início da cadeia para o Fisco baiano.

Entretanto, tal alegação não foi comprovada pelo defendente. Ademais, a cláusula sexta do Convênio ICMS 85/93 prevê que na saída de mercadorias tributadas de conformidade com este Convênio, fica dispensado qualquer outro pagamento do imposto, exceto nos casos previstos na cláusula segunda, que se refere à hipótese de o estabelecimento destinatário efetuar operação interestadual, para fins de comercialização ou integração no ativo imobilizado ou consumo, como ocorreu no caso em comento.

Quanto à multa e acréscimos legais decorrentes da autuação, que foram objeto de contestação pelo autuado, a sua aplicação é consequência da falta de recolhimento espontâneo do imposto, o que resultou na lavratura do presente Auto de Infração, tendo sido indicado corretamente o percentual de 60%, conforme estabelece o art. 42, inciso II, alínea “e” da Lei 7.014/96.

Saliento que não se inclui na competência desta Junta de Julgamento Fiscal a apreciação de inconstitucionalidade da legislação estadual, nos termos do art. 167, I, do RPAF/99. Também não tem a competência para apreciação de pedido de dispensa ou redução da obrigação principal, haja vista que esta competência é da Câmara de Recurso, consoante o § 1º, do art. 169, do RPAF/99.

Entendo que está comprovado o cometimento da infração apontada, sendo devido o imposto exigido no presente lançamento, considerando as regras estabelecidas no Convênio ICMS 85/93, reproduzidas neste voto.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 207457.0005/09-9, lavrado contra **RMÃOS SILVA S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$4.245,58**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “e”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de novembro de 2010

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA - JULGADORA