

**PROCESSO** - A. I. N° 207457.0005/09-9  
**RECORRENTE** - IRMÃOS SILVA S/A. (RECAPAGEM E PNEUS SANTA HELENA)  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JFJ nº 0021-03/12  
**ORIGEM** - IFEP COMÉRCIO  
**INTERNET** - 29/07/2013

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0212-12/13

**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, nos termos do Convênio ICMS 81/93. Restou comprovado o cometimento da infração. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário formalizado contra a Decisão da 3ª Junta de Julgamento Fiscal, proferida através do Acórdão nº 0021-03/12, que julgou Procedente o Auto de Infração lavrado para exigir ICMS no valor de R\$4.245,58, acrescido da multa de 60%, em decorrência da falta de retenção do imposto, 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. 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.

De plano, o autuado apresentou a sua defesa (fls. 37/55), tendo o autuante prestado a informação fiscal às fls. 70/71, seguindo-se o julgamento, em primeira instância, consubstanciado no Acórdão JFJ nº 0329-03/10, o qual foi objeto de Recurso Voluntário, julgado provido e decidido pela nulidade da decisão, por cerceamento do direito de defesa, em face da falta de apreciação da preliminar de ilegitimidade suscitada pelo autuado, consoante com o Acórdão CJF nº 0313-11/11.

Em sequência, a 3ª JFJ procedeu um novo julgamento (Acórdão JFJ nº 0021-03/12), no sentido de julgar procedente o Auto de Infração, com decisão de teor adiante reproduzido:

*“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 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 (Acórdão CS 0069/00 e Acórdão JFJ 0011/99) para embasar a sua afirmação de que não é parte legítima para suportar o imposto exigido no presente lançamento.*

*Para melhor entendimento da matéria em questão, transcrevo a seguir os dispositivos do RICMS/BA, citados pelo defendente:*

*Art. 125. O imposto será recolhido por antecipação, pelo próprio contribuinte ou pelo responsável solidário:*

*II - antes da entrada no território deste Estado, de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação ou do exterior, observado o disposto nos §§ 7º e 8º:*

*i) tratando-se de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária por antecipação*

*prevista em convênio ou protocolo com a unidade federada de origem, quando:*

*1 - o contribuinte substituto não fizer a retenção do imposto ou efetua-la em valor inferior ao estabelecido no acordo, observado o disposto no § 1º;*

*O § 1º vigente no período de 13/07/2004 a 26/10/2010, estabelecia:*

*“Nas aquisições, de outra unidade da Federação, de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária por antecipação em virtude de convênio ou protocolo, não tendo sido feita a retenção do imposto pelo remetente e não sendo possível, por qualquer motivo, a sua cobrança do sujeito passivo por substituição na forma do item 1 da alínea “i” do inciso II, poderá ser emitida Notificação Fiscal em nome do destinatário, no sentido de efetuar o recolhimento espontâneo do imposto, na forma, prazo e condições estabelecidas no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal...”*

*Analizando os dispositivos do RICMS/97, acima reproduzidos, percebe-se que a cobrança do imposto que deveria ser retido pelo sujeito passivo por substituição poderia ser efetuada mediante Notificação Fiscal em nome do destinatário, caso não fosse possível a cobrança do sujeito passivo por substituição. No caso em exame, tanto foi possível que foi lavrado o presente Auto de Infração. Portanto, não assiste razão ao autuado quanto às suas alegações defensivas, relativamente à ilegitimidade passiva.*

*Vale ressaltar, que em diversas notas fiscais objeto da autuação consta a informação de que o imposto foi retido pelo dependente, o que significa que o autuado reconhece a sua condição de sujeito passivo por substituição tributária.*

*Em relação ao Acórdão CS 0069/00, citado nas razões de defesa, a mencionada decisão foi embasada no art. 15 da Lei 4.825/89, vigente à época. Entretanto, a referida Lei foi revogada pela atual Lei do ICMS nº 7.014/96, e o Acórdão JJF 0011/91 é anterior ao Acórdão da Câmara Superior deste CONSEF, não se aplicando ao presente PAF.*

*Concluo que não ficou caracterizada a impossibilidade de exigência do imposto do remetente das mercadorias, por isso, considero não deveria ser aplicado o disposto no § 1º, do art. 125, do RICMS/97, vigente à época da autuação.*

*O dependente alegou que a presente autuação não contém informações essenciais e 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, a alíquota 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 acordo com o art. 19 do RPAF/99.*

*Assim, ficam rejeitadas as preliminares de nulidade, haja vista que o PAF está revestido das formalidades legais, e não se constatou no presente processo os motivos elencados na legislação, 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 subsequentes, 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 pneus, 45% (quarenta e cinco por cento).*

*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 subseqüente ao da retenção.*

*Cláusula sexta Ressalvada a hipótese da cláusula segunda, na subseqüente 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 deveria 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 subseqüente 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 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 o citado 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.*

*Com relação ao argumento de que deveria ser aplicado o disposto no § 7º do art. 42 da Lei 7.014/96, observo 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 multa por infração de obrigação principal, haja vista que esta competência é da Câmara Superior deste CONSEF, 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.”*

Inconformado, o autuado, através de advogado legalmente constituído, interpôs Recurso Voluntário (fls. 151 a 170), apresentando, inicialmente, um breve relato da ação fiscal.

Prosseguindo, antes de adentrar ao mérito da discussão, suscitou preliminares de ilegitimidade passiva, bem como de violação aos Princípios da Ampla Defesa e da ausência de requisitos legais para formalização do Auto de Infração, as quais conduziram, por si só, à necessidade de anulação do feito fiscal, passando a analisar cada uma delas, com exposição dos fundamentos para embasá-las.

Assim, transcreveu o § 1º do art. 125 do RICMS/BA e citou decisões do CONSEF (Acórdãos CS 0069/00 e JF 0011/99), visando lastrear a sua tese de que não seria parte legítima para suportar o imposto exigido no presente lançamento, sendo responsáveis os destinatários das mercadorias, porquanto o impugnante não tem estabelecimento no Estado da Bahia, disso resultando não possuir a condição de contribuinte e, portanto, não se encontrando sujeito ao recolhimento do ICMS.

Ao sustentar a existência de violação ao princípio da ampla defesa, o autuado asseverou que a previsão constitucional de garantia individual não se apresentava passível de restrição ou de cerceamento de defesa, reproduzindo ensinamentos de Celso Ribeiro de Bastos.

De igual sorte, assegurou que o Auto de Infração não preenchia os requisitos legais e indispensáveis à sua formalização, porquanto ausentes informações essenciais como o preciso enquadramento legal do suposto ilícito fiscal e a forma como foi calculado o crédito tributário, nesse passo inviabilizando o seu refazimento para que fosse verificada a existência de alguma irregularidade, daí impossibilitando ao impugnante o exercício pleno de seu direito de defesa.

Exemplificativamente, citou que a multa de 60% foi calculada sobre o montante supostamente devido, porém, inexistindo esclarecimento acerca da origem do percentual de 17% aplicado, o que dificulta a conferência da correção dos cálculos.

Evocou jurisprudência administrativa do Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda, pacificando o entendimento de que é nulo o lançamento quando não se pode observar a subsunção da descrição dos fatos ao enquadramento legal citado e argumentou ser explícito o RPAF/BA no sentido de que o Auto de Infração deve conter, sob pena de nulidade, a discriminação clara e precisa de todos os fundamentos para a identificação da infração e do infrator, transcrevendo ementa de uma decisão do Conselho de Contribuintes do Estado do Rio de Janeiro pela nulidade de um Auto de Infração.

Ressaltou ter o próprio acórdão recorrido reconhecido o equívoco no enquadramento legal, o que confirmaria a nulidade da autuação pela evidente ofensa ao Princípio da Ampla Defesa e

manifesta inobservância aos requisitos essenciais do auto de infração, concluindo que o lançamento deve ser considerado nulo em sua totalidade.

Meritoriamente, o recorrente reiterou a tese de que todas as operações interestaduais foram realizadas com destinatários/compradores, micro-empresas e consumidores finais, não contribuintes do ICMS no Estado da Bahia, portanto, não sujeitos à sistemática da operação prevista no Convênio ICMS 81/93, na sua cláusula segunda, podendo, no máximo, ser arguída a falta de recolhimento de ICMS (operação normal), mas, não se falar em falta de retenção.

De outra parte, afirmou ter ocorrido o preenchimento errado do campo destinado ao CFOP, porquanto lançado, nas notas fiscais, o código CFOP-6404, onde deveria constar o código 6108, vez que as operações eram destinadas aos consumidores finais ou microempresas, não sujeitas ao regime de contribuição, entendendo ser um mero erro material, o qual não implicou em prejuízo para o Fisco Estadual, pois todo o ICMS foi recolhido no início da cadeia para o fisco baiano, porquanto as mercadorias foram adquiridas pelo recorrente no Estado da Bahia, especificamente na Pirelli, por conseguinte, improcedente o lançamento.

A par disso, insurgiu-se contra a divergência da autuação com relação à multa aplicada, posto que a exigência fiscal se apresentava incongruente ao autuar pela falta de retenção de imposto, quando, na pior das hipóteses, poderia se exigir o recolhimento de ICMS normal.

Também contestou o percentual da multa aplicada, afirmando que deveria ser calculada conforme disposto no art. 42, inciso II, da Lei nº 7.014/96, sendo legalmente impossível a manutenção da pretendida pelo Fisco, por ser considerada confiscatória e desproporcional à penalidade.

Alegou que houve infringência ao princípio da vedação ao confisco e inobservância da capacidade contributiva do defendente, citando ensinamentos da doutrina do Jurista Luiz Roberto Barroso e afirmando 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.

Reiterou a infringência ao princípio da proporcionalidade/razoabilidade, a inadequação entre o *quantum* das multas aplicadas e o *quantum* do imposto, cujo recebimento se busca viabilizar por meio do presente Auto de Infração, ao final, requerendo o conhecimento e provimento do Recurso Voluntário, para ser julgado nulo o Auto e, alternativamente, determinada a retirada ou redução da multa, o que admite apenas para argumentar.

A representante da PGE/PROFIS, às fls. 184/185, na sua manifestação opinativa, após um breve relatório do processo, observou que as razões recursais não visavam elidir a infração apurada no presente lançamento e se apresentavam como insuficientes para modificar a decisão recorrida.

Asseverou que o artigo 18 do RPAF dispõe acerca das nulidades capazes de inquinar o lançamento tributário e, da análise das razões expendidas pelo autuado, não se vislumbrava a ocorrência de quaisquer das nulidades ali previstas.

No que tange ao pedido de dispensa ou redução da multa, não se encontram, no recurso apresentado, os requisitos legais para a aplicação da redução/cancelamento da multa ao apelo da equidade, por este Colegiado.

Concluiu, opinando pelo Improvimento do Recurso Voluntário interposto.

## VOTO

O Recorrente, como se infere do detalhado Relatório, pretende, com o manejo do Recurso, modificar a Decisão de Primeira Instância, a qual julgou procedente o Auto de Infração

epigrafado, imputando ao contribuinte o cometimento de infração à legislação do ICMS.

Do exame das peças processuais, constata-se ter o recorrente suscitado, reiteradamente, todas as preliminares de nulidade já apresentadas na impugnação, inclusive sustentando, mais uma vez, a questão prévia de nulidade da infração por ilegitimidade passiva, sob o fundamento de que o sujeito responsável e legítimo para suportar a presente autuação é o destinatário da mercadoria, em razão de não ter estabelecimento no Estado da Bahia, logo, não possuindo a condição de contribuinte.

Sucedem que os pleitos de nulidades não podem prosperar, porquanto a legislação tributária estadual vigente, no caso concreto, não socorre o autuado, inexistindo qualquer ofensa às normas tributárias.

Com efeito, analisado o acórdão lavrado pela 3ª Junta de Julgamento Fiscal, verifica-se que a tese de ilegitimidade passiva, formulada como questão prévia, foi, na decisão proferida, devidamente rechaçada, constando da fundamentação os dispositivos legais disciplinadores da matéria, quais sejam, inciso II, alínea “i”, 1 e o § 1º do art. 125 do RICMS/BA, que adoto também como suporte para o meu julgamento.

Assim é que, a análise da citada norma conduz ao correto entendimento de que a cobrança do imposto, que deveria ser retido pelo sujeito passivo por substituição, poderia ser realizada em nome do destinatário, acaso inviável ser efetuada através do sujeito passivo por substituição. Tal possibilidade é inaplicável ao caso em exame, já que foi possível lavrar o presente Auto de Infração. Daí, razão não assiste ao autuado quanto à sua tese de ilegitimidade passiva.

Ressalte-se, por ser de suma importância, que nas diversas notas fiscais (fls. 12 a 33) constam, no campo próprio, destacada a informação de que o imposto foi retido pelo recorrente, corroborando que o mesmo conhece a sua condição de sujeito passivo por substituição tributária.

No que tange à preambular de cerceamento do direito de defesa, de igual sorte, não merecer acolhimento, porquanto obedecido o devido processo legal, através do qual o impugnante exerceu a ampla defesa e o contraditório, haja vista que obteve as peças necessárias à sua defesa, principalmente os demonstrativos de fls. 09/11, os quais embasaram o lançamento, conforme recibo e manifestação do autuado (fls. 76/79).

A par disso, encontram-se, a ação fiscal e o PAF, revestidos das formalidades legais, estando determinados, com clareza, o contribuinte autuado, o montante do débito tributário e a natureza da infração apurada, portanto, inexistindo qualquer dos motivos elencados nos incisos I a IV do art. 18 do RPAF-BA, destacado o aspecto de que a exigência fiscal está fundamentada em diplomas legais vigentes, nos demonstrativos e demais documentos que fundamentam a autuação, restando inviabilizada qualquer dúvida quanto ao exercício do pleno direito de defesa.

Adentrando ao mérito, o Recorrente insurgiu-se, genericamente, contra a ação fiscal e repisou idênticos argumentos apresentados na impugnação, na linha de que todas as operações interestaduais foram realizadas com destinatários que eram microempresas e consumidores finais, que não se apresentam como contribuintes do ICMS no Estado da Bahia, por isso inaplicável o disposto no Convênio ICMS 81/93, contudo, a sua repulsa apresentou-se totalmente despida de essência e consistência, eis que desacompanhada de qualquer documento ou elemento probante.

Efetivamente, e com a devida vênia do julgador de primeira instância, no tocante ao embasamento e motivação para a sua decisão, observo que a autuação versa sobre substituição tributária de operações com pneus, câmaras de ar e protetor, mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, previstas no Convênio ICMS 81/93, que dispõe especificamente sobre normas gerais a serem aplicadas a regimes de substituição tributária, instituídos por Convênios ou Protocolos firmados entre os Estados e o Distrito Federal.

Tal diploma, em sua cláusula segunda, determina que:

*“Nas operações interestaduais realizadas por contribuinte com as mercadorias a que se referem os correspondentes Convênios ou Protocolos, a ele fica atribuída a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto em favor do Estado destinatário, na qualidade de sujeito passivo por substituição, mesmo que o imposto já tenha sido retido anteriormente.”*

Já a cláusula sexta do mesmo dispositivo, assim prevê:

*“O imposto retido pelo sujeito passivo por substituição deverá ser recolhido por meio da Guia Nacional de Recolhimento de Tributos Estaduais - GNR, em agência do banco oficial da unidade federada destinatária, ou na sua falta, em agência de qualquer banco oficial signatário do Convênio patrocinado pela Associação Brasileira dos Bancos Comerciais Estaduais - ASBACE, localizada na praça do estabelecimento remetente, em conta especial, a crédito do Governo em cujo território se encontra estabelecido o adquirente das mercadorias, ou, ainda, na falta deste, em agência de banco credenciado pela unidade federada interessada”*

Dessa forma, caberia a recorrente, não somente o destaque do imposto, como, de igual forma, o seu recolhimento em favor do Estado da Bahia, o que não ocorreu.

Nesse contexto, de acordo com o teor da cláusula reproduzida, o sujeito passivo estaria obrigado a efetuar a retenção e recolhimento do imposto nas operações interestaduais, até mesmo na hipótese das mercadorias já terem sido objeto de retenção do imposto em etapa anterior. E sabidamente, pneumáticos, câmaras de ar e afins são mercadorias sujeitas à tal situação tributária.

Fato é que a recorrente não destacou o ICMS devido na operação a título de substituição tributária, como se observa no corpo dos documentos fiscais acostados em cópia pelo autuante, sequer comprovou o recolhimento de tal parcela. Consta apenas, mera indicação, no campo das “informações complementares”, acerca do valor que deveria ser retido a título de tributo.

Ressalte-se não ter valia para a hipótese versada a alegação recursiva de que *“na verdade o que existiu foi o preenchimento errôneo do campo destinado ao Código CFOP”*, já que, segundo o dispositivo legal, a responsabilidade pela retenção tributária cabe à recorrente.

Tangente a arguição de inadequação da multa aplicada, pela divergência entre o fato imputado e a autuação, mais uma vez desassiste razão ao recorrente, visto que a multa aplicada é consequência da falta de recolhimento espontâneo do imposto, apresentando-se correto o percentual de 60%, porquanto em conformidade com o art. 42, II, “e”, da Lei nº 7.014/96.

Outrossim, não merece guarida à argumentação de ter sido aplicada multa, com efeito, confiscatório, da sua inconstitucionalidade e desproporcionalidade, na medida em que tal sancionamento se encontra taxativamente previsto no artigo 42 da Lei nº 7.014/96, sob o qual não paira qualquer pecha de inconstitucionalidade, quer por irrazoabilidade, quer por desproporcionalidade dos percentuais nele elencadas.

Por outro lado, falece competência a este Órgão colegiado para se manifestar sobre as arguições de inconstitucionalidades da peça recursal, nos termos do art. 167, I, do RPAF/BA.

A par disso, o pleito de redução da multa, com suporte no §7º, art. 42, da Lei nº 7.014/96, é inviável, já que a aludida regra se reporta a penalidades por obrigações acessórias, enquanto o presente caso versa sobre multa aplicada por descumprimento de obrigação principal, a qual, de acordo com a legislação, é da competência da Câmara Superior do CONSEF apreciar a dispensa ou redução.

Frise-se que o contribuinte, se assim desejar, poderá formular pedido dirigido à Câmara Superior, embasado nos fundamentos e requisitos elencados no artigo 159 do RPAF/BA, observando, inclusive o prazo previsto para ingresso.

Concludentemente, inexistindo, no bojo do recurso interposto, elementos aptos à atender a pretensão de reforma, a manutenção do entendimento sufragado pela decisão de base é medida que se impõe.

E, via de consequência, o meu voto é no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário,

devendo ser homologado o *quantum* recolhido.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão unânime, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **207457.0005/09-9**, lavrado contra **IRMÃOS SILVA S/A. (RECAPAGEM E PNEUS SANTA HELENA)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$4.245,58**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado o *quantum* recolhido.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de julho de 2013.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

VALNEI SOUSA FREIRE – RELATOR

LEILA VON SÖHSTEN RAMALHO - REPR. DA PGE/PROFIS