

**PROCESSO** - A. I. Nº 080556.0001/14-4  
**RECORRENTE** - MANUFATURA DE BRINQUEDOS PICA PAU LTDA.  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JF nº 0126-03/15  
**ORIGEM** - IFEP COMÉRCIO  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET 10/11/2015

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0335-12/15

**EMENTA:** ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. IMPOSTO RETIDO E NÃO RECOLHIDO. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. Comprovado nos autos que o contribuinte na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, reteve e não recolheu o ICMS/ST. Não acatado pedido de redução da multa. Não apreciada arguição de inconstitucionalidade da multa aplicada. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra Decisão proferida pela 3ªJF – Junta de Julgamento Fiscal em 15/07/2015 que julgou, por unanimidade, Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 15/10/2014, com o objetivo de exigir do ora recorrente crédito tributário, no valor histórico de R\$205.639,24 (duzentos e cinco mil seiscentos e trinta e nove reais e vinte e quatro centavos) em decorrência do cometimento de 01 (uma) infração.

***Infração 01. RV** – Falta de 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, na realização das operações interestaduais, subordinadas às disposições do Protocolo 108/09 (infração 08.37.02), de maio a novembro de 2013 e janeiro a setembro de 2014.*

O autuado apresentou defesa administrativa em face do Auto de Infração em epígrafe (fls. 46/56), impugnando o lançamento fiscal em todos os seus termos.

O autuante apresentou informação fiscal face à defesa apresentada pelo contribuinte (fls. 97/100), opinando pela manutenção do lançamento.

A instrução foi concluída e os autos remetidos à apreciação pela 3ªJF que entendeu por bem, julgar, em decisão unânime, Procedente o Auto de Infração, nos seguintes termos:

### VOTO

*No presente lançamento está sendo exigido crédito tributário em razão da falta de recolhimento do ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, identificado pela divergência entre o ICMS Substituição Tributária por retenção informado na DMA e o recolhido, nos meses de maio a novembro de 2013 e janeiro a setembro de 2014.*

*Compulsando os autos, vejo que o PAF está revestido das formalidades legais. Observo que do Extrato Resumo Fiscal Completo dos arquivos da SEFAZ, consta Declaração Mensal de Apuração do ICMS - DMA, com os respectivos débitos, sem o devido recolhimento do imposto, fl. 06. Ademais, foi o próprio autuado que enviou os dados através de GIAs e que serviu de base para a autuação, o que lhe possibilitou o exercício da ampla defesa e do contraditório. Logo, o PAF está revestido das formalidades legais e o procedimento fiscal atende as normas regulamentares, não estando presentes nos autos qualquer dos motivos elencados nos incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99.*

*Observo que a matéria em análise encontra-se disciplinada no Protocolo nº 108/09, celebrado entre os estados*

da Bahia e de São Paulo, cujas Cláusulas 1ª e 5ª assim dispõem:

**Cláusula primeira** Nas operações interestaduais com as mercadorias listadas no Anexo Único deste protocolo, com a respectiva classificação na Nomenclatura Comum do Mercosul / Sistema Harmonizado - NCM/SH, destinadas ao Estado da Bahia ou ao Estado de São Paulo, fica atribuída ao estabelecimento remetente, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS relativo às operações subseqüentes.

**Cláusula quinta** O imposto retido pelo sujeito passivo por substituição regulamente inscrito no cadastro de contribuintes na unidade federada de destino será recolhido até o dia 9 (nove) do mês subseqüente ao da remessa da mercadoria, mediante Guia Nacional de Recolhimento de Tributos Estaduais – GNRE, na forma do Convênio ICMS 81/93, de 10 de setembro de 1993, ou através de documento de arrecadação previsto na legislação da unidade Federada destinatária.

Da análise dos elementos que compõe o PAF vejo que a autuação foi decorrente da apuração da falta de recolhimento do ICMS ST retido e não recolhido, ou seja, o contribuinte vendeu mercadorias sujeitas ao ICMS ST, cobrou (reteve) do destinatário das mercadorias o valor referente ao imposto incidente nas saídas subsequentes do produto, conforme prevê a legislação, e não repassou os valores retidos ao estado da Bahia.

Observe que os valores do ICMS/ST devido lançado neste Auto de Infração estão demonstrados no levantamento fiscal fl.06 e são decorrentes dos montantes declarados pelo contribuinte nas GIAs STs. (fls. 08 a 23), relativamente a vendas de produtos realizadas para o estado da Bahia, conforme Protocolo ICMS 108/09, do qual são signatários os Estados da Bahia e São Paulo, que dispõe sobre a substituição tributária nas operações com brinquedos.

Nas razões defensivas, o autuado não nega a acusação fiscal que lhe foi imputada. Sua defesa concentra-se basicamente na alegação de que a multa aplicada seria desproporcional, confiscatória e abusiva.

No que diz respeito à multa no percentual de 150%, o autuado argumentou que a sua exigência transborda os limites legais e constitucionais, sobretudo porque incidente sobre conduta do contribuinte completamente despida de má-fé, dolo ou simulação. Frisa que a multa, nesse caso, é incidente sobre a mera falta de recolhimento do ICMS devido na condição de substituto tributário, mas que foi declarado, sem qualquer intenção de lesar o fisco ou dificultar a fiscalização.

Saliento que a multa aplicada não é ilegal. Ao contrário, encontra-se tipificada no art. 42 da Lei 7.014/96, que para melhor entendimento transcrevo:

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;

Não deve prosperar a alegação defensiva de que a multa foi aplicada sobre conduta do contribuinte completamente despida de má-fé, dolo ou simulação, por não se configurar em argumento capaz de elidir a infração imputada, uma vez que a multa tem previsão em dispositivo legal, o qual não condiciona ou excepciona a aplicação da pena à intenção do agente.

Esta instância de julgamento não possui atribuição (competência) para decidir sobre pedido de redução ou cancelamento de penalidade por descumprimento de obrigação principal, a teor dos artigos 158/159, RPAF/99, nem para apreciar inconstitucionalidade de dispositivos da legislação estadual que rege a matéria objeto da contenda (art. 167, I, RPAF/99).

O defendente requer, sob pena de nulidade, que as publicações e/ou intimações referentes ao presente feito sejam lançadas em nome de sua patrona Sandra Regina Freire Lopes, regularmente inscrita na OAB/SP sob o nº. 244.553.

Registro que tal providência pode ser tomada pela Secretaria deste CONSEF, respeitado o teor dos artigos 108 e 166, I, ambos do RPAF/99. Assinalo, por devido, que embora esse pleito possa vir a ser acatado por esta SEFAZ, o não atendimento desta solicitação do contribuinte não implicaria irregularidade, posto que o endereço do estabelecimento da empresa, portanto o endereço da pessoa jurídica autuado, é aquele que consta em seu cadastro nesta SEFAZ, pelo que, a rigor, este é o endereço a ser utilizado por esta Secretaria para efeito de intimação fiscal.

Ressalto que o patrono do autuado poderá cadastrar seu e-mail junto a Secretaria deste CONSEF/SEFAZ-BA, para recebimentos de informações a respeito de processos em que atue como advogado.

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

Como se pode inferir da leitura do voto acima reproduzido, a 3ªJJF assim se posicionou em relação aos argumentos aduzidos pela então impugnante, ora recorrente:

- i. Destacou inicialmente que o PAF estaria revestido das formalidades legais e o procedimento fiscal atende as normas regulamentares, de modo que não estaria presente nos autos qualquer dos motivos elencados nos incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99;
- ii. Observou que a matéria em análise encontrar-se-ia disciplinada no Protocolo ICMS 108/09, celebrado entre os Estados da Bahia e de São Paulo, bem como que o Impugnante, nas suas razões defensivas, não teria negado a acusação fiscal que lhe teria sido imputada, concentrando sua argumentação na afirmação de que a multa aplicada seria desproporcional, confiscatória e abusiva;
- iii. Portanto, em relação à multa aplicada no percentual de 150%, a JJF considerou-a como devida, sob o argumento de que a mesma estaria tipificada no art. 42, V, “a”, da Lei nº 7.014/96, bem como que a existência de má-fé ou não por parte do Defendente não influenciaria na sua aplicação;
- iv. Pontuou que a JJF não teria competência para decidir sobre pedido de redução ou cancelamento de penalidade por descumprimento de obrigação principal, a teor dos artigos 158/159, do RPAF/99, e nem para apreciar a inconstitucionalidade de dispositivos da legislação estadual que rege a matéria objeto da contenda.

Intimado acerca do resultado do julgamento, o sujeito passivo interpôs **Recurso Voluntário (fls. 120/130)**.

- i. Argumentando que a multa aplicada no patamar de 150% teria caráter confiscatório, e que a mesma deveria ser reduzida ao patamar de 20% do imposto devido, uma vez que, em momento algum, o Recorrente terá agido de má-fé ou com a pretensão de fraudar o Fisco;
- ii. Destacou ainda que há muito o colendo Supremo Tribunal Federal viria se manifestando no sentido de inexistir a possibilidade da cobrança de multas exorbitantes.

Em Parecer, a PGE/PROFIS (fls. 136/138) opinou pelo conhecimento e Improvimento do Recurso Voluntário, alegando que a conduta infracional possuiria todos os elementos necessários à imputação de uma reprimenda mais severa, pois se trataria de imposto retido e não recolhido, o que muito se assemelharia ao tipo penal da apropriação indébita. Sendo assim, considerou que a multa de 150% sobre o valor do imposto se encontraria completamente justificada.

Após, os autos foram remetidos para o CONSEF para apreciação do Recurso.

## VOTO

A Infração imputada é a de falta de 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, na realização das operações interestaduais, subordinadas às disposições do Protocolo ICMS 108/09 (infração 08.37.02), de maio a novembro de 2013 e janeiro a setembro de 2014.

O Recorrente não se insurge quanto aos valores de imposto reclamado, nem ao cálculo que originou o lançamento, apenas alega que não cometeu a infração com dolo, confessando, portanto, o cometimento da mesma.

Por outro lado, em sede recursal, apenas argumenta que a multa aplicada no patamar de 150% teria caráter confiscatório, e que a mesma deveria ser reduzida ao patamar de 20% do imposto devido, uma vez que, em momento algum.

Destacou ainda que há muito o colendo Supremo Tribunal Federal viria se manifestando no sentido de inexistir a possibilidade da cobrança de multas exorbitantes.

De fato, o STF tem discutido em diversos precedentes a limitação à aplicação de penalidades em razão da sua suposta natureza confiscatória.

Entretanto, tais argumentos não podem ser enfrentados em esfera administrativa em razão da limitação imposta pelo art. 167 do RPAF, uma vez que não compete a esta corte a apreciação de questões atinentes à constitucionalidade da lei aplicada.

No caso concreto trata-se de retenção e falta de recolhimento, espécie de apropriação indébita, razão pela qual a penalidade aplicada é mais severa.

De toda feita, se o Recorrente entende ser a mesma confiscatória e, portanto, inconstitucional, cabe ao mesmo discutir tal matéria no judiciário, uma vez que a penalidade aplicada é a legalmente prevista no art. 42, V, “a”, da Lei nº 7.014/96.

Por sua vez, igualmente não compete a esta CJF a redução de penalidade por descumprimento de obrigação principal.

Em razão disso, Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **080556.0001/14-4**, lavrado contra a **MANUFATURA DE BRINQUEDOS PICA PAU LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$205.639,24**, acrescido da multa de 150%, prevista no art. 42, V, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de outubro de 2015.

FERNANDO ANTÔNIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

DANIEL RIBEIRO SILVA – RELATOR

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO SÉ – REPR. DA PGE/PROFIS