

A. I. Nº - 279694.1102/06-8
AUTUADO - OSRAM DO BRASIL LÂMPADAS ELÉTRICAS LTDA.
AUTUANTE - OTÁVIO AUGUSTO LABORDA FERNANDES e RUBENS MINORU HONDA
ORIGEM - IFEP/COMÉRCIO
INTERNET - 11. 04. 2007

4^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0070-04/07

EMENTA. ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS COM MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RETENÇÃO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas pela legislação deste Estado no regime de substituição tributária, não havendo convênio ou protocolo entre a Bahia e a unidade da Federação de origem que preveja a retenção do imposto, bem como nas importações e nas arrematações de mercadorias importadas e apreendidas ou abandonadas, o pagamento do ICMS devido pelo adquirente, relativo às suas próprias operações e às subseqüentes com as referidas mercadorias, será efetuado por antecipação, ressalvadas as hipóteses do art. 355, nos prazos previstos no art. 125. Infração parcialmente elidida. Rejeitadas as preliminares de nulidade e diligência suscitadas. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado, em 30/11/2006, exige imposto no valor de R\$143.668,98, em razão de falta de retenção do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizado no Estado da Bahia, cujas mercadorias estão enquadradas no Protocolo nº ICMS 17/85.

O autuado, às fls. 23 a 41, através de seu representante legalmente constituído, apresentou defesa alegando inicialmente se dedicar as atividades de produção e comercialização de lâmpadas elétricas estando, no exercício normal e regular de suas atividades, submetida a uma série de impostos, dentre os quais destacou o ICMS.

Informa que reconhece parcialmente a procedência da acusação fiscal e que optou por recolher o imposto devido com desconto da multa e juros referentes às operações constantes na planilha anexa (doc. 04) e o respectivo DAE (doc. 05).

Suscita nulidade do Auto de Infração, tendo em vista que o mesmo afronta o disposto no inciso II do art. 18 do Decreto Estadual nº 7.629/99, vez que padece de descrição clara e precisa da matéria tributável, bem como do fato gerador, haja vista que não detalha as supostas irregularidades cometidas pela empresa e não aponta qualquer legislação estadual ofendida, atentando contra o Princípio do contraditório e da ampla defesa.

No mérito, apresenta os seguintes argumentos:

- Inexistência de substituição tributária nas operações com “display armado” e “testador para lâmpadas”.

Explica que o Protocolo nº 17/85 prevê as regras gerais da substituição tributária em operações interestaduais realizadas com lâmpadas, classificadas nas posições 8539 e 8540, reator e start, classificadas nas posições 8504.10.00 e 8536.50.90, entretanto, os agentes fiscais não atentaram para o fato de que as operações constantes das notas fiscais nº 491408 e 513445 (doc. 06), são com os produtos “display armado e testador para lâmpadas” que não se submetem ao regime de substituição tributária previsto no Protocolo 17/85.

- Recolhimento do ICMS/ST das operações realizadas com lâmpadas automotivas.

Ressalta que o crédito tributário relacionados nas notas fiscais constantes da planilha anexa (doc. 07) não é devido pelo simples fato de já ter sido adimplido pelos estabelecimentos adquirentes das mercadorias. Diz que, se os destinatários das mercadorias cumpriram o dever de recolher o imposto não há mais qualquer obrigação a ser exigida, poderia haver, no máximo, a exigência de multa por descumprimento de obrigação acessória, mas, jamais se impor novo recolhimento do próprio imposto.

- Não incidência do ICMS/SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA nas vendas de mercadorias a não contribuintes.

Salienta que as operações constantes das notas fiscais nº 478558, 478864, 481099, 13580, 635621 e 715689 (doc. 08), não podem sofrer a incidência do ICMS/ST, haja vista que o destinatário das mercadorias é empresa de representação, não contribuinte do imposto e de acordo com o art. 155, inciso VII da CF/88, ao destinatário, não contribuinte do ICMS, que remete produtos a consumidor localizado em outro estado, deve-se adotar a alíquota interna.

- Não incidência de ICMS/ST referente a operações com contribuintes industriais.

Aduz que o crédito tributário relacionado nas NFs constantes da planilha anexa (doc. 10) não é devido porque o próprio Protocolo nº 17/85 exclui a regra da substituição tributária as transferências de mercadorias entre contribuintes substitutos industriais, conforme Cláusula 1ª, § 1º do referido Protocolo.

- Da inaplicabilidade da multa imposta.

Argumenta que os autuantes, quando da aplicação das penalidades, entenderam por atualizar os valores das multas como se fosse o crédito tributário da obrigação principal, sendo que este procedimento proporciona enriquecimento ilícito por parte do Estado da Bahia, pois, tal cobrança carrega alcunha de confiscatória, ferindo o princípio da vedação ao confisco, consagrado no art. 150, inciso IV da CF/88.

Ao final, requer a realização de diligência para apuração de todo o alegado na defesa, reconhecimento da nulidade da autuação e no mérito, o cancelamento da exigência fiscal remanescente ou redução do valor principal, excluindo-se a correção monetária, juros e multa.

Os autuantes prestam informação fiscal, às fls. 308 a 311, inicialmente afirmando que o Estado de São Paulo era signatário do protocolo 17/85 à época do período fiscalizado sendo que a impugnante é contribuinte inscrito no Cadastro de Contribuintes do Estado da Bahia e foi lavrado o Termo de Início de Fiscalização com a devida ciência do autuado, não cabendo a nulidade suscitada.

No mérito, presta os seguintes esclarecimentos:

- 1- Na relação de NFs às fls. 86 a 261, onde se alega que os adquirentes neste estado cumpriram a obrigação de recolher o ICMS/ST incidente sobre as operações – Ao comercializar produtos objeto de substituição tributária, fica cristalina a responsabilidade de obediência à legislação

pertinente, inclusive os Convênios e Protocolos firmado entre os estados. No caso em tela, por vender a contribuintes baianos, lâmpadas, a autuada está obrigada a cumprir o que determina o Protocolo ICM 17/85, retenho e recolhendo o ICMS devido.

- 2- Notas fiscais de nº 478558, 478864, 481099, 13580, 635621 e 715689 (doc. 08), destinada à empresa “Oceano Comercial e Representações Ltda” – Verifica-se no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica (CNPJ) que a atividade principal da empresa é o comércio varejista de ferragens e ferramentas, conforme observado no documento emitido pela SRF à fl. 312.
- 3- Multa – A tipificação da multa, bem como os seus cálculos são feitos automaticamente pelo sistema da SEFAZ, em estrito cumprimento à legislação, não cabendo à fiscalização qualquer intervenção ou decisão discricionária.

Finaliza acolhendo a contestação da autuada quanto às notas fiscais nº 491408 e 513445, bem como a relação de NFs à fl. 284 (doc. 10) e solicitando deste Conselho o julgamento procedente em parte do Auto de Infração.

Às fls. 318/319, o contribuinte apresenta comunicação requerendo a juntada dos documentos anexos, que complementam as razões da impugnação apresentada.

VOTO

Na presente ação fiscal foi exigido imposto em razão de falta de retenção do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia.

Inicialmente, nego o pedido de diligência suscitada pela defesa, pois os elementos constantes nos autos são suficientes para a formação de meu convencimento de julgador, ao teor do disposto no art. 147, I “a”, II, “b” do RPAF/99.

Em relação às alegações pertinentes à inconstitucionalidade da legislação tributária estadual, ressalto que tal matéria, de acordo com o artigo 167, I, do RPAF/99, não se inclui na competência deste órgão julgador.

Rejeito a preliminar de nulidade argüida pela defesa, pois entendo que no presente Auto de infração consta claramente a irregularidade fiscal cometida pela autuada, sendo que a matéria tributável está prevista no art. 373 do RICMS/BA, bem como no Protocolo ICM nº 17/85 e Convênio ICMS 81/93 do qual o estado de São Paulo é signatário. Outrossim, a ação fiscal transcorreu de acordo com a observância dos dispositivos legais contidos na legislação tributária vigente.

Observo que o contribuinte reconheceu parcialmente a autuação, no valor de R\$ 113.840,89, conforme DAE anexo à pg. 76 do presente processo.

Ressalto ainda que os autuantes, na informação fiscal, acataram os argumentos defensivos referentes às notas fiscais nº 491408 e 513445, bem como em relação aos documentos fiscais constantes da relação anexa à fl. 284. Após analisar os referidos documentos, concordo com os autuantes e concluo que os mesmos devem ser excluídos da autuação.

Em relação aos demais argumentos defensivos, tenho o seguinte entendimento:

- Recolhimento do ICMS/ST das operações realizadas com lâmpadas automotivas.

O Autuado alega que o crédito tributário não é devido, tendo em vista que os destinatários já recolheram o imposto devido, não havendo mais qualquer obrigação a ser exigida, entretanto, de acordo com o que determina o art. 373 do RICMS/BA, “Nas operações interestaduais entre Estados signatários de convênio ou protocolo que preveja a retenção do imposto pelo regime de substituição tributária, é atribuída ao remetente a responsabilidade pela retenção e recolhimento

do imposto em favor da unidade federada destinatária, na condição de sujeito passivo por substituição”.

O instituto da substituição tributária cria mecanismos para que o tributo seja retido e recolhido na própria indústria, evitando-se a fiscalização nos diversos destinatários das mercadorias. Outrossim, a responsabilidade do remetente das mercadorias quanto ao recolhimento do ICMS/ST, também está prevista no Protocolo 17/85 e no Convênio ICMS 81/93, no qual o Estado de São Paulo é signatário, sendo que somente após esgotadas todas as possibilidades de exigência do tributo do sujeito passivo por substituição, é que serão adotadas as providências previstas no § 1º do art. 125 do RICMS/BA.

Assim, entendo que procede a autuação em relação às notas fiscais constantes da planilha anexa à pg. 86 a 88 dos autos, cabendo às empresas destinatárias das mercadorias que efetuaram o recolhimento indevido, solicitar a devida restituição.

- Não incidência do ICMS/SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA nas vendas de mercadorias a não contribuintes.

Analizando as peças processuais constato que as operações realizadas pelo autuado, mediante emissão das Notas Fiscais nºs 478558, 478864, 481099, 635621 e 715689, tiveram como destinatário a empresa “Oceano Comercial e Representações Ltda”, sendo que a mesma é empresa de representação comercial, não contribuinte do imposto no estado da Bahia, portanto, correto o entendimento do autuado ao não efetuar a retenção do imposto, vez que, neste caso, não se aplica o regime de Substituição Tributária. A comprovação da inscrição no CNPJ da SRF trazida pelos autuantes à pg. 312, refere-se a uma empresa localizada em Natal/RN.

Assim, entendo que as notas fiscais supracitadas devem ser excluídas da autuação.

Quanto à multa aplicada, entendo que é devida e não possui efeito de confisco, uma vez que está prevista na Lei 7.014/96 para as infrações constantes no presente processo.

Diante do exposto, voto pela procedência em parte do Auto de Infração, no valor de R\$ 134.735,49, devendo ser homologado os valores já efetivamente recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 279694.1102/06-8, lavrado contra **OSRAM DO BRASIL LÂMPADAS ELÉTRICAS LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 134.735,49**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado os valores já efetivamente recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de março de 2007.

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – PRESIDENTE

MARCO AURÉLIO ANDRADE SOUZA – RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA