

PROCESSO - A. I. Nº 279694.1102/06-8
RECORRENTE - OSRAM DO BRASIL LÂMPADAS ELÉTRICAS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JF nº 0070-04/07
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 24/10/2008

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0297-12/08

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 no regime de substituição tributária, havendo acordo interestadual entre a Bahia e a unidade da Federação de origem, caberá ao remetente efetuar a retenção e o recolhimento do ICMS devido pelo adquirente relativamente às operações subsequentes com as referidas mercadorias. Excluídos da autuação os valores comprovadamente recolhidos pelos destinatários das mercadorias. Infração parcialmente elidida. Rejeitadas as preliminares de nulidade e a solicitação de diligência. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão da 4ª Junta de Julgamento Fiscal (4ª JF) que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, o qual foi lavrado para cobrar ICMS, no valor R\$143.668,98, em razão de falta de retenção do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizado no Estado da Bahia, cujas mercadorias estão enquadradas no Protocolo ICM 17/85.

O autuado apresentou defesa e, inicialmente, reconheceu a procedência parcial do Auto de Infração, no valor de R\$113.840,97. Quanto à parte não reconhecida, suscitou a nulidade do lançamento por falta de uma descrição clara e precisa dos fatos. No mérito, alegou que foram incluídas na autuação operações com mercadoria não enquadrada no regime de substituição tributária e com mercadorias destinadas a não contribuintes do ICMS e a contribuintes industriais. Também ressaltou que diversas operações tiveram o imposto recolhido pelos destinatários.

Na informação fiscal, os autuantes acataram parcialmente as alegações recursais e elaboraram o demonstrativo de fls. 313 e 314, no qual foram apuradas diferenças devidas no período de janeiro de 2002 a dezembro de 2003.

Notificado acerca do resultado da informação fiscal, o recorrente voltou a se pronunciar nos autos, fls. 318 e 319, requerendo a juntada ao processo dos seguintes documentos: 1 - DAE, no valor de R\$185.659,65 (principal mais multa e acréscimos moratórios), referente à parte reconhecida da autuação; 2 - DAEs e demonstrativo de apuração do ICMS devido por substituição tributária pela empresa Real Moto Peças Ltda.; 3 – DAEs e demonstrativos de apuração do ICMS devido por substituição tributária pela empresa Geppel Comércio e Representações Peças Ltda.

Na Decisão recorrida, a preliminar de nulidade foi afastada, a solicitação de diligência foi indeferida e as alegações de inconstitucionalidade foram superadas.

No mérito, o Auto de Infração foi julgado procedente em parte, no valor de R\$134.735,49. Foram acolhidas as alegações defensivas pertinentes às operações com mercadorias não enquadradas no regime de substituição tributária e as operações destinadas a não contribuinte e a contribuinte

industrial. Não foi acatada a alegação pertinente às mercadorias que, segundo o autuado, tiveram o imposto recolhido pelos destinatários, pois considerou a primeira instância que cabia ao recorrente efetuar a retenção do imposto nessas operações.

Inconformado com a Decisão proferida pela 4ª JJF, o contribuinte apresenta Recurso Voluntário, alegando que o Acórdão recorrido merece ser reformado, conforme relatado a seguir.

Preliminarmente, suscita a nulidade do Auto de Infração, alegando que são nulos os atos e as decisões praticadas com preterição do direito de defesa, nos termos do disposto no art. 18, inc. II, do RPAF/99 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal aprovado pelo Decreto nº 7.629/99). Diz que as irregularidades fiscais não estão descritos de forma clara no lançamento. Sustenta que o Auto de Infração padece de definição nítida e precisa da descrição da matéria tributável, bem como do fato gerador, carecendo, pois, de requisitos essenciais de validade. Diz que a ausência de motivação atenta contra os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Também suscita a nulidade da Decisão recorrida, alegando que as guias de recolhimentos e as planilhas apresentadas, comprobatórias dos pagamentos efetuados pelos destinatários, não foram apreciadas pela primeira instância. Menciona que requereu a dilação probatória e, no entanto, o pedido foi sumariamente indeferido. Ressalta que o direito a realização de diligência é garantia fundamental dos contribuintes. Diz que esses fatos cercearam o seu direito de defesa e, portanto, nulificam a Decisão proferida.

No mérito, alega que os valores impugnados não são devidos, pois já foram pagos pelos adquirentes das mercadorias. Explica que, quando o contribuinte substituto tributário deixa de antecipar o valor devido, mas esse valor é recolhido pelo contribuinte substituído, nada pode ser exigido do substituto, que no caso é o recorrente. Frisa que não houve prejuízo para o fisco. Diz que a exigência do imposto já pago pelo destinatário caracteriza um *bis in idem*. Sustenta que, no máximo, poderia ser aplicada multa por descumprimento de obrigação acessória.

Alega que a multa indicada na autuação tem o caráter de confisco. Frisa que não praticou nenhuma infração e, assim, não há como lhe ser aplicada multa.

Ao finalizar, o recorrente solicita que o Auto de Infração seja julgado nulo ou improcedente. Requer que, caso assim não entenda este colegiado, o processo seja convertido em diligência, para que seja verificada a veracidade das alegações recursais.

Ao exarar o Parecer de fls. 409 e 410, a ilustre representante da PGE/PROFIS externa o entendimento de que as preliminares devem ser afastadas, pois as questões já foram enfrentadas na Decisão recorrida e, além disso, a multa indicada no Auto de Infração está correta.

No mérito, a ilustre procuradora explica que, nos termos do disposto no Convênio ICMS 81/93 e no Protocolo 17/85, cabia ao recorrente efetuar a retenção do imposto nas operações com as mercadorias arroladas na autuação. Diz que, caso as empresas destinatárias tenham recolhido o imposto, caberá a elas solicitar a repetição do indevidamente pago. Ao final, opina pelo Não Provedimento do Recurso Voluntário.

Após apreciação em pauta suplementar, decidiu a 2ª CJF converter o processo em diligência à ASTEC do CONSEF, para que fosse verificado se nas operações realizadas pelo recorrente com destino às empresas Real Moto Peças Ltda. e Gefpel Com. Representações Ltda. o imposto devido por substituição tributária foi efetivamente recolhido pelos destinatários.

A diligência foi atendida conforme o Parecer ASTEC nº 140/2007 (fls. 415 a 418). Nesse Parecer, foi informado que após a exclusão dos valores recolhidos pelos destinatários, o débito remanescente passou para R\$139.153,44.

Notificado acerca do resultado da diligência, o autuante não se pronunciou.

O recorrente, ao se pronunciar acerca da diligência, afirmou que esta não foi cumprida de forma satisfatória, pois o diligenciador se limitou a analisar os documentos acostados ao processo, deixando de efetuar uma verificação junto aos estabelecimentos destinatários. Salientou que não foram excluídos da autuação os valores pagos pelo recorrente quando interpôs a defesa inicial.

Mencionou que o valor devido não foi apurado a partir do valor remanescente após a Decisão de Primeira Instância.

A ilustre representante da PGE/PROFIS emitiu o Parecer de fl. 441, opinando pelo Provimento Parcial do Recurso Voluntário, conforme apurado na diligência da ASTEC. Em despacho à fl. 442, o referido Parecer foi ratificado pelo procurador assistente da PGE/PROFIS.

O processo foi encaminhado à ASTEC do CONSEF, para que a diligência de fl. 413 fosse cumprida conforme solicitada, uma vez que a apuração do valor devido estava equivocada.

A diligência foi atendida, conforme o Parecer ASTEC Nº 025/2008 (fls. 447 e 448), tendo sido informado que o demonstrativo de débito consignado no Parecer ASTEC nº 140/2007 estava equivocado, pois foi elaborado a partir do demonstrativo de débito original. Salientou que, após a correção desse equívoco, o valor devido passou para R\$ 130.219,95, conforme demonstrativo de débito às fls. 447 e 448.

Notificado acerca do resultado da diligência, o autuante manteve-se silente.

Ao se pronunciar nos autos, o recorrente alegou que o Parecer ASTEC nº 025/2008 não está devidamente fundamentado e que não foi explicado qual o método empregado na apuração dos valores encontrados. Disse que esses fatos acarretavam a nulidade do referido Parecer. Reiterou que a diligência não foi cumprida a contento, pois só foram analisados os documentos acostados ao processo, deixando de efetuar a verificação junto aos estabelecimentos destinatários das mercadorias. Solicitou a realização de nova diligência.

Em Parecer às fls. 459 e 460, a ilustre representante da PGE/PROFIS opina pelo acolhimento da diligência efetuada pela ASTEC, pois considera que o erro que existia já foi saneado, não havendo qualquer prejuízo para o recorrente. Opina pelo provimento parcial do Recurso Voluntário, para que o Auto de Infração seja julgado procedente em parte no valor de R\$130.219,95, conforme apurado na diligência efetuada pela ASTEC.

Em despacho à fl. 462, o doutor José Augusto Martins Junior, procurador assistente da PGE/PROFIS, ratificou o Parecer de fls. 459 e 460.

VOTO

O recorrente suscita a nulidade do Auto de Infração, alegando cerceamento de defesa, pois considera que há falta de clareza na descrição da infração, da matéria tributável e do fato gerador, carecendo o lançamento de motivação e dos requisitos essenciais para a sua validade.

Afasto essa preliminar de nulidade, uma vez que, ao contrário do afirmado pelo recorrente, a acusação que lhe foi feita é clara, e os dispositivos legais dados como infringidos estão corretamente indicados. Além disso, o Auto de Infração está acompanhado de demonstrativos, dos quais o recorrente recebeu cópia, que mostram a apuração dos valores cobrados e os elementos integrantes do imposto lançado, tais como: alíquota, base de cálculo, datas e documentos considerados na auditoria fiscal. Por sua vez, a motivação do lançamento está contida na lei, cujos dispositivos pertinentes foram citados no Auto de Infração.

Ainda em preliminar, o recorrente argüiu a nulidade da Decisão recorrida por cerceamento de defesa. Diz que as guias de recolhimentos e as planilhas apresentadas não foram apreciadas pela primeira instância. Menciona que o indeferimento da diligência cerceou o seu direito de defesa.

Ultrapasso essa preliminar de nulidade da Decisão recorrida, pois não houve o alegado cerceamento de defesa. O indeferimento da diligência foi efetuado com respaldo no artigo 147, incisos I, alínea “a”, e II, alínea “b”, do RPAF/99, estando essa Decisão da primeira instância devidamente fundamentada. As planilhas e guias de recolhimentos apresentadas na defesa foram apreciadas no voto proferido pelo relator da primeira instância. Às fls. 380 e 381 dos autos, o relator se posicionou contra a exclusão da autuação dos valores pagos pelos adquirentes das mercadorias, chegando a sugerir que os adquirentes solicitassem restituição dos valores pagos.

No mérito, o recorrente alega, em apertada síntese, que o imposto que remanesce após a Decisão de primeira instância foi recolhido pelas empresas destinatárias das mercadorias. Solicita a realização de diligência e alega que a multa aplicada tem o caráter de confisco.

Visando buscar a verdade material dos fatos, o processo foi convertido em diligência para que auditor fiscal lotado na ASTEC do CONSEF excluísse da autuação os valores que, apesar de devidos pelo recorrente, tenham sido pagos pelos destinatários das mercadorias.

A diligência foi realizada, tendo o diligenciador informado que, mediante a análise dos documentos apresentados pelo recorrente (fls. 323 a 374), foram excluídos os valores comprovadamente pagos pelos adquirentes das mercadorias, remanescendo o montante a recolher de R\$130.219,95 (fls. 447/448).

Conforme foi bem explicado na Decisão recorrida, nas remessas interestaduais de lâmpadas, por força do Protocolo ICM 17/85, cabe ao remetente – no caso o recorrente – a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto, na condição de substituto tributário. Todavia, com fulcro no princípio da vedação do enriquecimento sem causa, considero que devem ser excluídos da autuação os valores que comprovadamente foram recolhidos pelos adquirentes das mercadorias. Dessa forma, acolho o resultado da última diligência realizada e, em conformidade com o opinativo da PGE/PROFIS, modifico a Decisão recorrida, para excluir da autuação os valores pagos pelos adquirentes das mercadorias.

Indefiro o pedido para a realização de nova diligência, pois cabia ao recorrente apresentar as provas dos pagamentos realizados pelos adquirentes das mercadorias, já que não compete ao fisco trazer ao processo provas que deveriam ter sido apresentadas pelo contribuinte. Também saliento que a diligência realizada pela ASTEC do CONSEF não cerceou o direito de defesa do recorrente, pois o demonstrativo de fls. 417/418 e 418-A evidencia os valores excluídos e o critério empregado na apuração dos valores remanescentes.

A multa aplicada na autuação está em conformidade com a irregularidade apurada e com o previsto na Lei nº 7.014/96, não havendo o alegado caráter de confisco.

Voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, para modificar a Decisão recorrida e julgar o Auto de Infração PROCEDENTE EM PARTE no valor de R\$130.219,95, conforme demonstrativo de débito abaixo elaborado, devendo ser homologado os valores já recolhidos:

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO									
Seq.	Infr.	D. Ocorrência	D. Vencimento	Aliq (%)	B. Cálculo	Vi. Histórico	Multa	Julgado-JJF	Julgado-CJF
1	1	31/01/2002	09/02/2002	17	676,59	141,57	60	141,57	115,02
2	1	28/02/2002	09/03/2002	17	4.660,94	995,32	60	995,32	792,36
4	1	31/05/2002	09/06/2002	17	2.403,47	446,05	60	408,59	408,59
5	1	30/06/2002	09/07/2002	17	828,71	140,88	60	140,88	140,88
6	1	31/08/2002	09/09/2002	17	1.363,29	231,76	60	231,76	231,76
7	1	30/09/2002	09/10/2002	17	1.166,65	301,48	60	251,05	198,33
8	1	30/11/2002	09/12/2002	17	152,24	25,88	60	25,88	25,88
9	1	31/12/2002	09/01/2003	17	909,29	154,58	60	154,58	154,58
13	1	31/05/2003	09/06/2003	17	1.334,12	1.630,23	60	226,80	226,80
14	1	30/06/2003	09/07/2003	17	335,35	57,01	60	57,01	57,01
15	1	31/07/2003	09/08/2003	17	14.529,24	2.947,49	60	2.947,49	2.469,97
16	1	31/08/2003	09/09/2003	17	9.712,82	1.796,27	60	1.796,27	1.651,18
17	1	30/09/2003	09/10/2003	17	7.574,88	1.287,73	60	1.287,73	1.287,73
18	1	31/10/2003	09/11/2003	17	8.632,12	1.886,66	60	1.886,66	1.467,46
19	1	30/11/2003	09/12/2003	17	3.993,18	989,52	60	678,84	678,84
20	1	31/12/2003	09/01/2004	17	2.488,65	423,07	60	423,07	423,07
21	1	31/01/2004	09/02/2004	17	60.068,76	10.211,69	60	10.211,69	10.211,69
22	1	28/02/2004	09/03/2004	17	28.195,29	4.793,20	60	4.793,20	4.793,20
23	1	31/03/2004	09/04/2004	17	17.593,35	2.990,87	60	2.990,87	2.990,87
24	1	30/04/2004	09/05/2004	17	100.804,47	17.176,57	60	17.136,76	17.136,76
25	1	31/05/2004	09/06/2004	17	40.772,76	6.931,37	60	6.931,37	6.931,37
26	1	30/06/2004	09/07/2004	17	18.020,71	3.063,52	60	3.063,52	3.063,52
27	1	31/07/2004	09/08/2004	17	74.345,18	12.638,68	60	12.638,68	12.638,68
28	1	31/08/2004	09/09/2004	17	100.741,12	19.880,89	60	19.880,89	17.125,99
29	1	30/09/2004	09/10/2004	17	32.257,35	5.483,75	60	5.483,75	5.483,75
30	1	31/10/2004	09/11/2004	17	56.864,65	9.666,99	60	9.666,99	9.666,99
31	1	30/11/2004	09/12/2004	17	58.864,47	10.006,96	60	10.006,96	10.006,96
32	1	31/12/2004	09/01/2005	17	89.316,24	15.183,76	60	15.183,76	15.183,76
33	1	31/01/2005	09/02/2005	17	744,47	169,32	60	169,32	126,56
34	1	28/02/2005	09/03/2005	17	11.986,06	2.489,21	60	2.415,12	2.037,63

35	1	31/03/2005	09/04/2005	17	4.690,76	797,43	60	797,43	797,43
36	1	31/05/2005	09/06/2005	17	3.072,35	538,65	60	538,65	522,30
37	1	30/06/2005	09/07/2005	17	6.269,00	1.065,73	60	1.065,73	1.065,73
38	1	31/12/2005	09/01/2006	17	631,18	107,30	60	107,30	107,30
TOTAL					765.999,71	143.668,98		134.735,49	130.219,95

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e 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 recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$130.219,95**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores já efetivamente pagos.

Sala das Sessões do CONSEF, 01 de outubro de 2008.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – RELATOR

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE – REPR. DA PGE/PROFIS