

PROCESSO	- A.I. Nº 02914527/97
RECORRENTE	- ROMAGNOLE PRODUTOS ELÉTRICOS LTDA.
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 2ª CJF nº 1997/00 e 2219/12-01
ORIGEM	- INFAZ SANTO AMARO
INTERNET	- 28.05.02

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0162-12/02

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** ENERGIA ELÉTRICA. **b)** SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. **c)** MATERIAL DE USO E CONSUMO. **d)** NOTA FISCAL LANÇADA EM DUPLICIDADE. **e)** NOTA FISCAL DE SIMPLES REMESSA. **f)** SUCATA. As infrações estão caracterizadas exceto os itens “d”, “e” e “f”, que ficou demonstrado erro na autuação. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO NAS AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. BENS DE USO E CONSUMO. Infrações que restaram demonstradas nos autos. 3. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. SERVIÇO DE TRANSPORTE. A alíquota interna é a que deve ser aplicada nas saídas de mercadorias para canteiro de obras no Estado da Bahia, ainda que a adquirente seja empresa situada em outro Estado. Mantida a Decisão Recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto tempestivamente, pelo sujeito passivo, ao tomar ciência do julgamento de 1ª Instância que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração através do Acórdão nº 1497/00.

O Auto de Infração aponta as seguintes infrações:

- 1) Entradas de mercadorias desacompanhadas de notas fiscais, fato constatado em razão das saídas de mercadorias em quantidades superiores à soma do inventário inicial, acrescido das entradas das mercadorias.
- 2) Saídas de mercadorias sem nota fiscal em face da inexistência de mercadorias em estoque no final de cada mês em quantidade inferior à existente no estoque final do mês anterior acrescida das entradas de mercadorias no mês e deduzidas as saídas com notas fiscais.
- 3) Crédito fiscal utilizado indevidamente relativo a energia elétrica no período de janeiro a outubro de 1995.
- 4) Crédito indevido relativo a serviço de comunicação no período de janeiro a outubro de 1995.

- 5) Crédito indevido referente às entradas de mercadorias para uso e consumo, e de diferença de pagamento de conhecimento de transporte referente a notas fiscais não relacionadas, no período de janeiro a agosto de 1995.
- 6) Falta de recolhimento relativo a complementação de alíquota em operações interestaduais de mercadorias para uso e consumo, nos meses de janeiro, março, junho e julho de 1995.
- 7) Notas fiscais de entradas sem destaque do ICMS ou de recolhimento na qualidade de contribuinte substituto cujo material foi adquirido para uso e consumo (para lubrificação de formas de postes e cruzetas).
- 8) Falta de recolhimento do ICMS relativo a contratação de serviço de transporte intermunicipal autônomo, nos meses de fevereiro a setembro de 1995.
- 9) Falta de recolhimento do imposto relativo a frete, destacado na nota fiscal e não escriturado no livro de Registro de Saídas, nos meses de janeiro e novembro de 1995.
- 10) Operação interna contratada por empresa de outro Estado, tributada como operação interestadual, nos meses de maio e julho de 1995.
- 11) Crédito indevido decorrente do lançamento em duplicidade da Nota Fiscal nº 052, lançada em mês anterior.
- 12) Crédito indevido de remessa de faturamento antecipado como simples remessa.
- 13) Crédito indevido de imposto destacado em remessa interestadual de sucata, com a suposição de que este imposto gozaria do diferimento previsto nas operações internas, relativo aos meses de fevereiro, junho e julho de 1995.

O autuado diante do julgamento do qual não se conforma, interpôs o Recurso Voluntário, no prazo decendial, porém no julgamento de 2ª Instância o referido Recurso não foi apreciado concomitante com o de Ofício, conforme se vê às fls. 641 a 644 dos autos, e ao tomar ciência do Acórdão nº 1997/00, concernente ao Recurso de Ofício, apresentou em tempo hábil o Recurso onde, por meio de Embargos de Declaração requeria o esclarecimento quanto a não apreciação do seu Recurso Voluntário.

Também alegou que havia usufruído do benefício fiscal da Lei nº 7.504/99, onde teria feito pagamento de parte do débito.

Os aludidos Embargos foram apreciados pelo mesmo Relator do Recurso de Ofício que acompanhando o opinativo da PROFAZ, Não Conheceu os mesmos, sob o fundamento de que carecia de interesse processual ao embargante, interpor Recurso contra a decisão proferida no Recurso de Ofício, que só apreciou a parte sucumbente ao Estado, sendo o mesmo Não Provido.

Ressaltou o Ilustre Relator naquela oportunidade, quanto a necessidade de se restabelecer a ordem do processo, afim de ser apreciado o Recurso Voluntário, que foi interposto tempestivamente.

As razões apresentadas no Recurso Voluntário em síntese foram as seguintes:

- 1) que não obstante o valor do Auto de Infração – R\$43.125,57 – ter sido julgado Procedente em Parte no valor de R\$30.418,06, considera que o Relator relativo a alguns itens não levou em conta os argumentos do sujeito passivo, na peça de impugnação descumprindo o que determina o art. 127, § 6º, do RPAF.
- 2) Diz que requereu o benefício da Lei nº 7.504/99, quanto a redução dos acréscimos moratórios e da multa para o pagamento do débito relativo a este Auto de Infração, alega ter recolhido em 28/10/99 o valor de R\$22.239,29.
- 3) Alega que no Acórdão da Decisão Recorrida foi condenado a pagar o imposto no valor de R\$25.934,12, com o valor atualizado e acrescido de multa e dos juros moratórios transcrevendo o teor do Acórdão nº 1497/00 da JJF.
- 4) Argüi nulidade da decisão por falta de liquidez e certeza, e por não considerar o recolhimento já efetuado.
- 5) Suscita preterição não só do direito de defesa, mas também do próprio direito – cita o art. 18, inciso II, do RPAF/99.
- 6) Argüi outra preliminar de nulidade quanto a negativa do crédito decorrente de telefone – quando esta comunicação está vinculada a operação de comercialização tributada ou industrialização de mercadorias cuja saída venha resultar em tributação.

No mérito, reitera os argumentos aduzidos da peça defensiva, alega que o direito ao crédito de comunicação está respaldado no art. 94, III, do RICMS vigente, ou que estaria amparado no art. 95, que trata de insumos.

Assegura que “areia lavada, disco, lixa, escova, óleo maldax, massa plástica, etc”, são insumos industriais.

Argüi ainda, quanto a infração constante na Decisão Recorrida como 4.2 – operação interna contratada por empresa de outro Estado, sendo tributada com operação interestadual – alegando que todas as notas fiscais referem-se a empresas de construção civil sediadas em outros Estados, com obras localizadas neste Estado, e que foram observadas as disposições da Instrução Normativa nº 149/91 do DAT, no seu item 12, transcrevendo o mesmo.

Conclui afirmando ser ilegítimo o valor do lançamento tributário e pede que seja Provido o Recurso, acolhendo as preliminares argüidas ou que no mérito seja considerado Improcedente o Auto de Infração.

A PROFAZ, às fls. 668 a 670, exarou o Parecer nº 887/01, onde observando as razões tanto dos Embargos de Declaração, quanto do Recurso Voluntário, em uma única peça processual. Acerca do Recurso Voluntário em questão, observou que houve por parte do autuado o requerimento para pagar parte do débito reclamado, com base na Lei nº 7.504/99, conforme demonstrativo de débito relativo as parcelas reconhecidas, às fls. 572 e 573 dos autos.

Considera que relativo às infrações constantes do requerimento do recorrente para efetuar o pagamento tem o mesmo efeito de confissão, com a renúncia do recurso administrativo interposto relativo aos itens ali consignados, pois assim está previsto no art. 6º da referida Lei (7504/99).

Ao final concluiu quanto as infrações remanescentes que o recorrente não apresentou argumentos que pudessem elidir as mesmas, e opinou para que fosse mantido o julgamento de 1ª Instância, e pelo Não Provimento do Recurso em questão.

Após o julgamento dos Embargos os autos foram remetidos à PROFAZ, que reiterou os termos do Parecer exarado às fls. 668 a 670 dos autos.

VOTO

Inicialmente, incumbe-me apreciar a arguição de nulidade da Decisão Recorrida pelo sujeito passivo, alegando que a mesma contém erro, ao não considerar o valor já recolhido pelo contribuinte, com o benefício da Lei nº 7.504/99, e que, ao seu ver, à Decisão Recorrida falta a liquidez e certeza, o que ensejaria a nulidade na forma do art. 18, III, e 20, do RPAF/99.

Ocorre que tal argumento não tem fundamento, uma vez que tendo o pagamento sido realizado no curso do processo, e estando a infração caracterizada total ou em parte, com o julgamento pela Procedência Parcial, o autuado é intimado através do Acórdão para pagar o valor que remanesceu do Auto de Infração, *in casu*, R\$25.934,12, e existindo a comprovação do pagamento de parte do débito, reconhecido pelo contribuinte, cabe ao Relator, fazer apenas a referência de que os mesmos devem ser homologados.

Assim, observo que o Relator de 1ª Instância não fez referência, até mesmo por impossibilidade, uma vez que até a data do julgamento em 17/05/2000, embora constasse o requerimento do benefício, com data de 26/10/99 (fls. 571 a 573 dos autos), o contribuinte não apresentou a prova do pagamento.

Da mesma forma o Relator de 2ª Instância, ao examinar o Recurso de Ofício em 06/09/2000, não pode também fazer referência à homologação, posto que o documento comprovando o valor da parcela reconhecida só foi acostado aos autos, com a apresentação dos Embargos de Declaração em 31/10/2000, conforme fl. 651 dos autos.

Deste modo, tal fato não pode ensejar a nulidade pretendida pelo recorrente, pois não importou em preterição do seu direito de defesa, e não se trata de nulidade absoluta que importaria em anular a decisão hostilizada, pois restou demonstrado que o documento da prova do pagamento só foi apresentado por ocasião dos Embargos, em que não foram conhecidos por faltar legitimidade *ad causam* ao recorrente.

Ademais, conforme dispõe o § 2º, do art. 18, do RPAF/99, “Não se declarará a nulidade sem prejuízo ou em favor de quem lhe houver dado causa, ou se o ato praticado de forma diversa houver atingido a sua finalidade” (grifo nosso).

Ressalte-se ainda que o SICRED, ao calcular o valor do débito atualizado, deduzirá os valores pagos relativos ao Auto de Infração, automaticamente, e assim somente será exigido do autuado

a parcela que sobejar. Não haverá a exigência do valor que efetivamente foi reconhecido e pago do Auto de Infração em lide.

Quanto a segunda nulidade argüida porque a Decisão Recorrida, negou o crédito do imposto relativo à prestação de serviço de telefone, citando o art. 94, III, do RICMS/89, não logra êxito o seu intento, pois como bem examinado na decisão de 1ª Instância, falta previsão legal no RICMS/89, para a sua utilização, porque analisando o inciso III, do art. 94 supra citado, e o parágrafo único do art. 97, que trata da vedação ao crédito, conclui-se que é preciso ficar demonstrado que o crédito decorrente da comunicação esteja vinculado a prestações seguintes da mesma natureza ou a operações de comercialização, ou industrialização das quais resultem saídas tributadas. Assim, afasto as preliminares, ressaltando que a 2ª, ora analisada, tem o conteúdo de mérito.

Passo ao exame dos aspectos processuais quanto a tempestividade do Recurso, admitindo-o ser o mesmo tempestivo, pois ao tomar ciência em 27/06/2000 (fl. 628), interpôs o presente Recurso em 03/07/2000 conforme fl. 630 dos autos.

Convém ressaltar, que o mesmo deveria ter sido apreciado conjuntamente com o Recurso de Ofício, o que levou o autuado a lançar mão dos Embargos de Declaração, de forma equivocada, onde protestou pelo julgamento do Recurso que fôra apresentado em tempo hábil, tendo para o referido Recurso, sido restabelecido o seu rito processual.

Quanto às razões recursais no que pertine ao mérito, o recorrente insurge-se contra a decisão, mas apenas ratifica os argumentos aduzidos na peça de defesa, sem trazer qualquer elemento que não tenha sido objeto do exame no julgamento de 1ª Instância. Alega que os itens impugnados não foram apreciados pelos julgadores da decisão proferida na 2ª JF, de forma devida. Assevera que o crédito relativo a comunicação telefônica, ao teor do art. 94, III, do RICMS, abate-se do valor do imposto a recolher e que a vedação do Parágrafo único do art. 97, ocorre quando a prestação de serviço de comunicação não esteja vinculada as hipóteses ali descritas.

Afirma que são produtos intermediários, as brocas, discos de corte e desbaste, lâminas de serra, na forma prevista no art. 94, II, “a”, e se assim não forem considerados, poderiam ser admitidos como insumos, citando o art. 95 do mesmo RICMS.

Mais uma vez, o recorrente não apresenta razões que afastem a glosa dos aludidos créditos, posto que os itens da infração 3.3, referem-se a materiais de uso e consumo, dado que a natureza de alguns deles como: brocas, discos, alicate, lixa, serra, dentre outros são ferramentais e não se consomem no processo produtivo, além do que nenhum laudo técnico foi apresentado demonstrando que os materiais constantes das notas fiscais acostadas à fl. 350 e seguintes e que fazem parte do Anexo 01, às fls. 12 e 13 dos autos.

Relativamente ao item 4.2, quanto a saída de mercadorias para empresas de construção civil, não obstante estejam situadas em outros Estados, as mesmas foram entregues nas obras realizadas pelas referidas empresas no Estado da Bahia, e a alíquota aplicável é a interna. E diante da aplicação da alíquota interestadual pelo recorrente, foi devidamente correto o procedimento fiscal ao exigir a diferença do valor do imposto efetivamente devido. Não pode prosperar o argumento de que ao se tratar de operações interestaduais e que as empresas de construção civil tem um tratamento diferenciado previsto no item 12 da Instrução Normativa nº 149 do DAT. A operação

foi realizada internamente, a circulação ocorreu no território baiano, logo, não pode prevalecer a pretensão de que se deva aplicar a alíquota em razão do adquirente, que é uma empresa situada em outro Estado.

Deste modo, considero que o recorrente não apresenta nenhuma prova concreta capaz de promover reforma na Decisão Recorrida, razão porque em consonância com a PROFAZ no Parecer opinativo, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso.

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 EM PARTE** o Auto de Infração nº **02914527/97**, lavrado contra **ROMAGNOLE PRODUTOS ELÉTRICOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$25.934,12**, atualizado monetariamente, acrescido das multas de 60% sobre R\$5.275,14 e 70% sobre R\$20.658,98, previstas nos arts. 61, III, “a” e “b”, VIII, “a”, e IV, “a”, da Lei nº 4.825/89, e dos acréscimos moratórios correspondentes, homologando-se o valor já recolhido (DAE à fl. 664 dos autos).

Sala das Sessões do CONSEF, 08 de Maio de 2002.

HELCONIO DE SOUZA ALMEIDA - PRESIDENTE

IVONE DE OLIVEIRA MARTINS - RELATORA

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA - REPR. DA PROFAZ