

PROCESSO - A. I. Nº 146552.0006/04-1
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - MUCAMBO S/A
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 2ª JJF nº 0309-02/05
ORIGEM - INFAZ ILHÉUS
INTERNET - 30/11/2005

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0403-12/05

EMENTA: ICMS. 1. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. CRÉDITO FISCAL. **a)** ÁGUA E ENERGIA ELÉTRICA UTILIZADA NO PROCESSO PRODUTIVO. **b)** MERCADORIAS BENEFICIADAS COM SAÍDAS SUBSEQUENTES ISENTAS. **c)** PEÇAS DE REPOSIÇÃO PARA O ATIVO IMOBILIZADO. UTILIZAÇÃO INDEVIDA, EM FUNÇÃO DA OPÇÃO DO CRÉDITO PRESUMIDO ESTATUÍDO NO DECRETO Nº 7.721/99. Comprovado que a matéria de que cuidam estes itens se encontrava sob consulta em órgão especializado da SEFAZ. Impossibilidade de instauração de procedimento fiscal em relação a matéria consultada até o vigésimo dia da ciência da resposta da consulta. Itens nulos. **2.** NULIDADE. FALTA DE SEGURANÇA NA IMPUTAÇÃO. LEVANTAMENTO FISCAL BASEADO NA CONTA “MERCADORIAS” DAS OPERAÇÕES COM REMESSA PARA INDUSTRIALIZAÇÃO. Em se tratando de operações de “Remessas para Industrialização” os preços unitários das mercadorias contabilizadas, embora correspondam com as quantidades movimentadas, carecem de segurança para se afirmar que o resultado apurado encontra amparo no art. 2º, § 3º do RICMS/97. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 20/09/2004, para exigência de ICMS no valor de R\$319.145,77, sob acusação do cometimento das seguintes infrações:

1. Crédito fiscal indevido no total de R\$202.223,95, registrado no RAICMS com base no Decreto nº 7.721/99, referente a água e energia utilizadas no processo produtivo do estabelecimento, a vista da opção do benefício fiscal de 70% de crédito presumido do valor de ICMS devido nas saídas de produtos de fabricação própria, relativo ao período de janeiro de 2000 a dezembro de 2001, conforme documentos às fls. 16 a 24, 29 a 40.
2. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS no total de R\$39.193,19, referente a aquisição de mercadorias com saídas subsequentes beneficiadas com isenção do imposto, nos meses de março a junho, setembro a dezembro de 2000, abril, junho e dezembro de 2001, janeiro a maio e setembro de 2002, e outubro de 2003, conforme demonstrativos e documentos às fls. 25 a 26, 42 a 43, 71 a 72.
3. Falta de recolhimento do ICMS no total de R\$74.663,81, relativo a omissão de saídas de mercadorias e/ou serviços decorrente do não lançamento do documento fiscal nos livros fiscais próprios, nos exercícios de 2000, 2001, 2002 e 2003, conforme documentos às fls. 27, 70, 89 e 105.

4. Recolhimento a menos do ICMS, no valor de R\$897,44, devido pelas importações de mercadorias do exterior, em razão de erro na determinação da base de cálculo, quer pela falta de inclusão das despesas aduaneiras incorridas até o desembaraço, quer pela utilização incorreta da taxa cambial, nos meses de março, maio, junho, setembro de 2001, abril, julho de 2002, fevereiro e agosto de 2003, conforme documentos às fls. 44 a 69, 77 a 86, 92 a 104.
5. Crédito fiscal utilizado indevidamente no mês de setembro de 2001, no valor de R\$1.358,49, referente a importação de material de reposição de bens do ativo imobilizado, conforme N.F. nº 01795, registrada à fl. 120 do REM 27, em função da opção do crédito presumido estatuído no Decreto nº 7.721/99, conforme documento à fl. 41.
6. Estorno de crédito fiscal do ICMS a mais no valor de R\$808,89, registrado no RAICMS no mês de agosto de 2002 referente a transferência de mercadoria de terceiros para fábrica I, e do crédito presumido registrado a mais no mês de setembro de 2003, conforme documentos às fls. 76 a 91.

A Junta de Julgamento Fiscal ressaltou em seu voto que das infrações contempladas no Auto de Infração constantes no quadro abaixo, o autuado não impugnou os itens 4 e 6, nos valores de R\$897,44 e R\$808,89, respectivamente.

Quanto às infrações 1, 2 e 5, foi constatado se tratar de créditos indevidos registrados no RAICMS com base no Decreto nº 7.721/99, sendo alegado na defesa que houve equívoco do autuante em glosar os valores lançados, pois são decorrentes da aquisição de bens destinados ao ativo imobilizado, não existindo vedação no citado diploma legal. Na Decisão recorrida foi consignado que o autuado apesar de adentrado no mérito dessas imputações, restringiu-se a considerações do julgador de 1ª Instância à preliminar de nulidade argüida, tendo em vista que o autuado teria comprovado que havia formulado consulta a DITRI – Diretoria de Tributação da SEFAZ/BA, em 14/02/02, resultando no Parecer nº 4.124/2004, posteriormente reformado através do Parecer nº 5.973/04, cuja resposta só teve ciência em 23/09/04.

Desta forma, por considerar que a matéria discutida nestes itens se encontrava sob consulta, a Junta verificou a necessidade de baixar o processo em diligência ao órgão especializado da SEFAZ, no sentido de, com base em quesitos formulados pelo autuado, fosse confirmada, estando a matéria sob consulta, se foi devida a autuação, e quando foi que o contribuinte tomou ciência da conclusão final.

A DITRI em sua informação às fls. 283 a 285, confirmou a alegação defensiva de que houve pedido de reconsideração pelo autuado relativo ao entendimento expressado no Parecer GECOT nº 4142/2003 de 22/12/2003, que foi reformado em 02/09/2004 através do Parecer de nº 5.973/2004, e respondeu os quesitos formulados pelo patrono do autuado, na forma que segue:

Quesito: “a) Se nos termos do artigo 62 do RPAF, o pedido de reconsideração deferido parcialmente acolheu e manteve no tempo o efeito de consulta formulada inicialmente em 14/06/2002?”

Resposta: “sim, pois nenhum procedimento fiscal poderia ser instaurado contra o consulente a respeito da matéria consultada, desde a data de entrada da petição até o vigésimo dia após a ciência da Decisão final da consulta (art. 62, III, do RPAF/99).”

Quesito: “b) Se no presente caso, quanto ao inteiro teor do Parecer DITRI/GECOT nº 5973/2004, aplicam-se às disposições do art. 64 e 65 do RPAF?”

Resposta: “A resposta a este quesito fica prejudicada em função da resposta anterior.”

Quesito: “c) Se sobre a matéria objeto do Parecer DITRI/GECOT nº 5973/2004 a então Consulente poderia ter sido autuada, considerando que toda a matéria contida na consulta inicial foi conhecida e reapreciada, embora a conclusão final tenha sido pela ratificação em parte do Parecer DITRI/GECOT nº 4142/2004?”

Resposta: “Não, tendo em vista que a lavratura do Auto de Infração ocorreu quando a empresa estava sob consulta, na qual a Administração esta reapreciando toda a matéria contida na consulta anterior. Cabe ressaltar, ainda, que o Termo de Início de Fiscalização está datado em 07/07/04, enquanto que o cadastramento do processo de consulta foi efetuado por esta SEFAZ em 22/04/2004”.

Quanto à solicitação de informação; “se o autuado foi cientificado do Parecer/GECOT nº 4142/2003, na forma do art. 72 do Decreto nº 7.887/00, vigente a partir de 01/01/2001, juntando o respectivo comprovante de ciência”, dada a impossibilidade de informação pela DITRI, o processo foi encaminhado à INFAZ Ilhéus que trouxe aos autos a comprovação de que realmente o contribuinte foi cientificado no dia 23/09/04, conforme documento à fl. 295.

Fez observar o julgador “a quo” que se encontra assegurado no RPAF/99 o direito do contribuinte de formular consulta sobre interpretação e aplicação da legislação tributária, cujos efeitos da consulta estão previstos no artigo 62, II, do RPAF/99, *in verbis*:

“Art. 62. A consulta eficaz produz os seguintes efeitos, exclusivamente em relação à matéria consultada:

I - ..

II - ..

III – nenhum procedimento fiscal será instaurado contra o consulente a respeito de matéria consultada, desde a data da entrada da petição até o vigésimo dia após a ciência da Decisão final da consulta.”

Nestas circunstâncias, por considerar que a ação fiscal foi iniciada no dia 07/07/2004 e o Auto de Infração lavrado em 20/09/2004, e que o contribuinte somente foi cientificado no dia 23/09/2004, não poderia o mesmo ser autuado em relação às questões que se encontravam sob consulta, como é o caso de que cuidam as infrações 1, 2 e 5 deste processo. Decidiu pela nulidade das citadas infrações com fundamento no artigo 18, inciso III, “a”, do RPAF/99. Ressalvou, todavia, que a repartição fazendária poderia examinar a possibilidade de se renovar o procedimento fiscal em relação às infrações 1, 2, e 5.

Com relação à infração 3, o fulcro da autuação é de que o estabelecimento autuado omitiu saídas de mercadorias tributadas caracterizadas pela falta de registro das remessas para industrialização por encomenda e retornos, cuja base de cálculo foi apurada através do levantamento fiscal constante às fls. 27 (2000), 70 (2001), 89 (2002) e 105 (2003).

Ao analisar os demonstrativos da autuação, intitulados de “*Demonstrativo das Operações Industriais por Encomenda*”, foi constatado pelo relator da Junta de Julgamento Fiscal que a exigência fiscal dos exercícios de 2000 e 2001 foi calculada tomando por base a omissão de entradas, enquanto nos exercícios de 2002 e 2003 com base na omissão de saídas apurada através de levantamento fiscal, relativamente às operações industriais por encomenda, no qual, apurada a diferença entre o estoque final e estoque final escriturado, entendendo o autuante que emergiu a presunção “*juris tantum*” prevista no artigo 2º, § 3º, do RICMS/97 de que houve saídas de mercadorias ocultadas.

Entendeu o Sr. julgador de 1ª Instância que o levantamento fiscal pode ser considerado como um roteiro de fiscalização que visa apurar, em determinado período, o montante real tributável, tomando por base os dados das operações de entradas e de saídas, os estoques inicial e final concernentes às atividades do estabelecimento. Esse levantamento fiscal tem por base as quantidades das mercadorias, considera-se o estoque inicial (EI), as entradas registradas (ER), as saídas registradas (SR), e o estoque final (EF), devendo existir a igualdade entre a equação $EI + ER - SR = EF$. No levantamento levado a efeito neste processo, a auditoria fiscal concerne a conta “Mercadorias” relacionada com as operações com mercadorias remetidas para beneficiamento (industrialização) em outro estabelecimento, tomou por base não as quantidades, mas os valores das operações. Analisando a legislação, considerou que as operações com remessa para

industrialização estão disciplinadas no art. 615 c/c o art. 341 e 56, II, “b”, do RICMS/97, onde os preços das mercadorias inventariadas são escrituradas pelo preço do custo, as remessas para industrialização pelo preço FOB do estabelecimento industrial, e os retornos pelo preço das mercadorias mais o valor acrescido do serviço prestado, se adotado o levantamento fiscal jamais existirá a igualdade na equação da conta “mercadorias”. Portanto, deduziu que a conclusão fiscal não se justifica, na medida em que, se tratando de operações consideradas por encomenda “Remessa para industrialização”, os preços unitários das mercadorias contabilizados nas entradas, nas saídas e nos estoques, embora correspondam com as quantidades movimentadas, não há segurança para se afirmar que o resultado apurado encontra amparo no artigo 2º, § 3º, do RICMS/97.

Decidiu, assim, pela nulidade do item 3, recomendado à autoridade fazendária da jurisdição do contribuinte programar nova ação fiscal com base em novo levantamento fiscal baseado nas quantidades das operações com remessa e retorno de mercadorias para industrialização.

Ao final, decidiu pela Procedência em Parte do Auto de Infração no valor de R\$1.706,33, conforme demonstrativo apresentado no texto do Acórdão recorrido.

VOTO

Relativamente às infrações 1, 2 e 5, concernentes à utilização indevida de créditos fiscais, está correta a Decisão da Junta de Julgamento Fiscal, pois o contribuinte encontrava-se sob o amparo do instituto da consulta, razão pela qual, no lapso de tempo em que a consulta produz seus efeitos, não poderia o consulente ser autuado, salvo se o crédito tributário estivesse na iminência de decair. Verifiquei após leitura dos autos que o recorrente comprovou que havia formulado consulta à DITRI – Diretoria de Tributação da SEFAZ/BA, em 14/02/02, resultando no Parecer nº 4.124/2004, posteriormente reformado através do Parecer nº 5.973/04, cuja resposta só teve ciência em 23/09/04.

A ação fiscal foi iniciada no dia 07/07/2004 e o Auto de Infração lavrado em 20/09/2004, e o contribuinte somente foi cientificado no dia 23/09/2004, razão pela qual não poderia o mesmo ser autuado em relação às questões que se encontravam sob consulta, como é o caso de que cuidam as infrações 1, 2 e 5 deste processo. Dessa forma, o lançamento é nulo com fundamento no artigo 18, inciso III, “a”, do RPAF/99. Ressalvo, todavia, que a repartição fazendária poderá examinar a possibilidade de se renovar o procedimento fiscal em relação à citadas infrações.

Quanto à terceira infração, onde foi imputada ao contribuinte a omissão saídas de mercadorias tributadas caracterizadas pela falta de registro das remessas para industrialização por encomenda e retornos, cuja base de cálculo foi apurada através do levantamento fiscal constante às fls. 27 (2000), 70 (2001), 89 (2002) e 105 (2003), também deve ser mantida a Decisão.

Conforme foi corretamente observado pelo julgador de 1ª Instância, o levantamento fiscal de estoques tem por base as quantidades das mercadorias, considerando o estoque inicial (EI), as entradas registradas (ER), as saídas registradas (SR), e o estoque final (EF), devendo existir a igualdade entre a equação $EI + ER - SR = EF$. No levantamento levado a efeito neste processo, a auditoria fiscal concerne à “Conta Mercadorias”, expressa em moeda corrente, relacionada com as operações com mercadorias remetidas para beneficiamento (industrialização) em outro estabelecimento, tomou por base não as quantidades, mas os valores das operações. Analisando a legislação, as operações com remessa para industrialização estão disciplinadas no art. 615 c/c o art. 341 e 56, II, “b”, do RICMS/97, onde os preços das mercadorias inventariadas são escrituradas pelo preço do custo, as remessas para industrialização pelo preço FOB do estabelecimento industrial, e os retornos pelo preço das mercadorias mais o valor acrescido do serviço prestado, se adotado o levantamento fiscal jamais existirá a igualdade na equação da conta “mercadorias”. Portanto, a conclusão fiscal de apurações de omissões não se justifica, na medida em que, se tratando de operações consideradas por encomenda “Remessa para industrialização”, os preços

unitários das mercadorias contabilizados nas entradas, nas saídas e nos estoques, embora correspondam com as quantidades movimentadas, não há segurança para se afirmar que o resultado apurado encontra amparo no artigo 2º, § 3º, do RICMS/97. Assim, em relação a este item acompanhado o entendimento esposado pelo relator da Junta de Julgamento, pois o lançamento padece do vício de nulidade por não conter elementos suficientes para se determinar com segurança a ocorrência da infração imputada ao contribuinte.

Voto, portanto, pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 146552.0006/04-1, lavrado contra **MUCAMBO S/A**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.706,33**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a”, e VII, “a” da Lei n.º 7.014/96, e dos acréscimos legais. Recomendando-se que seja verificada pela repartição fazendária a possibilidade da renovação do procedimento fiscal em relação aos itens julgados nulos.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de novembro de 2005.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE/RELATOR

ADRIANA LOPES VIANNA DIAS DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS