

A. I. Nº - 039300.0514/05-4
AUTUADO - TODAVIA CONSTRUÇÕES E LOCAÇÕES DE EQUIPAMENTOS LTDA.
AUTUANTE - HERMANO JOSÉ TAVARES
ORIGEM - IFMT-DAT/SUL
INTERNET - 02.03.2006

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0049-01/06

EMENTA. ICMS. NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA E FALTA DE CERTEZA E LIQUIDEZ DO LANÇAMENTO. Divergência na descrição dos fatos narrados no Termo de Apreensão e no Auto de Infração. No primeiro, acusa o autuado de falta de complementação de alíquota e no segundo, de mercadoria destinada a comercialização em exposição ou feira, por contribuinte não amparado por regime especial. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 06/05/2005 exige imposto no valor de R\$43.560,01, pela falta de recolhimento do ICMS na primeira repartição fazendária do percurso, sobre mercadorias destinadas a comercialização em exposição ou feiras, procedentes de outra unidade da Federação, não amparado por regime especial. Mercadoria constante da nota fiscal nº 000254, referente a uma escavadeira hidráulica, modelo 320C. Termo de Apreensão nº 039300.0514/05-4.

O autuado, às fls. 34/44, através de seu procurador legalmente constituído, apresentou defesa alegando que a comercialização em exposição e feiras caracteriza-se pela indefinição do adquirente da mercadoria e por esta razão far-se-ia constar no campo destinatário da nota fiscal o próprio nome da empresa remetente, no caso a MARCOSA S/A. No entanto, na nota fiscal o destinatário é a empresa Todavia Construções e Locações de Equipamentos que adquiriu a mercadoria para utilizar na prestação de serviços, integrando assim o seu ativo fixo.

Alegou que no Auto de Infração não está claro o que se pretende cobrar, nem definido ao certo quem seria o sujeito passivo da obrigação, havendo insuperáveis dúvidas e incertezas no tocante a infração e o infrator. Transcreveu o art. 142 do CTN e, em relação aos vícios do procedimento de fiscalização, cita lição do mestre Yves Gandra da Silva Martins.

Requeru que o Auto de Infração seja declarado nulo, transcrevendo o art. 18, IV, “a” e “b”, do RPAF/99, transcrevendo a Ementa do Acórdão JJF 0252-04/05.

Asseverou existir erro na indicação do sujeito passivo e da ilegitimidade do autuado, transcrevendo a Ementa do Acórdão JJF nº 0210-03/05.

Argumentou que a mercadoria foi adquirida para integrar o ativo imobilizado da empresa, e não para comercialização, já que atua como prestadora de serviços e locadora de equipamentos no ramo da construção civil, não sendo sequer contribuinte do ICMS.

Disse que se por absurdo fosse possível imputar ao impugnante a condição de contribuinte do ICMS, a autuação seria ilegal no tocante ao aspecto temporal, na medida que estando o sujeito passivo regularmente inscrito no cadastro da SEFAZ, o momento da cobrança do “diferencial de alíquota” por compra destinada ao ativo imobilizado é o ingresso do bem no estabelecimento. Também alegou ser ilegal, no tocante ao aspecto quantitativo ao transferir a responsabilidade pelo pagamento do imposto calculado pela alíquota interna para o comprador (não contribuinte – consumidor final), transcrevendo o art. 155, VII, “a” e “b”, da CF/88.

Assim, o autuado não é contribuinte do ICMS e comprou o bem na condição de consumidor final, sendo inexistente o ICMS pretendido pelo autuante e, assim entendido o CONSEF. Transcreveu a Emenda do Acórdão JF nº 0195-01/05.

Requeru seja declarada a nulidade da infração, na forma do art. 18 do RPAF e, se ultrapassadas as preliminares seja declarada improcedente a autuação e, protesta, por todos os meios de prova em direito admitidos a juntada posterior de documentos, pareceres, decisões, inclusive de contra prova, diligências, exames e revisão do lançamento.

O autuante, às fls. 54/55, informou que o contribuinte está inscrito na condição de “especial” e o RICMS/BA preceitua que para o contribuinte estar inscrito na condição de “especial” é necessário que “se dedique unicamente à prestação de serviços em obras de construção civil, mediante contrato de administração, fiscalização ou subempreitada, sem fornecimento de materiais ou apenas com fornecimento de materiais adquiridos de terceiros”. Assim, a empresa deve informar aos seus fornecedores ou prestadores os dados cadastrais a sua condição de não contribuinte do ICMS, no sentido de que a alíquota a ser adotada no cálculo do imposto seja a interna na unidade federada de origem.

Como não informou ao fornecedor a sua condição de especial e se o imposto tiver sido calculado pela alíquota interestadual, deverá ser regularizada na entrada do território deste Estado, na primeira repartição, entendendo correto o procedimento da fiscalização.

No tocante a alegação de ilegitimidade passiva, informou que a responsabilidade com o transportador é solidária. A perfeita identificação e a assunção da responsabilidade, fez com que o auto fosse lavrado legitimamente.

Concluiu dizendo que a descrição do fato é toda a sequência da sua informação aqui prestada e que equivocadamente a tipificação da alínea “a” como indicativa, sendo que a correta é a alínea “f” do mesmo artigo e inciso.

VOTO

Inicialmente, rejeito a preliminar de nulidade argüida pelo autuado, no que concerne a sua ilegitimidade passiva, considerando que no documento fiscal de nº 000254, consta como destinatário o contribuinte autuado, e, neste caso, correta a indicação do destinatário da mercadoria como sujeito passivo da obrigação tributária, haja vista que para a infração imputada não existe previsão legal que atribua a condição de responsável solidário ao transportador ou remetente das mercadorias.

No tocante a argüição de nulidade decorrente de dúvidas e incertezas na autuação, entendo que assiste razão ao autuado, tendo em vista que:

1) do documento fiscal se verifica que houve uma operação de venda tendo o remetente, empresa Marcosa S/A Máquinas e Equipamentos, oriundo do Estado do Espírito Santo, emitido a Nota Fiscal nº 000254, em 28/04/2005, pela venda de uma escavadeira hidráulica, modelo 320C, série CAT0320CKRAW00599, para o autuado, empresa Todavía Construções e Locações de Equipamentos Ltda., que se encontra inscrito neste Estado, na condição de “especial”, no entanto, no documento fiscal houve destaque do imposto considerando a alíquota interestadual, e não, a alíquota interna, já que se trata de consumidor final.

2) ocorre que o autuante, no Termo de Apreensão nº 039300.0514/05-4 fez constar no campo da descrição dos fatos a seguinte indicação: “... mercadoria constante da NF nº 000254 emitida pela empresa Marcosa S/A estab. no município de Serra – ES destinada a empresa em nosso Estado, onde constatamos na mesma diferencial de alíquota.”;

3) no Auto de Infração consignou no campo “descrição dos fatos” a mesma imputação indicada no Termo de Apreensão, na forma acima transcrita.

4) e, no campo do Auto de Infração destinado a “descrição da infração” indicou o seguinte: “Falta de recolhimento do ICMS na primeira repartição fazendária de fronteira ou do percurso, sobre mercadorias destinadas a comercialização em exposições ou feiras, procedentes de outra unidade da Federação, não amparado por regime especial”.

5) também, no enquadramento dos dispositivos infringidos o autuante citou o art. 613, II e III, do RICMS/97, que trata da matéria objeto da descrição da infração apontada no item 3 acima.

Assim, as divergências na determinação da natureza da infração acima identificadas implicam em ofensa ao direito do contribuinte do exercício de ampla defesa pela incerteza do que a ele esteja sendo imputado, acarretando a nulidade do Auto de Infração, como bem determina o art. 18, IV, “a”, do RPAF/99 ao estabelecer:

Art. 18. São nulos:

IV - o lançamento de ofício:

a) que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator;

Voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração **nº 039300.0514/05-4**, lavrado contra **TODAVIA CONSTRUÇÕES E LOCAÇÕES DE EQUIPAMENTOS LTDA.**

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10.10.00.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de fevereiro de 2006.

CLARICE ANÍZIA MÁIMO MOREIRA – PRESIDENTE/RATORA

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA - JULGADOR

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS - JULGADOR