

PROCESSO - A. I. Nº 156896.0058/06-7
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - ESPAÇO & FORMA - MÓVEIS E DIVISÓRIAS LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO- Acórdão 3ª JJF nº 0261-03/07
ORIGEM - INFAT ATACADO
INTERNET - 08/01/2008

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0403-11/07

EMENTA: ICMS. REFORMA DE JULGAMENTO. DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. NÃO ACATAMENTO DA NULIDADE. NOVA DECISÃO. Reformada a Decisão de primeira instância que concluiu pela nulidade do procedimento em virtude de vícios da autuação. Constatado que o PAF está revestido das formalidades legais, devolvam-se os autos ao órgão prolator da Decisão reformada para apreciação das razões de mérito. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime

RELATÓRIO

Trata o presente de Recurso de Ofício, previsto no art. 169, I, “a”, item 1, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, impetrado pela 3ª JJF, através do Acórdão nº 0261-03/07, que julgou Nulo o Auto de Infração em epígrafe.

O Auto de Infração exige do autuado o ICMS no valor de R\$34.663,15, acrescido da multa de 60%, referente ao recolhimento a menor do imposto em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, inerente ao período de janeiro de 2003 a novembro de 2005, tendo em vista que o atuado utilizou indevidamente o benefício de redução da alíquota de 17% para 7%, sem observância das condições previstas na legislação.

Na Decisão recorrida foi ressaltado que, de acordo com a informação fiscal, os produtos listados em seu demonstrativo para a exigência do imposto foram baseados no Parecer da DITRI nº 5232/2001, decorrente da consulta formulada pelo contribuinte, no qual ficou definido que o autuado equipara-se a estabelecimento industrial, podendo, exclusivamente com relação aos produtos industrializados pela mesma empresa (matriz) aplicar a alíquota de 7%. No entanto, em relação aos produtos fabricados por terceiros, deveria aplicar a alíquota normal de 17%.

Aduz a JJF que, entretanto, não houve qualquer menção aos produtos objeto deste lançamento, tendo em vista a alegação defensiva de que *“houve beneficiamento realizado pelo impugnante nos citados produtos, e havendo o processo de beneficiamento entende que restou comprovado que os referidos produtos foram industrializados, e por isso, lhe restaria o direito de recolher o ICMS com base na alíquota de 7%”*.

Observa ainda a JJF que em outro Parecer, relativo ao Processo de nº 00729920058 (fls. 708 a 710), foi consignado que os produtos vendidos com a utilização indevida da alíquota de 7% foram: fechadura do fabricante Lockell; Fechadura Aliança e Fechafort; targetas e dobradiças do fabricante Vouga; parafusos, rebite e buchas do fabricante Mitto. Assim, concluiu a JJF que as mercadorias objeto do presente lançamento são aquelas citadas no Parecer DITRI relativo ao Processo de nº 00729920058, em que orientou o autuado quanto à impossibilidade de utilização da alíquota de 7%.

Salienta a JJF que o art. 63 do RPAF estabelece prazo de 20 dias, após a ciência da resposta à consulta, para o consultante acatar o entendimento estabelecido, ajustando-se à orientação recebida, se for o caso, efetuando o pagamento das quantias porventura devidas, sem acréscimos moratórios a partir da data da formulação da consulta. Aduz que, no caso em exame, somente em

29/06/2007, após a lavratura do Auto de Infração, o autuado tomou conhecimento do Parecer relativo ao Processo de nº 00729920058 (fl. 721), definindo os produtos vendidos com a utilização indevida da alíquota de 7%.

Assim, concluiu que, a exigência do imposto no presente Auto de Infração foi efetuada de forma diversa da prevista na legislação, implicando em sua nulidade, devendo o mesmo ser renovado, caso o autuado não efetue o pagamento do imposto devido no prazo estabelecido no RPAF. Recorre de ofício da presente Decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, conforme legislação.

Às fls. 762 a 778 dos autos, o autuante apresenta Recurso ao Acórdão JJF nº 0261-03/07, no qual esclarece que:

1. A empresa efetuou consulta à SEFAZ, através do Processo nº 135336/2001-5, entendendo que faria jus a aplicabilidade do benefício contido na alínea “c” do inciso I do art. 51 do RICMS-Ba, c/c os incisos I e II do § 1º do mesmo artigo, cuja resposta à conselente está contida no Parecer GECOT nº 5232/2001 de 23.11.2001, finalizado em 14/02/2002.
2. Através do Processo nº 007299/2005-8, a empresa solicita crédito acumulado e argüi que o referido crédito está com base no Parecer GECOT nº 5232/2001 de 23.11.2001 que anexa às fls. 706/707 do referido pedido. Portanto, a mesma já tinha conhecimento do referido Parecer, bem como, do procedimento correto a ser adotado onde, a Parecerista foi bastante objetiva senão vejamos *“Considerando que a Conselente comercializa ainda produtos fabricados por terceiros, com relação a estes deverá aplicar a alíquota normal, ou seja, de 17% (dezessete por cento)”*.
3. Na análise intermediária efetuada pela Coordenação de Processos houve a constatação de irregularidades, uma vez que a empresa requerente do crédito acumulado não procedeu em conformidade com a resposta da consulta por ela formulada em 2001.
4. Em face destas irregularidades e, considerando a necessidade de ser realizada fiscalização para atender ao disposto na Portaria nº 304/04, em seu art. 5º, § 2º e com apoio da DITRI, a referida empresa foi indicada para a realização de auditorias fiscais, para depois se apurar o real montante do crédito acumulado.
5. Aduz ser importante salientar que os referidos Pareceres são intermediários, e não estão vinculados a nenhum processo de consulta, e sim a pedido de crédito acumulado, e por isso não houve infração ao art. 63 do RPAF, como entendeu a 3ª JJF.
6. Lembra que a aplicação da alíquota de 7% para os produtos pelo autuado, já estava definida desde 2001 através do Parecer nº 5232, e não foi definida pelo Parecer intermediário do Processo nº 007299. Logo, o contribuinte sabia que estava procedendo de maneira errada, e somente a partir do segundo semestre de 2005, ele mesmo já havia regularizado e passou a proceder corretamente em relação a este item da aplicação da alíquota, independente de fiscalização. Aduz que poderia ter regularizado também em relação ao período objeto do Auto de Infração em epígrafe e pago as diferenças espontaneamente.
7. Por fim, rejeita a preliminar de nulidade do Auto de Infração, já que o autuado teve conhecimento do Parecer GECOT nº 5232/2001, de 23/11/2001, do que reitera o trabalho realizado, afirmando que os produtos objeto do levantamento não são fabricados pela empresa, portanto, não cabia a aplicação da alíquota de 7% conforme determina o RICMS e com base no citado Parecer. Assim, solicita que seja retificada a Decisão que julgou Nulo o Auto de Infração.

Instado a se manifestar sobre a intervenção do autuante, o sujeito passivo apresenta suas considerações, às fls. 762 a 778, nas quais defende que:

1. Após ter sido intimada acerca do resultado final de sua Consulta, a recorrida passou a estar ciente da impossibilidade de aplicação da alíquota de 7% na comercialização de produtos que

não houvessem sido beneficiados por seu estabelecimento matriz, e, por outro lado, se certificou da possibilidade de fazê-lo em relação às demais saídas. Assim, passou a aplicar a referida alíquota (7%) nas saídas para micro e pequenas empresas, de mercadorias que houvessem passado por processo de beneficiamento no seu estabelecimento matriz; acumulando assim, os créditos fiscais decorrentes de tais operações. Posteriormente, em 2005, apresentou pedido de Certificação de Crédito Acumulado, apurado entre o período de 01/2002 a 12/2004, com vistas a compensação de tais créditos com o débito do Auto de Infração nº 207104.0011/04-6, conforme determina o art. 108, II, “c”, do RICMS. Durante o trâmite do Pedido de Certificação foram exarados diversos Pareceres intermediários, dentre os quais o da lavra da Auditora Maria Auxiliadora N. Portugal que opinou pelo indeferimento do pleito, sob o argumento de que algumas dos materiais comercializados não fariam jus ao benefício da redução de alíquota, visto que não teriam sido objeto de processo de industrialização pelo estabelecimento da recorrida, sendo objeto de mera revenda, a exemplo de: fechaduras, targetas, dobradiças, parafusos, rebites e buchas. Salienta que após emissão de tal Parecer, o pleito creditório foi enviado em 23/01/2007 para a DITRI a fim de que fosse apurado corretamente o montante a que teria jus o requerente, encontrando-se o referido processo, atualmente, guardando a emissão de Parecer.

2. Durante este ínterim, enquanto o Pedido de Certificação de Crédito estava sendo apreciado, o autuante lavrou o Auto de Infração com vistas única e exclusivamente a exigir pagamento do diferencial de alíquota incidente as supostas “revendas” de mercadorias à micro e pequenas empresas, as quais são exatamente aquelas listadas no Parecer Intermediário exarado no Pedido de Certificação de Crédito nº 7299/2005-8. Ressalta que não foi intimado a se manifestar de qualquer dos Pareceres intermediários exarados, estando aguardando o resultado final de seu pleito para poder inclusive exercer o seu direito à ampla defesa e ao contraditório. Daí o acerto da Decisão da 3^a JFF, pois o Auto de Infração foi lavrado antes do termo final do processo de certificação, cuja existência concomitante poderia ensejar decisões administrativas contraditórias.
3. Concorda com o autuante de que o Pedido de Certificação de Crédito não é uma consulta, porém, não deixa de ter natureza consultiva visto que, inequivocamente, o particular submete os cálculos que entende espelhar a realidade de seus créditos em confronto com as disposições legais à apreciação do órgão administrativo competente, esperandovê-los confirmados ou não. Assim, ainda que se descartasse a natureza consultiva do pedido, seria possível a aplicação analógica do disposto no artigo 63 do RPAF em decorrência da impossibilidade de andamento concomitante de dois processos administrativos versando sobre o deslinde de uma mesma questão.
4. Por sua vez, em relação ao fato de a recorrida estar ciente do teor do Parecer nº 5232/2001, em nada influencia o deslinde do Auto de Infração, uma vez que tal processo iniciou com o intuito de ver sanada sua dúvida em relação à possibilidade de usufruir o benefício previsto no art. 51, § 1º, I, do RICMS/BA. Assim, com base nesse Parecer aplicou a alíquota de 7% nas saídas das fechaduras, targetas, dobradiças, parafusos, rebites e buchas, entre outros, as quais passaram por um processo de beneficiamento consistente na mudança de cor. Tais mercadorias, por sua vez, constituem o objeto de análise dos Pareceres intermediários exarados no Pedido de Certificação de Crédito nº 7299/2005-8, dos quais a recorrida nunca tinha sido intimada para se manifestar antes da lavratura do Auto de Infração. Daí ocorre a inexistência de relação entre o conhecimento dos termos do Parecer nº 5232/2001, uma vez que o cerne da presente autuação diz respeito tão somente à questão da efetiva ocorrência de processo de industrialização das mercadorias autuadas, matéria que não foi objeto do Processo de Consulta nº 135336/2001-5, mas sim encontra-se discutida no bojo do Pedido de Certificação de Crédito nº 7299/2005-8.
5. Por fim, e face de tudo quanto exposto, entende que restou demonstrada a total e completa nulidade do Auto de Infração. No entanto, na remota hipótese de se entender pela

impossibilidade de anulação do Auto de Infração, requer que seja determinado o seu sobrerestamento até o encerramento do Processo de Certificação de Crédito Fiscal nº 7299/2005-8.

VOTO

Da análise do Recurso de Ofício interposto pela 3^a Junta de Julgamento Fiscal, verifica-se que a Decisão recorrida julgou Nulo o presente Auto de Infração por ter sido lavrado antes de o contribuinte tomar conhecimento do Parecer relativo ao Processo de nº 00729920058, o qual definiu os produtos vendidos com a utilização indevida da alíquota de 7%. Assim, teria contrariado o art. 63 do RPAF que estabelece o prazo de 20 dias, após a ciência da resposta à consulta, para o consultente acatar o entendimento estabelecido, ajustando-se à orientação recebida e, se for o caso, efetuar o pagamento das quantias porventura devidas, sem acréscimos moratórios a partir da data da formulação da consulta.

Irresignado com a Decisão, o autuante se manifesta aduzindo que o referido Parecer é intermediário e não está vinculado a nenhum processo de consulta, mas a pedido de crédito acumulado, e por isso não houve infração ao art. 63 do RPAF, como entendeu a 3^a JJF. Salienta que a aplicação da alíquota de 7% para os produtos já estava definida desde 2001, através do Parecer GECOT nº 5232/2001. Afirma que os produtos, objeto do levantamento, não são fabricados pela empresa, portanto, não cabia a aplicação da alíquota de 7% conforme determina o RICMS.

Por sua vez, o contribuinte aduz que, após ter sido intimado acerca do resultado final de sua Consulta, passou a estar ciente da impossibilidade de aplicação da alíquota de 7% na comercialização de produtos que não houvessem sido beneficiados por seu estabelecimento matriz, e, por outro lado, se certificou da possibilidade de fazê-lo em relação às demais saídas. Assim, com base nesse Parecer, aplicou a alíquota de 7% nas saídas destinadas para micro e pequenas empresas de fechaduras, targetas, dobradiças, parafusos, rebites e buchas, entre outros, as quais passaram por um processo de beneficiamento no seu estabelecimento matriz, consistente na mudança de cor.

Diante de tais considerações, vislumbro que o deslinde da questão é de mérito e não de forma, pois é evidente que o sujeito passivo se certificou de quais produtos incidiria a alíquota de 7%, conforme previsto no art. 51, I, “c”, do RICMS/BA, decorrente do Parecer de nº. 5232/2001, em resposta a sua consulta, no qual foi consignado que:

Portanto, a Consulente equipara-se de fato a estabelecimento industrial a filial atacadista que comercializa produtos industrializados pela mesma empresa, podendo portanto, exclusivamente com relação a tais produtos, aplicar a alíquota de 7% (sete por cento) nas operações internas que realizar com destino a microempresas e empresas de pequeno porte, ressalvadas as exceções contidas no referido dispositivo.

Considerando que a Consulente comercializa ainda produtos fabricados por terceiros, com relação a estes deverá aplicar a alíquota normal, ou seja, de 17% (dezessete por cento).

Assim, caso comprovado que os produtos fabricados por terceiros sofreram processo de beneficiamento considerado como industrialização, conforme afirma o autuado, é cabível a incidência da alíquota de 7% nas referidas operações, pois caracteriza que “comercializa produtos industrializados pela mesma empresa”, caso contrário, deverá aplicar a alíquota normal, conforme estabelecido no Parecer nº 5232/2001.

Logo, entendo equivocada a Decisão recorrida ao julgar Nulo o Auto de Infração, por ter sido lavrado antes de o contribuinte tomar conhecimento do Parecer relativo ao processo de nº 00729920058, o qual definiu os produtos vendidos com a utilização indevida da alíquota de 7%, visto que a aplicação da alíquota de 7% para os produtos já estava definida desde 2001, através do Parecer GECOT nº 5232/2001.

Diante do exposto, voto pelo PROVIMENTO deste Recurso de Ofício para modificar a Decisão recorrida, devolvendo o PAF à 1^a instância para julgamento do mérito, haja vista que este procedimento do certificado de crédito não se configura como consulta.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso de Ofício apresentado para declarar **NULA** a Decisão recorrida referente ao Auto de Infração nº **156896.0058/06-7**, lavrado contra **ESPAÇO & FORMA - MÓVEIS E DIVISÓRIAS LDA.**, devendo os autos retornar à Junta de Julgamento Fiscal para julgamento do mérito.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de dezembro de 2007.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - RELATOR

ALINE SOLANO CAZALI BAHIA - REPR. DA PGF/PROFIS