

A. I. Nº - 156896.0058/06-7
AUTUADO - ESPAÇO & FORMA MÓVEIS E DIVISÓRIAS LTDA.
AUTUANTE - DALMÁRIO SILVA
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET - 23/08/2007

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0261-03/07

EMENTA: ICMS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. PROCEDIMENTO FISCAL INSTAURADO ANTES DA CIÊNCIA AO CONSULENTE DA RESPOSTA FORMULADA À SEFAZ. Exigência do imposto foi efetuada na forma diversa da prevista na legislação implicando sua nulidade, haja vista que o autuado formulou consulta, e não foi observado o prazo estabelecido no RPAF-BA para o autuado efetuar o pagamento do imposto devido. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 26/12/2006, refere-se à exigência de R\$34.663,15 de ICMS, acrescido da multa de 60%, tendo em vista que foi constatado recolhimento a menos do imposto em razão de erro na aplicação da alíquota cabível, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, no período de janeiro de 2003 a novembro de 2005. Consta, na descrição dos fatos, que a empresa realizou operações de vendas utilizando indevidamente a alíquota de 7%.

O autuado, por meio de advogado, apresentou impugnação (fls. 660 a 679), suscitando preliminar de nulidade, alegando não houve descrição clara e precisa da infração. Diz que apesar de a leitura da acusação fiscal, possibilitar a conclusão de que nas operações de saídas realizadas pelo estabelecimento autuado foi aplicada a alíquota incorreta do ICMS, não é possível aferir com a necessária clareza os motivos pelos quais o autuante entendeu incorretos os procedimentos adotados pelo autuado, tendo em vista que em nenhuma passagem do Auto de Infração e do Termo de Encerramento de Fiscalização tais fatos foram registrados. Cita o art. 142, do CTN, e argumenta que o procedimento de verificação e de determinação da matéria tributável deve ser dotado de elementos que permitam a identificação precisa da infração cometida, sob pena de ser considerado nulo o lançamento, conforme o previsto no art. 18, inciso IV, alínea “a”, do RPAF/99, que transcreveu à fl. 663. Diz que, no caso em exame, após a descrição precária da infração, o autuante apenas citou como fundamento os arts. 50, 51 e 124, I, do RICMS-BA, que nada esclarecem, sendo único indício das infrações apontadas as planilhas elaboradas pelo autuante apurando diferenças de ICMS resultantes da aplicação da alíquota de 7%, em vez de 17%, tendo sido identificados produtos listados como não industrializados pela empresa. Assevera que, se foi esse o motivo, deveria ter o autuante elaborado relatório no qual declinasse de forma clara e minuciosa os fatos que o levaram às suas conclusões. Assim, o defendente alega que não basta indicar os dispositivos legais violados, mas, demonstrar as razões que levaram a fiscalização a concluir pelo cometimento da infração. Cita ensinamentos de Araújo Cintra, e diz que sem a descrição clara e precisa da infração, fica o contribuinte impedido de exercer o seu direito à ampla defesa e ao contraditório. Além disso, alega que se torna impossível a aferição da legalidade do Auto de Infração em razão da ausência de elementos na descrição da irregularidade. Comenta sobre ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello, e cita a jurisprudência do CONSEF. Quanto ao mérito, o autuado salienta que é uma empresa que industrializa e comercializa os produtos de marcenaria e carpintaria, e para a consecução de seus objetivos sociais, mantém em Taguatinga-DF, um estabelecimento industrial onde produz ou beneficia os produtos que serão objeto de comercialização por aquele estabelecimento e pelas outras filiais, entre elas, o estabelecimento autuado. O defendente cita os arts. 8º e 9º do RIPI; comenta sobre a definição dada na legislação do IPI em relação à atividade de industrialização e

os conceitos de estabelecimento industrial e industrial por equiparação, e levando em consideração os conceitos da mencionada legislação, o defendente apresenta o entendimento de que o estabelecimento situado em Taguatinga-DF é considerado estabelecimento industrial, sendo o estabelecimento situado em Salvador-BA, também considerado industrial por equiparação, tendo em vista que “aqui são comercializados os bens produzidos pela própria Impugnante no estabelecimento matriz”. O autuado reproduz o art. 51, incisos I e IV, do RICMS/97, e afirma que cumpriu fielmente todos os requisitos da legislação, tendo em vista que deve ser considerado estabelecimento industrial por equiparação, porque comercializa exclusivamente os produtos industrializados pelo estabelecimento matriz situado em Taguatinga-DF. Além disso, afirma que todas as saídas indicadas pelo autuante em seus demonstrativos foram destinadas a microempresas, empresas de pequeno porte, inscritas no SIMBAHIA, ressaltando, ainda, que houve o repasse aos adquirentes do desconto correspondente ao benefício resultante da utilização da alíquota reduzida. Diz que esses fatos são incontestáveis, e por isso, surge um questionamento, qual seja, o motivo real da autuação fiscal. Afirma que, analisando os produtos objeto da autuação fiscal, percebe-se que alguns itens são parafusos, dobradiças, rebites e fechaduras, e o autuante entendeu que as ditas mercadorias não atenderiam a um dos requisitos previstos na legislação. Mas esse entendimento não pode prosperar, uma vez que todos os produtos foram beneficiados pelo estabelecimento industrial do impugnante, ou seja, as mercadorias antes de serem revendidas passaram por um processo de beneficiamento, consistente na mudança de cor, procedimento que nos termos da legislação do IPI e do ICMS, é considerado como atividade de industrialização, conforme preceitua o RICMS/97 no seu art. 2º, § 5º, reproduzido à fl. 674 das razões de defesa. O defendente afirma que, através do estabelecimento matriz, são adquiridos de outros fabricantes alguns produtos que são inviáveis de serem produzidos em sua linha de montagem, tendo em vista que se dedica à produção de divisórias, painéis, dentre outros produtos, e para que esses possam ser montados e utilizados, torna-se necessário aplicar parafusos, rebites, fechaduras e outros materiais que não são fabricados pelo impugnante, daí a necessidade de sua aquisição junto a outros fornecedores. Afirma que os fornecedores não possuem esses materiais nas cores que o impugnante necessita, a exemplo de divisórias azuis, em que há necessidade de rebites, parafusos, fechaduras, buchas etc na cor azul, ou seja, na mesma cor, sob pena de ficar prejudicado o acabamento do material. Por isso, o impugnante passou a adquirir os citados materiais sem especificar a cor e beneficiá-los em sua linha de produção, aplicando as cores de acordo com as suas necessidades, e nestes casos, o RICMS-BA, considera industrialização. Como prova do alegado, diz que a simples verificação da descrição dos produtos constantes das planilhas anexas ao presente Auto de Infração e das Notas Fiscais de Entradas dos mesmos, juntadas aos autos por amostragem, percebe-se que as Notas Fiscais de Entradas tem a descrição, por exemplo, “DOBRADIÇA PERFIL LISA SEM PINTURA” OU “FECHADURA TUBULAR NOVA”. Já os produtos descritos nas notas fiscais de saídas analisadas pela fiscalização, são descritos como “FECHADURA BRANCA LOCKWEL”, FECHADURA PRETA LOCKWELL”, REBITE DE 3,2 x 12 GELO”, constituindo assim, prova cabal do beneficiamento realizado pela impugnante nos mencionados produtos, e havendo o processo de beneficiamento comprovado pelos documentos fiscais acostados aos autos, resta evidenciada a falta de fundamento da autuação ao afirmar que os referidos produtos não foram industrializados pelo impugnante, e por isso, lhe restaria o direito de recolher o ICMS com base na alíquota de 7%. Outra alegação apresentada pelo defendente diz respeito ao erro na apuração da base de cálculo, em relação à inclusão do IPI na base de cálculo do ICMS. Diz que analisando os demonstrativos elaborados pelo autuante constatou que foram incluídos indevidamente na base de cálculo do ICMS os valores do IPI, sem previsão legal para tanto, conforme dispõe o art. 55, do RICMS/97, que transcreveu à fl. 677. Saliencia que o estabelecimento autuado se dedica ao comércio atacadista dos produtos fabricados pelo seu estabelecimento matriz, e as mercadorias objeto das operações que realiza são adquiridas pelos seus clientes para serem revendidas, ou seja, os adquirentes das referidas mercadorias são também contribuintes do ICMS, inscritos no SIMBAHIA. Cita como exemplo a NF 12.283, referente ao produto REBITE DE 3,2 x 12 GELO, constante da planilha à fl. 12

do PAF. O defendente finaliza, pedindo que seja acolhida a preliminar de nulidade, e caso ultrapassada a preliminar, que julgue inteiramente improcedente a presente autuação fiscal.

O autuante, em sua informação fiscal às fls. 700/701 dos autos, rebate as alegações defensivas argumentando que não deve ser acatado o pedido de nulidade da autuação, considerando que foram apresentados os elementos suficientes para se determinar com segurança a infração e o infrator. Quanto ao recolhimento do ICMS efetuado a menos, cita o art. 51, § 1º, inciso I, do RICMS/97, e diz que o texto do mencionado Regulamento é claro quando equipara estabelecimento industrial a filial atacadista que comercializa produtos industrializados por outro estabelecimento da mesma empresa. Salienta que os produtos listados no presente lançamento foram baseados no Parecer 220626/2005-9, exarado pelo Auditor Fiscal cadastro 110163. Reproduz o art. 54, do RICMS-BA, em relação à inclusão do IPI no cálculo do ICMS, e assegura que o autuado, através de sua matriz adquire de outros fabricantes alguns produtos que são inviáveis de serem produzidos em sua linha de montagem, haja vista que o autuado se dedica apenas à produção de divisórias, painéis, dentre outros produtos. Diz que os parafusos, rebites, fechaduras e outros materiais não são fabricados pelo impugnante e por isso, acredita que o presente Auto de Infração deve ser julgado inteiramente procedente.

Considerando as alegações apresentadas pelo autuado em sua impugnação, e a informação do autuante de que os produtos listados no presente lançamento foram baseados no Parecer 220626/2005-9, exarado pelo Auditor Fiscal cadastro 110163, esta JJF, converteu o presente processo em diligência à Infaz de origem (fl. 704) para o autuante, se manifestar acerca da alegação do autuado de que todas as saídas indicadas no levantamento fiscal foram destinadas a contribuintes do SIMBAHIA, e houve o repasse aos adquirentes do desconto correspondente ao benefício resultante da utilização da alíquota reduzida. Além disso, as Notas Fiscais de Entradas tem a descrição, por exemplo, “DOBRADIÇA PERFIL LISA SEM PINTURA” OU “FECHADURA TUBULAR NOVA”. Já os produtos descritos nas notas fiscais de saídas analisadas pela fiscalização, são descritos como “FECHADURA BRANCA LOCKWEL”, FECHADURA PRETA LOCKWELL”, REBITE DE 3,2 x 12 GELO”, constituindo assim, prova cabal do beneficiamento realizado pela impugnante nos mencionados produtos, objeto da autuação fiscal. Foi solicitado, também, para o autuante acostar aos autos as cópias dos documentos fiscais correspondentes às situações alegadas pelo defendente, bem como, a cópia do Parecer mencionado na informação fiscal prestada à fl. 701.

Foram anexadas às fls. 706 a 715, cópias dos pareceres citados pelo autuante, que apresentou nova informação fiscal à fl. 716, esclarecendo que o número correto do Parecer citado na primeira informação fiscal é 00729920058. Diz que em relação às alegações defensivas, o parecer citado anteriormente, bem como o Parecer DITRI 13533620015 esclarecem os questionamentos apresentados pelo defendente.

Considerando que foram acostadas aos autos as cópias dos pareceres exarados nos processos de números 13533620015 e 00729920058, referentes a uma consulta e crédito fiscal, respectivamente, e que não há comprovação de que o contribuinte recebeu as cópias, tomando conhecimento dos Pareceres (fls. 708 a 715), comunicando a apreciação dos requerimentos apresentados à SEFAZ, inclusive um pedido de utilização de crédito fiscal, esta JJF converteu o presente processo em diligência à Infaz de origem para a Inspeção Fiscal anexar ao PAF a comprovação do recebimento pelo autuado do mencionado Parecer. Caso não tivesse sido entregue, que intimasse o autuado e lhe fornecesse os mencionados pareceres, mediante recibo, concedendo-lhe o prazo de dez dias para se manifestar, querendo.

Cumprida a diligência determinada por esta JJF, com a intimação ao sujeito passivo (fl. 720), o defendente apresentou manifestação às fls. 724 a 727, inicialmente aduzindo que não concorda com a conclusão do Auditor, quando registra que foi utilizada indevidamente pela empresa o coeficiente de 0,107527 em vez de 0,10. Alega que não foi observado se a fórmula utilizada para encontrar o desconto efetivo estava correta, tendo em vista que se deve considerar que o ICMS está incluso no preço das mercadorias. Diz que é necessário extrair o ICMS de 17% embutido no

preço da mercadoria, posteriormente, acresce-se os 7% para compor o valor final do produto. Afirmo que encontrou matematicamente o percentual correto, que aplicado ao valor da mercadoria com o ICMS de 17% chega ao valor correto com o ICMS embutido de 7%, conforme planilhas que elaborou às fls. 725/726. Afirmo que não há como se concluir que foi utilizada equivocadamente a aplicação de coeficiente não permitido, nem ocorreu sobreacumulação. Em relação à questão da utilização do desconto do SIMBAHIA em produtos que não industrializou, alega que foi lavrado o Auto de Infração de nº 15696.0058/06-7, e por isso, entende que as diferenças fiscais não devem mais ser discutidas sob pena de excesso de exação, uma vez que não poderá mais ser objeto de questionamento pela fiscalização. O defendente finaliza, argumentando o seu direito ao crédito fiscal com base nos relatórios dos pareceristas e salienta que foi solicitado inicialmente para ser compensado o valor do crédito fiscal com o AI 207104.0011/04-6. Como já foi efetuado o pagamento integral do mencionado Auto de Infração, não cabe mais a compensação. Por fim, pede que seja imediatamente fornecido o quantum do crédito fiscal foi reconhecido para que possa utilizar da melhor forma possível, de acordo com a legislação.

Nova informação fiscal foi prestada pelo autuante à fl 737, reafirmando os termos do presente Auto de Infração, esclarecendo que a exigência fiscal é decorrente da aplicação indevida da alíquota de 7% sobre produtos que não foram industrializados pelo autuado, conforme consulta realizada pelo mesmo e registrada página 29 do livro Ocorrências às fls. 707 do PAF.

VOTO

O presente Auto de Infração trata de recolhimento do ICMS efetuado a menos, em razão de erro na aplicação da alíquota cabível, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, tendo em vista que o autuado utilizou o benefício de redução da alíquota, de 17% para 7%, sem observância das condições previstas na legislação.

Inicialmente, quanto à alegação do defendente, de que a autuação fiscal é superficial e confusa, caracterizando cerceamento ao direito de defesa e ao contraditório, observo que na própria acusação fiscal consta a informação de que o autuado utilizou indevidamente a alíquota de 7%, e o autuado entendeu a infração que lhe foi imputada, se defendeu, apresentando argumentos, tendo reproduzido dispositivos da legislação sobre a matéria em questão. Portanto, eventuais incorreções quanto à indicação genérica da legislação, alegadas pela defesa não implicam nulidade haja vista que, pela descrição dos fatos e enquadramento legal, ficaram evidentes as infrações apuradas.

Para melhor entendimento da matéria em análise, transcrevo abaixo o dispositivo do RICMS/97, que estabeleceu o benefício e a condição para a sua utilização:

Art. 51. Não se aplicará o disposto no inciso I do artigo anterior, quando se tratar das mercadorias e dos serviços a seguir designados, cujas alíquotas são as seguintes:

I - 7% nas operações com:

c) mercadorias saídas de quaisquer estabelecimentos industriais situados neste Estado cujo imposto seja calculado pelo regime normal de apuração, destinadas a microempresas, empresas de pequeno porte e ambulantes, quando inscritas como tais no cadastro estadual, exceto em se tratando de mercadorias efetivamente enquadradas no regime de substituição tributária (art. 353, II e IV) e de mercadorias consideradas supérfluas (alíneas "a" a "j" do inciso II do presente artigo);

§ 1º Para efeito e como condição de aplicação da alíquota de 7%, em função do previsto na alínea "c" do inciso I deste artigo:

I - equipara-se a estabelecimento industrial a filial atacadista que exerça o comércio de produtos industrializados por outro estabelecimento da mesma empresa;

II - o estabelecimento industrial ou a este equiparado na forma do inciso anterior obriga-se a repassar para o adquirente, sob a forma de desconto, o valor aproximadamente correspondente ao benefício resultante da adoção da alíquota de 7% em vez da de 17%, devendo a redução constar expressamente no respectivo documento fiscal.

Em sua impugnação, o autuado alega que o estabelecimento situado em Taguatinga-DF é considerado indústria, sendo o estabelecimento situado em Salvador-BA, também considerado industrial por equiparação, tendo em vista que “aqui são comercializados os bens produzidos pela própria Impugnante no estabelecimento matriz”. Diz que as Notas Fiscais de Entradas tem a descrição, por exemplo, “DOBRADIÇA PERFIL LISA SEM PINTURA” OU “FECHADURA TUBULAR NOVA”. Já os produtos descritos nas notas fiscais de saídas analisadas pela fiscalização, são descritos como “FECHADURA BRANCA LOCKWEL”, FECHADURA PRETA LOCKWELL”, REBITE DE 3,2 x 12 GELO”, constituindo assim, prova cabal do beneficiamento realizado pela impugnante nos mencionados produtos.

De acordo com a informação prestada pelo autuante, os produtos listados em seu demonstrativo para a exigência do imposto no presente Auto de Infração foram baseados no Parecer da DITRI 5232/2001. Assim, em relação à consulta formulada pelo defendente, que resultou no mencionado Parecer nº 5232/2001, fls. 706/707, 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%. Em relação aos produtos fabricados por terceiros, deveria aplicar a alíquota normal, de 17%. 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%.

Observo 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 Fchafort, targeta, fabricante Vouga; dobradiças, fabricante Vouga, parafusos, rebite e buchas do fabricante Mitto. Portanto, 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%.

O presente processo foi encaminhado à Infaz de origem por esta Junta de Julgamento Fiscal para a Inspeção Fiscal anexar ao PAF a comprovação do recebimento pelo autuado dos mencionados Pareceres, sendo juntada a cópia da intimação à fl. 720, encaminhando e dando conhecimento dos pareceres em análise, ficando caracterizado que o defendente tomou ciência em 29/06/2007, do Parecer relativo ao processo de nº 00729920058 (fls. 708 a 710) com o recebimento da intimação de fl. 720 e respectivo Aviso de Recebimento de fl. 721.

O art. 63 do RPAF/99 estabelece que, dentro de 20 dias após a ciência da resposta à consulta, o consultante deverá acatar o entendimento estabelecido na mesma, 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.

No caso em exame, somente em 29/06/2007 o autuado tomou conhecimento do parecer relativo ao processo de nº 00729920058 (fls. 708 a 710) em que ficou definido que os produtos vendidos com a utilização indevida da alíquota de 7% foram: fechadura do fabricante Lockell, Fechadura Aliança e Fchafort, targeta, fabricante Vouga; dobradiças, fabricante Vouga, parafusos, rebite e buchas

do fabricante Mitto. Portanto, sendo dado conhecimento após a lavratura do presente Auto de Infração, restou provado que não foi observado o prazo estabelecido no RPAF-BA para o autuado regularizar a pendência mediante o pagamento do imposto devido, sem os acréscimos moratórios.

Assim, a exigência do imposto no presente Auto de Infração foi efetuada de forma diversa da prevista na legislação implicando sua nulidade. Concluo pela nulidade do procedimento fiscal, podendo, a critério da Inspetoria Fiscal, o mesmo ser renovado, caso o autuado não efetue o pagamento do imposto devido no prazo estabelecido no RPAF/BA.

Face ao exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **156896.0058/06-7**, lavrado contra **ESPAÇO & FORMA MÓVEIS E DIVISÓRIAS LTDA.**, podendo ser renovado o procedimento fiscal, caso o autuado não efetue o pagamento do imposto devido no prazo estabelecido no RPAF/BA.

Esta Junta recorre, de ofício, desta 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, 13 de agosto de 2007

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA - JULGADORA

OLAVO JOSÉ GOUVEIA OLIVA - JULGADOR