

PROCESSO - A.I. Nº 233014.0014/06-5
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e DUTOBRÁS CONSTRUÇÕES LTDA.
RECORRIDOS - DUTOBRÁS CONSTRUÇÕES LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0346-04/07
ORIGEM - INFRAZ ITABERABA
INTERNET - 03/11/2008

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0343-11/08

EMENTA: ICMS. 1. SUSPENSÃO DA INCIDÊNCIA. REMESSA PARA INDUSTRIALIZAÇÃO EM ESTABELECIMENTO DE TERCEIRO. É prevista a suspensão da incidência do imposto nas remessas de mercadorias para industrialização em estabelecimento de terceiro. Restou comprovado que ocorreu o pagamento do imposto da operação (obrigação principal), o que descharacteriza a infração apontada. Infração elidida. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 10% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Exigência fiscal relativa ao período de 31/12/2005 foi mantida, com a retificação de ofício pela Primeira Instância dos dispositivos legais relativos ao enquadramento da infração e da multa correlata, sem a devida observância de princípios basilares ao processo administrativo, notadamente os princípios da ampla defesa e do contraditório. Infração subsistente em parte. Anulada a exigência fiscal relativa ao fato gerador ocorrido em 31/12/2005. Item modificado. 3. IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO. Não há clareza na forma de apuração do imposto exigido, o que impediu o sujeito passivo de compreender como foram levantados os valores que lhe são imputados. Não foram consignadas no demonstrativo de débito que faz parte da peça inicial do lançamento de ofício as datas de ocorrência e datas de vencimento, correlatas à infração apontada, imprescindíveis para efeito de cômputo da atualização monetária e dos acréscimos moratórios, e do termo inicial de contagem dos mesmos, tornando ilíquido o crédito tributário. Item nulo. Decretada de ofício a nulidade parcial do item 2 e a nulidade total do item 3. Modificada a Decisão recorrida. Recursos NÃO PROVIDOS. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício apresentado pela 4ª Junta de Julgamento Fiscal, nos termos do artigo 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, e de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo contra Decisão de Primeira Instância que julgou o Auto de Infração Procedente em Parte – Acórdão JJF nº 0346-04/07 - lavrado em decorrência das seguintes irregularidades:

1. Falta de recolhimento do ICMS em razão de remessa de bens para industrialização, sem o devido retorno - R\$32.194,53.

2. Entrada no estabelecimento de mercadoria sujeita a tributação sem o devido registro na escrita fiscal - R\$24.388,34.
3. Falta de recolhimento do ICMS no prazo regulamentar referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios - R\$182.021,33.
4. Declaração incorreta de dados nas informações econômico-fiscais apresentadas através do DMA (Declaração e Apuração Mensal do ICMS), com multa de R\$420,00.

A Junta de Julgamento Fiscal julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, nos seguintes termos:

INFRAÇÃO 1 – Ressaltou o Relator da JJF que da análise dos documentos juntados ao processo e da regra dos §§ 3º e 4º do art. 615 do RICMS/BA, que condicionam a suspensão do ICMS a que as mercadorias retornem real ou simbolicamente ao estabelecimento de origem no prazo de 180 dias, efetivamente não houve emissão da nota fiscal simbólica, tendo em vista que a industrialização dos insumos remetidos resultou num tanque que foi montado no encomendante (Petrobrás). Entretanto, consignou ainda o Relator que as cópias das notas fiscais de prestação de serviços emitidas pelo industrializador (Argus) e o faturamento do produto industrializado (tanque) pelo estabelecimento autuado, comprovam que o produto final foi tributado pelo ICMS. Observou que os elementos constantes do processo comprovam que as peças remetidas para industrialização totalizam R\$268.287,75, conforme base de cálculo indicada na autuação, que agregado ao valor dos serviços de industrialização e outros materiais, resultou num faturamento de R\$636.478,75, conforme nota fiscal nº 23, emitida pelo impugnante contra a Petrobrás (fl. 169). Assim, concluiu que na situação presente ocorreu o cumprimento da obrigação principal pelo pagamento do imposto devido ao Estado da Bahia, admitindo-se que a falta da emissão da nota fiscal de retorno de industrialização, configurou apenas o descumprimento de uma obrigação acessória, devendo, portanto, ser afastada integralmente a exigência fiscal desta infração;

INFRAÇÃO 2 – Consignou a JJF que o autuante elaborou demonstrativos bem como anexou as vias das notas fiscais neles relacionadas e ainda cópia das páginas do livro de Registro de Entrada de Mercadorias (REM), não constando de fato deste último o registro das notas fiscais objeto da autuação e nem tendo sido apresentado no processo as provas de que as mesmas foram devidamente escrituradas nos livros próprios, como alegou o autuado na sua defesa, sendo, assim, cabível o disposto nos artigos 142 e 143 do RPAF/BA, que estabelecem, respectivamente, que a recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária e a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.

Concluiu pela procedência desta infração, ratificando a correção da multa aplicada, tipificada no art. 42, IX da Lei nº 7.014/96, para os fatos geradores indicados em 31/12/01, 31/12/02 e 31/02/04, que se coaduna com a descrição da infração “*deu entrada no estabelecimento de mercadoria sujeita a tributação sem o devido registro na escrita fiscal*”, observando que, de fato, houve equívoco por parte do autuante ao tipificar a multa como grafada no art. 42, XVIII, “c” para o fato gerador ocorrido em 31/12/05, equívoco este esclarecido na informação fiscal, cujo teor foi dado conhecimento ao autuado, ao tempo que ressaltou que esta tipificação corresponde a omissão de dados ou declaração incorreta de dados nas informações econômico-fiscais exigidas através de formulário próprio, mas que de fato não corresponde ao fato motivador da penalidade aplicada, conforme demonstrativos, notas fiscais e percentuais corretamente indicados, devendo ser retificada;

INFRAÇÃO 3 - Aduziu o relator da JJF que da análise dos elementos constantes do processo, verifica-se que, conforme demonstrativo juntado pelo autuante, confrontado com a cópia do livro de Apuração do ICMS do autuado, que foi refeito a conta corrente do ICMS, tendo sido apurada base de cálculo de R\$1.679.215,33 e R\$1.315.148,25 nos meses de junho e julho/04, respectivamente, e aplicada a alíquota de 12%, tendo considerado o saldo credor de R\$10.663,41 do mês de maio/04, o que confrontado com os créditos fiscais dos referidos meses, resultou em valores devidos de

R\$103.640,69 e R\$78.380,67 o que totaliza R\$182.021,33, conforme demonstrativo resumo abaixo. Assim, concluiu que na apuração do débito foi aplicada corretamente a alíquota de 12% sobre as operações interestaduais, tendo sido indicado no Auto de Infração uma base de cálculo equivalente de R\$1.070.713,70 que de fato, não corresponde à aplicação da alíquota de 17%, como alega o contribuinte, estando correto o valor histórico exigido de R\$182.021,33, devendo, assim, ser mantida a exigência fiscal.

INFRAÇÃO 4 – Diante do reconhecimento do sujeito passivo, em sua Impugnação, da procedência da infração que lhe foi imputada neste item, a JJF julgou-a procedente, por inexistência de controvérsia.

Irresignado, o sujeito passivo, através de advogado regularmente constituído, interpõe o presente Recurso Voluntário - fls. 608 a 613 – onde pede a reforma da Decisão recorrida relativamente às infrações que lhe foram imputadas nos itens 2 e 3.

Alega quanto à infração descrita no item 2 que a Decisão da JJF desconsiderou a documentação comprobatória existente nos autos, e que ainda que se entenda pela existência da alegada infração deve ser retificada a multa aplicável. Alega, ainda, que para o período de 31/12/2005 a 09/01/2006 consta no Auto de Infração a indicação do inciso XVIII, “c” do art. 42 da Lei nº 7.014/96, que prevê o pagamento da multa de R\$140,00. Afirma ser descabida a multa de 10% sobre o valor das mercadorias, pois a infração seria a descrita no referido dispositivo, ou seja, omissão de dados ou da declaração incorreta de dados nas informações econômico-fiscais exigidas através de formulários próprios. Requer, assim, seja julgado este item improcedente ou retificada a multa para R\$140,00.

No que pertine à infração descrita no item 3, alega que a JJF equivocou-se ao entender correta a alíquota aplicada, que teria sido de 12%, e não 17%, e que a base de cálculo indicada no Auto de Infração é que estaria equivocada. Aduz que conforme demonstrado no Auto de Infração o período da apuração deste item é 31/12/2004, sendo a data de vencimento 09/01/2005, ou seja, posterior ao período indicado na Decisão recorrida, que seria junho e julho de 2004, como consta no voto de Primeira Instância. Alega, ainda, que se fosse o caso de equívoco na base de cálculo indicada, como alegou a JJF, o que se admite apenas por hipótese, tal equívoco acarretaria sua nulidade, por se tratar de grave erro material, que desnatura a essência do Auto de Infração. Conclui requerendo a utilização da alíquota de 12%, reduzindo-se o valor exigido para R\$128.485,64.

A PGE/PROFIS, em seu opinativo às fls.618 a 625 – aduz que a Decisão da JJF foi correta quanto ao item 2 da autuação, tão-somente quanto aos fatos geradores ocorridos nos exercícios de 2001, 2002 e 2004, onde foi indicado corretamente pelo autuante o dispositivo regulamentar infringido e o dispositivo legal da multa aplicada, ou seja, o art. 322 do RICMS, que estabelece a exigência de registro no Livro Registro de Entradas de todas as mercadorias e bens ingressos no estabelecimento, e o art. 42, inciso IX da Lei nº 7.014/96, respectivamente. Entende a PGE/PROFIS que em relação ao fato gerador do exercício de 2005, como de fato constou equivocadamente como dispositivo infringido o art. 333, §1º, I do RICMS/BA e como dispositivo legal de multa o inciso XVIII, “c” do art. 42 da Lei nº 7.014/96, e tendo tal fato, no presente caso, impedido o contribuinte de compreender os fatos imputados, induzindo-o a erro, deve ser decretada sua nulidade, não cabendo a aplicação do art. 19 do RPAF/BA, segundo a qual a indicação errônea do dispositivo regulamentar não implica em nulidade se, pela descrição dos fatos, ficar evidente seu enquadramento legal. Conclui no sentido de que não tendo a JJF efetuado o saneamento do vício apontado, na forma do §1º do art. 18 do RPAF/BA, deve ser decretada a nulidade da Decisão da JJF, por preterição do direito de defesa do autuado, com fundamento no inciso II deste dispositivo, devendo o processo retornar à fase de instrução para que seja adotada a medida constante no dispositivo apontado, proferindo-se, assim, novo julgamento quanto à infração do item 2.

No que toca à infração do item 3, consignou a PGE/PROFIS que analisando os documentos que lastream esta imputação restou comprovado que muito embora estando correta a diferença de ICMS apontada como devida, o Auto de Infração indica alíquota que não foi efetivamente considerada, e base de cálculo criada pelo autuante, que “... contorceu a apuração do ICMS de tal

maneira que, a partir do valor corretamente apurado como devido, calculou a base de cálculo que lhe seria correspondente se utilizasse a alíquota de 17%, ou seja, partiu do final para chegar ao começo, do resultado extraiu a premissa, num silogismo às inversas que faz tabula rasa não só das normas que regem a apuração do ICMS, como também do princípio da ampla defesa”.

Aduz que neste contexto o contribuinte teria, como de fato teve, dificuldade de compreensão da forma de apuração do imposto que lhe está sendo exigido e, só por isso, a exigência fiscal estaria contaminada pela violação ao princípio em tela.

Observa, no entanto, que além destes fatos apontados, o Auto de Infração também contém equívocos quanto à descrição da infração, datas de ocorrência e vencimento, percentual de multa aplicável e respectivo enquadramento legal, já que da análise do demonstrativo de débito elaborado pelo autuante verifica-se que houve recolhimento espontâneo de parte do ICMS devido nos meses de junho e julho de 2004, portanto a infração seria não a falta de recolhimento do imposto, como imputado, mas recolhimento a menor, infração a qual se impõe uma multa de 60%, com fundamento no art. 42, inciso I, “b” da Lei nº 7.014/96, o que repercute nas datas de ocorrência, datas de vencimento e sobre o termo inicial da atualização monetária e dos acréscimos moratórios e, via de consequência, no valor do próprio crédito tributário.

Assim, conclui que deve ser decretada a nulidade deste item da autuação, recomendando-se à autoridade fazendária competente a renovação do procedimento, a salvo dos vícios acima apontados.

Ressaltou, ainda, ao final a PGE/PROFIS, que em vista das conclusões exaradas quanto às infrações em tela não serem coincidentes com os pedidos deduzidos pelo contribuinte em seu Recurso, opina pelo Conhecimento e Não Provimento do presente Recurso Voluntário, e pela decretação *ex officio* de nulidade da infração 3, assim como da nulidade da Decisão de Primeira Instância no que toca à infração 2.

VOTO

Inicialmente quanto ao Recurso de Ofício que se cinge à infração descrita no item 1 da autuação, julgada improcedente em Primeira Instância, de logo devemos consignar que não merece reforma a Decisão da JJJ. De fato, restou comprovado nos autos pelos documentos comprobatórios acostados pelo sujeito passivo que as operações objeto da autuação foram realizadas com o devido recolhimento do imposto devido na venda do produto final – tanque para armazenamento de água e combate a incêndio à empresa Petróleo Brasileiro S/A, localizada no Maranhão. Os insumos necessários para a montagem do produto final - (chapas de aço e cantoneiras), adquiridos pelo autuado à empresa Siderinox Comércio e Indústria Ltda, estabelecida em São Paulo, foram remetidos por esta última, por conta e ordem do sujeito passivo, à empresa Argus Construção e Manutenção Industrial Ltda., localizada no Maranhão. Após a industrialização das chapas (beneficiamento e calandragem), o estabelecimento industrializador remeteu-as, por conta e ordem do autuado, à Petrobras, onde foi montado pelo autuado o produto final – tanque - nos termos do art. 621 do RICMS/BA, que estabelece a forma de emissão dos documentos fiscais que devem embasar a operação em tela, conforme abaixo transscrito:

“Art. 621. Na saída de produtos que, por conta e ordem do autor da encomenda, for efetuada pelo estabelecimento industrializador diretamente a estabelecimento que os tiver adquirido do encomendante, observar-se-á o seguinte:

I - o estabelecimento autor da encomenda deverá:

a) emitir Nota Fiscal em nome do estabelecimento adquirente, na qual, além dos demais requisitos, constarão o nome do titular, o endereço e os números de inscrição, estadual e no CGC, do estabelecimento industrializador que irá efetuar a remessa das mercadorias ao adquirente;

b) efetuar, na Nota Fiscal referida na alínea anterior, o destaque do ICMS, se devido, que será aproveitado como crédito pelo adquirente, quando admitido;

II - o estabelecimento industrializador deverá:

a) emitir Nota Fiscal em nome do estabelecimento adquirente, para acompanhar o transporte das mercadorias, sem destaque do ICMS, na qual, além dos demais requisitos, constarão: como natureza da operação, "Remessa por conta e ordem de terceiro"; o número, a série e a data da emissão da Nota Fiscal referida no inciso anterior; o nome, o endereço e os números de inscrição, estadual e no CGC, do seu emitente;

b) emitir Nota Fiscal em nome do estabelecimento autor da encomenda, na qual, além dos demais requisitos, constarão: como natureza da operação, "Retorno simbólico de produtos industrializados por encomenda"; o nome do titular, o endereço e os números de inscrição, estadual e no CGC, do estabelecimento adquirente para o qual for efetuada a remessa dos produtos; o número, a série e a data da Nota Fiscal emitida na forma da alínea anterior; o número, a série e a data da emissão da Nota Fiscal pela qual as mercadorias tiverem sido recebidas em seu estabelecimento para industrialização; o nome, o endereço e os números de inscrição, estadual e no CGC, do seu emitente, e, ainda, o valor das mercadorias recebidas para industrialização, o valor das mercadorias empregadas e o valor total cobrado do autor da encomenda;

c) destacar, na Nota Fiscal emitida nos termos da alínea anterior, o valor do ICMS, se devido, calculado sobre o valor total cobrado do autor da encomenda, podendo este aproveitar o crédito, quando admitido.

§ 2º O estabelecimento industrializador fica dispensado da emissão da Nota Fiscal de que trata a alínea "a" do inciso II, desde que:

I - a saída dos produtos com destino ao estabelecimento adquirente seja acompanhada da Nota Fiscal prevista no inciso I;

II - no corpo da Nota Fiscal aludida no inciso anterior seja mencionada a data da efetiva saída da mercadoria com destino ao adquirente;

III - na Nota Fiscal a que se refere a alínea "b" do inciso II seja mencionada a circunstância de ter sido a remessa da mercadoria ao adquirente efetuada com o documento fiscal previsto na alínea "a" do inciso I, indicando, ainda, os seus dados identificativos.”.

Como se constata da leitura do dispositivo transcreto, ao contrário do afirmado pelo sujeito passivo, a nota fiscal de retorno simbólico a ser emitido pelo estabelecimento industrializador em nome do estabelecimento autor da encomenda – vide inciso II, alínea “b” acima – não é dispensada pela norma. A nota fiscal que pode ser dispensada é a emitida pelo industrializador (no caso a Argus) em nome do estabelecimento adquirente do produto final (no caso a Petrobrás) e que acoberta a circulação física da mercadoria, e que tem como natureza da operação “Remessa por conta e ordem de terceiros” – vide o §2º acima, desde que a saída da mercadoria seja acobertada por nota fiscal emitida pelo estabelecimento autor da encomenda (o autuado), prevista no inciso I acima.

Por conta da ausência destas notas fiscais de retorno simbólico, ocorreu a autuação sob a imputação de que houve falta de recolhimento do imposto em razão de remessa de bens para industrialização, sem o devido retorno. No entanto, como bem frisou o relator da JJJF, pela análise dos documentos acostados pelo sujeito passivo na sua defesa e na diligência realizada pela ASTEC – a saber, contrato entre o autuado e a Petrobrás, vias originais das notas fiscais de aquisição dos insumos junto à empresa Siderinox, notas fiscais de remessa emitidas pelo autuado para a empresa industrializadora Argus (estas emitidas no período de 08/08/03 a 18/08/03, em consonância com as remessa da Siderinox - vide fls. 534 a 539), notas fiscais emitidas pela Argus

destinadas ao estabelecimento autuado (de nºs 150, 774, 833, 836 e 848, constantes às fls. 551 a 556), relativas à industrialização; nota fiscal de venda de nº 23 emitida pelo autuado para a PETROBRÁS, referente a entrega de um “tanque s/teto 5.370 m³ aço carbono ...”, constante às fls. 169 dos autos – evidenciam que não houve falta de recolhimento do imposto efetivamente devido, que ocorreria na venda do produto final, apos a montagem e entrega do tanque realizada pela empresa autuado.

Ressaltamos que na nota fiscal de venda emitida pelo autuado para a Petrobrás consta o valor da operação de R\$636.478,75, tributada à alíquota de 12%, sendo que os insumos remetidos para industrialização totalizam R\$268.287,75, conforme base de cálculo indicada na autuação, que agregado ao valor dos serviços de industrialização e outros materiais, resultou num faturamento de R\$636.478,75, mesmo valor constante na referida nota fiscal.

Assim, não há de fato imposto a ser exigido, não podendo um descumprimento da obrigação acessória, descumpriada, diga-se, pelo estabelecimento industrializador e não pelo estabelecimento autuado, gerar-lhe exigência de obrigação principal. Votamos, portanto, pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, mantendo-se a improcedência do item 1 da autuação.

Quanto ao Recurso Voluntário, que se cinge às infrações descritas nos itens 2 e 3 da autuação, tecemos inicialmente as seguintes considerações:

A exigência fiscal descrita no item 2 se refere à imputação de entrada de mercadoria no estabelecimento autuado, sem o devido registro na sua escrita fiscal, tendo como datas de ocorrência 31/12/2001, 31/12/2002, 31/12/2004 e 31/12/2005. Para as datas de ocorrência 31/12/2001, 31/12/2002, 31/12/2004, o autuante corretamente enquadrou as infrações no art. 322 do RICMS (que trata da exigência de registro no livro Registro de Entradas das mercadorias e bens ingressos no estabelecimento) e a multa devida no inciso IX do art. 42 da Lei nº 7.014/96 (10% do valor comercial do bem, mercadoria ou serviço sujeitos à tributação, que tenham entrado no estabelecimento ou que por ele tenham sido utilizados, sem o devido registro na escrita fiscal).

No entanto, quanto à data de ocorrência de 31/12/2005, o autuante enquadrou equivocadamente a infração no art. 333, §1º, inciso I do RICMS (que trata da exigibilidade da entrega mensal da Declaração e Apuração Mensal do ICMS – DMA, com informações das operações e prestações realizadas pelo estabelecimento) e a multa devida como a constante no inciso XVIII, alínea “c” da Lei nº 7.014/96 (multa fixa de R\$140,00, em razão da omissão de dados ou da declaração incorreta de dados nas informações econômico-fiscais exigidas através de formulários próprios).

Tal fato, como bem frisou a procuradora que subscreveu o opinativo da PGE/PROFIS, não foi bem conduzido pela JJJF, já que a exigência fiscal relativa ao período de 31/12/2005 foi mantida, com a retificação de ofício pela Primeira Instância dos dispositivos legais relativos ao enquadramento da infração e da multa correlata, sem a devida observância de princípios basilares ao processo administrativo, notadamente os princípios da ampla defesa e do contraditório.

E de fato, ainda que a regra do art. 19 do RPAF permita o saneamento da irregularidade, não implicando nulidade o erro da indicação dos dispositivos, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal, exige-se no §1º do art. 18 do mesmo diploma legal que as incorreções e não observância dos requisitos formais sejam corrigidas e supridas, com comunicação do fato ao sujeito passivo e fornecimento no ato da intimação de cópia dos novos elementos, com a indicação do prazo de 10 (dez) dias para sobre eles se manifestar, querendo.

Apontando tal fato, posicionou-se a PGE/PROFIS pela decretação da nulidade da Decisão recorrida quanto a este período do item 1, sugerindo o retorno do processo para que a primeira instância efetue o saneamento devido, nos termos do §1º do art. 18 do RPAF/BA, proferindo-se novo julgamento, ao tempo que consignou que, diferentemente do entendimento da JJJF de que o equívoco do autuante foi por ele esclarecido na informação fiscal, tal não se deu, pois não houve de fato qualquer esclarecimento por parte deste acerca da questão.

Entretanto, embora concordemos plenamente com a PGE/PROFIS no que toca à efetiva inobservância pela JJJF do dispositivo regulamentar acima citado, entendemos que a

irregularidade detectada deve ter como consequência não o retorno do processo para novo julgamento pela primeira instância, mas a decretação da nulidade da exigência fiscal do período em tela, para que em outra ação fiscal seja exigida, a salvo das falhas apontadas, a multa devida, com o correto enquadramento da infração cometida, diante da existência de prejuízo ao sujeito passivo no seu direito à ampla defesa, não suprida, a nosso ver, com a simples abertura de prazo de 10 dias para sua manifestação, notadamente diante de outras irregularidades detectadas no presente lançamento de ofício – também apontadas pela Procuradoria – sobre as quais passaremos a nos pronunciar adiante, e que diz respeito à infração descrita no item 3 da autuação, e que leva, também, à outra nulidade.

Pois bem, na infração descrita no item 3 da autuação, imputa-se ao autuado a falta de recolhimento do ICMS no prazo regulamentar, referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, no total de R\$182.021,33. Desde a defesa alega o sujeito passivo que o autuante aplicou na exigência fiscal a alíquota de 17%, quando deveria aplicar 12%, por se tratar de operações interestaduais. Por sua vez, de fato consta na peça inicial do Auto de Infração como base de cálculo o valor de R\$1.070.713,70 e a alíquota de 17%, importando no valor de imposto de R\$182.021,33.

A JJF manteve a exigência fiscal sob o argumento de que muito embora conste a alíquota de 17%, o demonstrativo do autuante – fls. 40 – em confronto com a cópia do livro Registro de Apuração do ICMS do autuado - fls. 451 e 452 – evidencia que ao ser refeito a conta corrente da empresa, apurou-se base de cálculo de R\$1.679.215,33 e R\$1.315.148,25 nos meses de junho e julho/04, respectivamente, a qual, aplicada a alíquota de 12%, e considerando saldo credor de R\$10.663,41 do mês de maio/04, e mais créditos fiscais dos referidos meses, resultou em valores devidos de R\$103.640,69 e R\$78.380,67, o que totaliza R\$182.021,33, valor exigido no presente Auto de Infração.

A PGE/PROFIS, em acurada análise da exigência fiscal, observou que de fato o valor final apontado como devido é o constante no Auto de Infração, mas ressaltou que para a apuração do cálculo do valor devido, o autuante apontou base de cálculo (R\$1.070.713,70) e alíquota (17%) que não se referem de fato ao devido, o que teria prejudicado a defesa do sujeito passivo, impedindo-o de compreender a forma de apuração do imposto exigido.

Da análise do demonstrativo de fls. 40 a 41 e da cópia do livro Registro de Apuração da empresa, constatamos o que se segue, já apontado pela PGE/PROFIS em seu opinativo:

- I. o autuante apurou base de cálculo de R\$1.679.215,33 e R\$1.315.148,25 para os meses de junho e julho/2004, respectivamente. Sobre estes valores de base de cálculo, aplicou alíquota de 12%, encontrando os valores dos débitos de R\$201.505,82 e R\$157.817,78;
- II. após, deduziu destes valores os créditos fiscais a que teria direito o contribuinte nos referidos meses, nos valores de R\$66.855,30 e R\$9.620,19; considerando, ainda, o saldo credor de R\$10.663,41, apurado no mês de maio de 2004, assim encontrando os valores de ICMS devidos de R\$123.987,11 e R\$148.197,59;
- III. dos valores devidos foram deduzidos aqueles espontaneamente recolhidos pelo contribuinte antes da ação fiscal, quais sejam, R\$20.346,44 e R\$69.816,93,
- IV. Ao final, ao cabo de todas essas operações, foram encontrados os saldos remanescentes de R\$103.640,67 e R\$78.380,66, os quais, quando somados, totalizam o valor indicado para esta infração, ou seja, R\$182.021,33.

Por sua vez, analisando o demonstrativo do autuante de fls. 42, verifica-se que em decorrência da reconstituição da conta corrente apurou-se imposto a recolher nos meses de junho e julho, data de ocorrência 30/06/2004 e 31/07/2004, com data de vencimento correlata de 09/07/2004 e 09/08/2004, consignando-se como valores escriturado nestes meses R\$123.987,11 e R\$148.197,59, abatendo-se os valores recolhidos de R\$20.346,44 e R\$69.816,93, encontrando-se os valores finais devidos de R\$103.640,67 e R\$78.380,66, que somados importam no valor lançado no Auto de Infração de R\$182.021,33. A base de cálculo que consta neste demonstrativo para os meses em referência são

de: R\$609.651,00 e R\$461.062,71, respectivamente, que totaliza R\$1.070.713,70, lançada na peça inicial do Auto de Infração, e a alíquota nele consignado é de 17%.

Pelo exposto, comungamos com a PGE/PROFIS no sentido de que de fato não há clareza na forma de apuração do imposto exigido no presente Auto de Infração, através da reconstituição da escrita do contribuinte, o que impediu o sujeito passivo de compreender como foram levantados os valores que lhe são imputados. Frise-se que, ainda que ultrapassada esta questão, entendendo-a passível de saneamento na forma do §1º do art. 18 do RPAF/BA, não foram consignadas no demonstrativo de débito que faz parte da peça inicial do lançamento de ofício as datas de ocorrência e datas de vencimento, correlatas à infração apontada, imprescindíveis para efeito de cômputo da atualização monetária e dos acréscimos moratórios, e do termo inicial de contagem dos mesmos, tornando ilíquido o crédito tributário, o que nos leva à decretação da nulidade deste item da autuação, nos termos do art. 18, IV, “a” do RPAF/BA.

Ressaltamos, ainda, diversamente do entendido pela Procuradoria, que não houve alteração da infração imputada pelo fato de ter sido deduzido no cálculo do imposto exigido valores recolhidos pelo autuado antes da ação fiscal, pois tais deduções decorreram da reconstituição da escrita, sendo considerados, obviamente, os valores pagos mensalmente pela empresa em decorrência de sua apuração mensal.

Por outro lado, concordamos com a PGE/PROFIS no sentido de que como no seu Recurso o sujeito passivo não deduziu pedido de nulidade das infrações contestadas, nem implícita e nem expressamente, somos pelo conhecimento e NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, decretando de ofício a NULIDADE PARCIAL do item 2, relativo ao fato gerador de 31/12/2005, e a NULIDADE TOTAL da infração imputada no item 3 da autuação, recomendando à autoridade competente a renovação da ação fiscal, a salvo das falhas apontadas neste voto. Votamos, ainda, nos termos acima expostos, pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER os Recursos de Ofício e Voluntário apresentados e, de ofício, decretar a NULIDADE PARCIAL do item 2 relativo ao fato gerador de 31/12/2005 e a NULIDADE TOTAL da infração imputada no item 3 da autuação, para modificar a Decisão recorrida e julgar PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração nº 233014.0014/06-5, lavrado contra DUTOBRÁS CONSTRUÇÕES LTDA., devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento das multas por descumprimento de obrigações acessórias no total de R\$20.943,11 previstas no art. 42, incisos IX e XVIII, “c”, da Lei nº 7.014/96, com os acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei nº 9.837/05. Recomenda-se à autoridade competente a renovação da ação fiscal quanto aos itens anulados.

Sala das Sessões do CONSEF, em 14 de outubro de 2008.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

SANDRA URANIA SLVA ANDRADE – RELATORA

ANA PAULA TOMAZ MARTINS - REPR. DA PGE/PROFIS