

A. I. N° - 276473.0603/08-5
AUTUADO - SISTERMI CONSTRUÇÕES E MONTAGENS LTDA.
AUTUANTES - ROSAMRIA BARREIROS FERNANDEZ
ORIGEM - INFAC TEIXEIRA DE FREITAS
INTERNET - 16. 11. 2009

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0336-01/09

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, cabe ao destinatário efetuar a antecipação do imposto sobre o valor adicionado no prazo regulamentar. Infração subsistente. Rejeitadas as preliminares de nulidade arguidas. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Através do presente Auto de Infração, lavrado em 27/06/2008, foi atribuída ao contribuinte a falta de recolhimento do imposto por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas nos anexos 88 e 89 [constantes do inciso II do art. 353 do RICMS/97], nos meses janeiro a dezembro de 2006, janeiro a outubro de 2007, janeiro e fevereiro de 2008, exigindo imposto no valor de R\$88.267,86, acrescido da multa de 60%.

A autuante acrescentou que o contribuinte fora intimado a apresentar a documentação referente ao período de 01/01/2003 a 31/12/2007, disponibilizando apenas os documentos relativos a 01/2006 a 12/2007. Apesar de ter inscrição especial e ter como atividade a construção civil, foi verificado que compra apenas peças e acessórios para veículos automotores, significando que se utiliza da inscrição especial para comprar mercadorias sujeitas à antecipação tributária, nada recolhendo de imposto, concorrendo de forma desleal com o mercado interno de revendedores de autopeças. Por essa razão, apesar de o RICMS/97 determinar a cobrança do ICMS referente à antecipação parcial para esse tipo de inscrição, viu-se obrigada a cobrar o imposto atinente à antecipação total como justiça a uma situação que perdura por muitos anos, pois não caberia a antecipação parcial sobre mercadorias sujeitas à tributação antecipada.

O autuado ingressou com impugnação às fls. 219 a 224, insurgindo-se contra o lançamento tributário argumentando que atua no ramo de locação de máquinas e equipamentos pesados, encontrando-se estabelecido há mais de vinte anos, prestando serviços a diversas empresas públicas e privadas, também em diversos outros municípios e estados da Federação.

Assevera que de acordo com os contratos, a exemplo daqueles firmados junto à empresa Suzano Papel e Celulose, foi contratado para prestar serviços de descarga de madeira na linha de energia do pátio de madeira, através de escavação hidráulica “grua 320” durante 24 horas por dia e também prestar serviços de locação de equipamentos para a movimentação de resíduos e materiais diversos na unidade fabril, de acordo com o contrato nº. 4500132074 (fls. 246 a 258).

Salienta que em razão da atividade que exerce em cumprimento do contrato nº 4600000902 com a referida empresa (fls. 259 a 277), por ser considerado como contribuinte ESPECIAL e de acordo com a legislação própria, o impugnante não está sujeito ao recolhimento do ICMS. Assim, entende que ocorreu um equívoco por parte da autuante, que alegou a falta de recolhimento do imposto e que o

recorrente estaria “concorrendo de forma desleal com o mercado interno de revendedores de autopeças”, uma vez que nunca vendeu peças e equipamentos no mercado interno.

Acrescenta que não há no processo nenhuma nota fiscal de venda ou comercial para qualquer empresa da região, para comprovar tal alegação, tendo em vista que todas as peças se destinam ao consumo próprio, na manutenção dos diversos equipamentos e máquinas locados pela empresa Suzano Papel e Celulose.

Argúi que estando ausentes os requisitos básicos para a configuração do Auto de Infração, que são a materialidade e a autoria, o ato é nulo de pleno direito, não surtindo qualquer efeito jurídico. Ademais a autuação é descabida por não se fazer acompanhar das provas materiais, que são as notas fiscais de venda, que lhe dêem sustentação fática, como também por não existir nenhum elemento para caracterizar a alegada conduta “transgressora e criminosa”, a não ser as notas fiscais de entrada relacionadas pela fiscalização.

Realça que se prevalecer a versão dos fatos constante no Auto de Infração, ocorrerá outra ilegalidade ainda mais grave, tendo em vista que houve total inversão do ônus da prova, em ofensa ao princípio constitucional da presunção da inocência (art. 5º, inciso LVII da CF/88), isto é, ao invés de a fiscalização provar a existência da infração, o recorrente é que teria de provar a sua inocência.

Entende que o Auto de Infração não deve prosperar, em razão de vícios insanáveis que se verificam na própria descrição da infração, constatando-se que sua fundamentação jurídica é totalmente contrária aos fatos reais em que se enquadra a matéria questionada, haja vista que o impugnante está agindo de acordo com a disposição contida nos artigos 355, incisos IV, V e VII; 371 e 341, incisos I, alínea “c” e II do RICMS/BA.

Afirma que ao se consultar o item de perguntas e respostas sobre antecipação parcial, constante no site da SEFAZ/BA, se verifica que não é devido o recolhimento do ICMS relativo a “*mercadorias destinadas ao ativo fixo da empresa ou para uso e consumo do estabelecimento; mercadorias não destinadas à comercialização*”, o que confirma o equívoco da autuante.

Entende que os dispositivos relativos ao enquadramento da infração e à multa aplicada foram utilizados de forma equivocada pelo fisco, desde quando o impugnante está obrigado a cumprir os artigos anteriormente citados. Assim, a autuação não deve prosperar, uma vez que a peça processual que exige gravame contra o contribuinte deve ser precisa, direta e expressa, permitindo a ampla defesa. Além disso, a autuação deve descrever o fato com todos os detalhes e com fundamentação fática e legal, descrevendo a verdade ocorrida e constatada pela fiscalização.

Prossegue, enfatizando que sendo o Auto de Infração um ato administrativo regrado e vinculado, para ser válido e eficaz juridicamente deve preencher todos os requisitos necessários, pois a falta de indicação precisa da disposição legal tida como violada o torna nulo, não havendo dúvida de que a presente autuação é nula em seu nascimento, já que além de não preencher os requisitos essenciais, provoca cerceamento do direito de ampla defesa do recorrente.

Destaca que de acordo com a doutrina brasileira, o agente fiscalizador possui prerrogativa apenas para fiscalizar e autuar, uma vez que punição e aplicabilidade da justiça é um privilégio dado pela Carta Magna ao estado-juiz, por consequência à provocação do Ministério Público, que por sua vez se faz fiscal da lei, por possuir autonomia funcional e administrativa.

Observa que a autuante não foi feliz ao afirmar na fundamentação do Auto de Infração que “*por causa disso apesar do regulamento determinar a cobrança de antecipação parcial para este tipo de inscrição, vi-me na obrigação de cobrar a antecipação total como justiça a uma situação que já perdura há muitos anos.*”. Frisa que seria insano um fiscal cobrar acima da lei, pois ele tem que cumprir as determinações da lei e não sobreponha.

Tendo em vista que foi verificada a existência de vícios de forma insanáveis, que ferem disposições constitucionais e infraconstitucionais elementares, requer que, preliminarmente, seja determinada a

nulidade do Auto de Infração, com o seu consequente arquivamento, julgando insubsistente o seu registro; caso seja rejeitada essa preliminar, que seja dado provimento ao recurso, com o cancelamento da multa pecuniária e dos efeitos dela decorrentes.

A autuante prestou informação fiscal à fl. 505, salientando que na presente questão se verificam as seguintes divergências: na defesa o contribuinte alega que trabalha com locação de máquinas e equipamentos pesados, apresentando contrato social e notas fiscais de prestação de serviços, entretanto no cadastro da SEFAZ tem o CNAE 4120400 – construção de edifícios; além disso, as notas fiscais (entregues apenas aquelas do período de janeiro de 2006 a fevereiro de 2008, apesar de a empresa estar funcionando há mais de vinte anos) se referirem apenas a compras de peças para veículos automotores enquadradas neste Estado como mercadorias sujeitas à antecipação tributária total. Como o contribuinte está inscrito como especial não paga nenhum ICMS.

Ressaltando que existem fatos bastante contraditórios, apresenta as seguintes indagações: “*Como uma empresa que loca máquinas e equipamentos não apresenta a compra desses ativos imobilizados e nem de peças para a sua manutenção? Será que só trabalha substituindo peças de veículos automotores? De quem?*” Por entender que a empresa deveria estar inscrita na condição de normal, cobrou o imposto relativo à antecipação total, tendo em vista que quem estiver se beneficiando dessa situação estará adquirindo peças de veículos de uma empresa que nada paga (provavelmente sem nota fiscal), concorrendo deslealmente com contribuintes que se encontram em situação similar, porém que cumprem suas obrigações fiscais.

Deixa esses questionamentos em aberto e a decisão final para o CONSEF, tendo em vista a manifestação das duas partes. Sugere a procedência total do Auto de Infração e solicita a posterior desqualificação da empresa como especial.

Considerando que a autuação se refere à exigência do ICMS relativo a mercadorias submetidas ao regime da antecipação tributária interna (peças automotivas) e tendo em vista que o impugnante, que é inscrito no cadastro do ICMS na condição de ESPECIAL, argumenta que tem como atividade econômica a locação de máquinas e equipamentos pesados, bem como de descarga de madeira por meio de escavadeira hidráulica; considerando que também é alegado que os materiais objeto da autuação se destinam exclusivamente ao seu consumo na manutenção de tais equipamentos e máquinas: esta 1ª JJF converteu o processo em diligência à ASTEC – Assessoria Técnica do CONSEF (fl. 511), para que diligente a ser designado adotasse as seguintes providências:

- 1 - efetuasse uma verificação *in loco* a respeito da real destinação das mercadorias em questão;
- 2 – no caso de constatação das alegações defensivas, elaborasse novos demonstrativos de débito, se fosse o caso.

Posteriormente, a Repartição Fazendária deveria entregar ao autuado as cópias reprográficas dos novos elementos acostados pelo diligente, bem como do Termo de Diligência, quando deveria ser informado ao contribuinte quanto à concessão do prazo de 10 (dez) dias, para, querendo, se manifestar nos autos. Havendo manifestação do autuado, deveria ser dada ciência à autuante.

Em atendimento à diligência requerida, o Auditor Fiscal Edgar Ferreira Pessoa Pereira esclareceu através do Parecer ASTEC nº 0095/2009 (fls. 514 a 516), que efetuou verificação no estabelecimento, quando constatou que o autuado presta serviços de locação de máquinas e equipamentos, de acordo com os contratos anexados às fls. 246 a 294.

Ressalta que manteve contato com o Sr. Gilberto, responsável pelo setor fiscal da Suzano Bahia Sul Papel e Celulose S.A., que informou que as notas fiscais relacionadas pela autuante às fls. 300 a 306 não circulam por essa empresa e que não dispõe de controle das operações efetuadas pelo autuado, que presta serviços de locação de máquinas e equipamentos, ficando a manutenção a cargo do próprio autuado.

Assevera que após analisar a relação das notas fiscais, bem como as notas fiscais acostadas às fls. 15 a 214 pela autuante e às fls. 307 a 502 pelo impugnante, constatou que esses documentos se referem a diversas mercadorias, a exemplo de CD player, antenas, alarmes, caixas de som, cones sincronizadores, *booster*, dentre outros, que são utilizados em veículos de pequeno porte.

Concluindo, apresenta o entendimento de que após efetuar as devidas verificações e analisar os documentos fiscais anexados ao processo, a destinação dada pelo autuado, no exercício de suas atividades, às mercadorias objeto da autuação é a comercialização. Por essa razão, não elaborou novo demonstrativo de débito, considerando que não houve alteração dos valores apurados.

Conforme Termo de Intimação e AR – Aviso de Recebimento acostados às fls. 518 e 519, o sujeito passivo foi cientificado a respeito do resultado da diligência, quando foi concedido o prazo de 10 (dez) dias para se manifestar, não constando dos autos nenhum pronunciamento a respeito.

VOTO

Inicialmente tratarei a respeito das arguições de nulidade suscitadas pelo sujeito passivo. Quanto à afirmação que no lançamento não se fazem presentes os requisitos básicos para a configuração do Auto de Infração, que são a materialidade e a autoria, e que no processo não constam as provas materiais, ressalto que, na verdade, os elementos de prova se encontram acostados aos autos, referindo-se às notas fiscais de aquisição das mercadorias. Conforme restou provado por meio de diligência realizada a pedido da 1^a Junta de Julgamento Fiscal, os produtos em questão se referem a peças automotivas destinadas a veículos de pequeno porte, fato este que descharacteriza a alegação defensiva de que se destinariam ao uso em equipamentos e máquinas pesadas utilizados na prestação do serviço de transporte e movimentação de madeira.

Não concordo com a afirmação de que ocorreu inversão do ônus da prova ou ofensa ao princípio constitucional da presunção da inocência, desde quando, conforme dito acima, as provas materiais que dão sustentação à acusação fiscal se encontram juntadas ao Auto de Infração, de modo que caberia ao impugnante trazer, se fosse o caso, os elementos que pudessem desconstituir o presente lançamento.

Não acato a alegação de que os dispositivos relativos ao enquadramento da infração e da multa se encontram equivocados, haja vista que a imputação decorreu do fato de o contribuinte se utilizar de inscrição estadual na condição de especial, para adquirir mercadorias para comercialização, sem proceder ao recolhimento do tributo devido, não fazendo sentido a argumentação de que se refeririam a bens de uso e consumo na prestação de serviços.

Assim, restam rejeitadas as nulidades arguidas direta ou indiretamente pelo autuado, uma vez que a descrição dos fatos e a sua capitulação legal estão condizentes com os fatos reais e com o direito aplicável. Saliento que se encontram perfeitamente demonstrados nos papéis de trabalho elaborados pela fiscalização os cálculos realizados, os quais foram efetivados para cada nota fiscal objeto da ação fiscal, inexistindo a alegada falta de clareza. Ademais, foi obedecido o devido processo legal, tendo o impugnante exercido a ampla defesa e o contraditório, estando o processo revestido de todas as formalidades legais, não havendo violação dos princípios que regem o direito administrativo fiscal.

Observo, também, que o procedimento fiscal atende às determinações previstas no art. 39 do RPAF/99 e que inexiste qualquer ofensa aos princípios constitucionais ou às disposições infraconstitucionais. Além disso, o autuado, exercendo o seu direito de ampla defesa e do contraditório, apresentou impugnação, quando demonstrou ter pleno conhecimento dos fatos arrolados na acusação fiscal que originou a lavratura do presente Auto de Infração.

No mérito, constato que através do Auto de Infração em lide foi imputada ao sujeito passivo a falta de recolhimento do ICMS referente à antecipação tributária, correspondente a mercadorias que em sua maioria se encontram enquadradas na antecipação tributária, por estarem relacionadas no item

30 do inciso II art. 353 do Dec. nº. 6.284/97 (RICMS/BA). Ressalto que a exigência tributária está disciplinada nesse dispositivo e nos artigos 371 e 372 do RICMS/97.

Realço que tendo em vista que o contribuinte argumentara que os produtos arrolados pela fiscalização se destinariam ao seu ativo imobilizado e ao uso e consumo na aplicação de máquinas e equipamentos pesados, utilizados no serviço de transporte e movimentação de madeiras e considerando que se tratava de grandes quantidades de mercadorias e que pela sua descrição tinham características de peças a serem aplicadas em veículos automotores, a 1ª JJF converteu o processo em diligência à ASTEC/CONSEF, para que tais fatos fossem esclarecidos, visando possibilitar um julgamento justo e em conformidade com a real destinação dos produtos.

Verifico que o Auditor Fiscal designado trouxe aos autos informações bastante elucidativas, ressaltando ter comprovado que o autuado presta serviços de locação de máquinas e equipamentos, entretanto foi cientificado pelo responsável pelo setor fiscal da Suzano Bahia Sul Papel e Celulose S.A., na qual o impugnante presta serviços, que as mercadorias acobertadas pelas notas fiscais objeto do levantamento não circulam nessa empresa e que não tem nenhum controle sobre as operações efetuadas pelo autuado, que é o responsável pela manutenção dos equipamentos.

Foi esclarecido, também, que as notas fiscais em questão se referem a diversas mercadorias, a exemplo de CD player, antenas, alarmes, caixas de som, cones sincronizadores, dentre outros, todos utilizados em veículos de pequeno porte, concluindo que tais produtos se destinam à comercialização.

Restou comprovado, assim, o acerto da fiscalização ao exigir o pagamento do ICMS atinente à antecipação tributária das referidas mercadorias, haja vista que o autuado as adquire para revenda, sem efetuar o pagamento do tributo em nenhum momento, seja por antecipação na entrada, seja quando das saídas dos produtos, desde quando, de acordo com as conclusões que se extrai dos elementos disponíveis nos autos, sequer emite notas fiscais em relação a tais operações. Esta linha de entendimento me conduz à seguinte conclusão: apesar de uma pequena parte das mercadorias não se encontrar subordinada à antecipação tributária, mesmo em relação a esses produtos está correta a exigência do imposto, haja vista que foram adquiridas com o intuito de comercialização e em momento algum o impugnante efetua o recolhimento do tributo devido.

No que se refere à insurgência do impugnante quanto ao fato de não ter sido juntada ao processo nenhuma nota fiscal de venda, ressalto que desde quando tais documentos se acaso existissem seriam de sua posse, caberia a ele apresentá-los. O fato é que essa ausência não prejudica o lançamento, uma vez que as notas fiscais de compra, que correspondem a mais de duzentos documentos fiscais de aquisição, concernentes a uma substancial quantidade de peças de uso automotivo, são bastantes para caracterizar definitivamente que o autuado se utilizava de sua condição de contribuinte especial para adquirir e comercializar mercadorias sujeitas à antecipação do ICMS, sem efetuar o recolhimento do imposto devido.

Por essa mesma razão não faz nenhum sentido a afirmação do autuado de que não seria devido o recolhimento do ICMS relativo a mercadorias destinadas ao ativo imobilizado ou para uso e consumo do estabelecimento, desde quando ficou evidenciado que as mercadorias se destinavam à comercialização. Ressalto, também, que essa conclusão comprova que a autuante não deixou de cumprir as determinações da lei ao exigir o imposto, uma vez que definitivamente está demonstrada que em decorrência da real destinação das mercadorias o tributo lançado é devido pelo contribuinte.

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

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 276473.0603/08-5, lavrado contra **SISTERMI CONSTRUÇÕES E MONTAGENS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento

*ESTADO DA BAHIA
SECRETARIA DA FAZENDA
CONSELHO DE FAZENDA ESTADUAL (CONSEF)*

do imposto no valor de **R\$88.267,86**, acrescido da multa de 60%, prevista no inciso II, alínea “d” do art. 42 da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de outubro de 2009.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – RELATOR

JORGE INÁCIO DE AQUINO – JULGADOR