

PROCESSO - A. I. N ° 180503.0808/08-9
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - SINOPEC INTERNATIONAL PETROLEUM SERVICE DO BRASIL LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO - Acórdão 3ª JFJ nº 0008-03/10
ORIGEM - INFRAZ TEIXEIRA DE FREITAS
INTERNET - 02/12/2010

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0418-11/10

EMENTA: ICMS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. É nulo o lançamento fiscal, pois lavrado em desacordo com o disposto no artigo 39, IV, “a”, do RPAF/99. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto contra a Decisão da 3ª Junta de Julgamento Fiscal (Acórdão JFJ nº 0008-03/10) que julgou Nulo o presente Auto de Infração, lavrado para exigir do sujeito passivo o montante de R\$52.172,56, acrescido da multa no percentual de 60%, em razão da falta de recolhimento de ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras Unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento.

A Decisão submetida à revisão desta Câmara de Julgamento Fiscal estriba-se nos seguintes fundamentos, *in verbis*:

“Preliminarmente, quanto à constitucionalidade da exigência de pagamento de diferença de alíquota, assinalo que o artigo 125, inciso I, do COTEB, exclui da competência deste Órgão Colegiado a apreciação de constitucionalidade de dispositivo normativo em vigor, e a exigência de ICMS em razão de diferença de alíquota está prevista nos artigos 2º, inciso IV, e 4º, inciso XV, da Lei nº 7.014/96, e do artigo 5º, inciso I, do RICMS/BA, pelo que rejeito a arguição de nulidade com este escopo.

Contudo, verifico que a lavratura do Auto de Infração traz vício insanável, nos termos do artigo 39, inciso IV, alínea “a”, do RPAF/99, uma vez que, embora as operações objeto do levantamento fiscal reportem-se aos meses de fevereiro a dezembro do exercício de 2008, conforme demonstrativos fiscais de fls. 08 a 11 deste processo, o fiscal autuante, ao invés de apurar o imposto devido mensalmente, para fins de atualização monetária e cálculo dos acréscimos legais, consignou no lançamento, como única data de ocorrência, a do mês de dezembro de 2008.

Como esta forma de lançamento implica em prejuízo à Fazenda Estadual, e tendo em vista que esta incorreção contraria o disposto no mencionado artigo 39, inciso IV, alínea “a”, do RPAF/99 não podendo, portanto, ser sanada por meio de diligência, não se aplicando a hipótese do §1º do artigo 18 do mesmo diploma legal, a autuação não prospera, por inobservância do devido processo legal.

Art. 39. O Auto de Infração conterá:

IV - o demonstrativo do débito tributário, discriminando, em relação a cada fato:

a) a data da ocorrência do cometimento ou do fato gerador e a data em que deveria ocorrer o pagamento, se diferente daquela;

Art. 18.

§ 1º As eventuais incorreções ou omissões e a não-observância de exigências meramente formais contidas na legislação não acarretam a nulidade do Auto de Infração ou da Notificação Fiscal, desde que seja possível determinar a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário, devendo as incorreções e omissões serem corrigidas e suprimidas por determinação da autoridade competente, desde que o fato seja comunicado ao sujeito passivo, fornecendo-se-lhe no ato da intimação cópia dos novos elementos, com a indicação do prazo de 10 (dez) dias para sobre eles se .

Nesse sentido vem decidindo este CONSEF, a exemplo dos Acórdãos CJF CJF nº 0686-11/03 e CJF nº 0194-11/04, o qual transcrito a seguir:

ACÓRDÃO CJF Nº 0194-11/04

EMENTA: ICMS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. É nulo o lançamento fiscal pois, lavrado em desacordo com o disposto no art. 39, IV, “a”, do RPAF/99. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

VOTO

Após análise dos autos, verifico que a 4ª JF fundamentou corretamente sua Decisão em declarar nulo o presente Auto de Infração, uma vez que este fora lavrado em desacordo com o disposto no art. 39, IV, “a”, do RPAF/99.

Isto porque, embora as notas fiscais se reportem às compras efetuadas pelo contribuinte nos exercícios de 2000 a 2001, os autuantes, ao invés de apurar o imposto devido mensalmente, para fins de atualização monetária e cálculo dos acréscimos legais, consignaram no Auto de Infração como data de ocorrência, a data da sua lavratura.

Outrossim, os autuantes exigiram imposto por antecipação das mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária (bebidas alcoólicas), quando nas notas fiscais constam também mercadorias sujeitas à tributação normal.

Ora, tendo em vista que tais ocorrências implicaram em prejuízo à Fazenda Estadual e, por conseguinte, não podem ser sanadas através de diligências, conforme determina o §1º, do art. 18, do RPAF/99, partilho do entendimento da 4ª JF no sentido de que a autuação não deve prosperar.

Neste contexto, impõe-se à decretação da Nulidade, e com fundamento no artigo 21, do RPAF recomendo o refazimento do procedimento fiscal a salvo de falhas.

Ante o exposto, considerando que foi devolvida a questão concernente à infração 1, na forma de Recurso de Ofício, e por não constatar nos autos fatos ou fundamentos capazes de alterar o julgado, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, para manter, na íntegra, a Decisão recorrida

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **NULO** o Auto de Infração nº 232943.0014/03-0, lavrado contra (...). Recomenda-se a renovação do procedimento fiscal a salvo de incorreções.

Assinalo, ainda, que compulsando os autos do processo detectei falhas na realização do procedimento fiscal uma vez que, descrita a imputação como falta de recolhimento de ICMS relativo a diferença de alíquota pela entrada de material de consumo oriundo de outra Unidade da Federação, foram também lançados no demonstrativo fiscal valores relativos a notas fiscais que trazem descritos bens destinados ao ativo permanente da empresa, a exemplo da Nota Fiscal de nº 00243 (fl. 21), na qual além de materiais de consumo estão também descritos bens de ativo como suporte de filtro de óleo, e motor de centrífuga, itens que totalizam o montante de valor de produto de R\$1.954,09, sobre o qual está calculado o IPI de 7%. Este documento fiscal também consta no demonstrativo de fl. 09. A mesma situação de notas fiscais indicando concomitantemente operações com material e consumo, e com bens destinadas ao ativo da empresa, repete-se na Nota Fiscal de nº 000244 (22), 000246 (fl. 24), 000247 (fl. 25), também lançadas no demonstrativo fiscal, embora a empresa remetente classifique a operação, nestes documentos fiscais, como transferência apenas de material de uso e consumo. Ressalto que nas Notas Fiscais nºs 000239, 000240, 000372, 000372, 000374, oriundas dos Estados do Rio de Janeiro e do Espírito Santo, (respectivamente fls. 17, 18, 31, 32, 33, com valores totais de produtos R\$250.135,68, R\$14.009,06, R\$101.714,28, R\$676.625,52, R\$581.434,10), embora os documentos fiscais identifiquem as operações como transferências de material de uso e consumo, estão descritos bens destinados ao ativo da empresa, a exemplo de broca de dente, motor de partida, bomba de pressão, conjunto de bomba d'água, bombas de rolamento, chapas de aço, gerador, tanque de lama, bomba de lama. Estes documentos constam do levantamento fiscal à fl. 09.

Além disto, as Notas Fiscais de nºs 01682 e 01690, emitidas pela empresa “José Reinaldo Fim Camporez, com nome de fantasia Hotel e Churrascaria Lanchonete Gaúcha, do Estado do Espírito Santo, (respectivamente emitidas nas datas de 25/07/2008 e de 02/08/2008, colacionadas às fls. 37 e 41), referem-se a venda de refeições destinadas ao autuado. Tais documentos fiscais encontram-se lançadas no demonstrativo fiscal de fl. 09, embora o Fisco tenha citado como o número de Nota Fiscal de “1632”, indicando os valores monetários, razão social do emitente, e data de emissão, da Nota Fiscal nº 01682 (fl. 41).

Diante de todo o exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração. Represento à autoridade administrativa competente, nos termos do artigo 156 do RPAF/99, no sentido da realização, salvo de incorreções, para verificação da regularidade do cumprimento das acessórias pelo sujeito passivo, em relação aos fatos indicados no presente A

Em atendimento ao art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, a 2ª JF do CONSEF recorreu de Ofício a esta Câmara de Julgamento Fiscal.

VOTO

Consoante relatado, dois foram os fundamentos utilizados pela Decisão sujeita a reexame para decretar a nulidade do presente Auto de Infração.

O primeiro deles é de fácil constatação e consiste na errônea indicação da data de ocorrência do fato gerador do imposto, pois, apesar de os demonstrativos de fls. 08/11 e as cópias dos documentos fiscais de fls. 12/44 evidenciarem que as operações tributadas ocorreram nos meses de julho a dezembro de 2008, o autuante consignou no lançamento de ofício, como data de ocorrência, exclusivamente o dia 31/12/2008.

Como bem pontuou a Junta de Julgamento Fiscal, o equívoco do autuante gerou prejuízos para o Fisco, porquanto os encargos moratórios deixaram de ser lançados mês a mês, desde a data em que a diferença de alíquotas questionada deveria ter sido adimplida pelo sujeito passivo, restando flagrantemente violado o art. 39, IV, alíneas “a” e “b”, do RPAF, segundo o qual o Auto de Infração deve conter demonstrativo do débito tributário, discriminando, em relação a cada fato, a data de ocorrência do fato gerador e a data em que deveria ter sido feito o pagamento e a base de cálculo sobre a qual foi determinado o valor do tributo.

Na hipótese vertente, o autuante olvidou-se da indicação individualizada da data de ocorrência de cada fato gerador, bem como apontou base de cálculo equivocada, diversa daquela consignada nos papéis de trabalho que instruem o Auto de Infração.

O segundo fundamento utilizado pela Junta de Julgamento Fiscal, na Decisão objurgada, refere-se à indevida inclusão, pelo autuante, de operações de aquisição de bens para o ativo permanente do sujeito passivo e refeições, mesmo em se tratando de uma autuação que contempla uma única infração: falta de recolhimento de ICMS-diferença de alíquota nas aquisições de mercadorias destinadas a **consumo do estabelecimento**.

E, realmente, a análise das notas fiscais números 00243, 00244, 00246, 00247, 00239, 00240, 00372 e 00374 (fls. 21, 22, 24, 25, 17, 18, 31, 32 e 33, respectivamente) contemplam, em meio às mercadorias enquadradas como materiais de uso e consumo, outras, que tudo indica tratar-se de bens do ativo ou produtos intermediários, a saber suporte de filtro de óleo, motor de centrifuga, broca, motor de partida, bomba de pressão, conjunto de bomba d’água, bombas de rolamento, chapas de aço, gerador, tanque de lama, bomba de lama. A inclusão dessas operações revela-se, portanto, equivocada, diante da delimitação da infração feita pelo autuante no lançamento de ofício.

Verifico, ainda, que foram incluídas na cobrança do ICMS-diferença de alíquota operações de venda de refeições realizadas no Estado do Espírito Santo (Notas Fiscais nºs 01682 e 01690 – fls. 37 e 41, respectivamente), o que não procede, a teor da legislação tributária vigente.

Tais “defeitos” até poderiam ser corrigidos no curso da ação fiscal, mediante a simples exclusão do imposto indevidamente lançado, seja por intermédio de diligência, seja por ação da própria turma de julgamento. No caso presente, entretanto, como há outro fundamento ensejador, por si só, de nulidade, tenho que a indicação dos vícios, nesta oportunidade, é útil e serve para balizar o trabalho do autuante na próxima ação fiscal.

Outro balizamento que se traz para o autuante diz respeito ao lançamento a crédito de valores que teriam sido pagos a maior pelo sujeito passivo, consoante demonstrativo de fl. 08. Nesse caso, cabe ao autuante trazer aos autos os documentos comprobatórios desses pagamentos, fazendo a respectiva indicação, de forma clara, nos levantamentos. Não havendo essa prova, o sujeito passivo deverá ser remetido ao procedimento próprio da restituição.

Ante o exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício pelo primeiro grau que decretou a nulidade da autuação.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **NULO** o Auto de Infração nº **180503.0808/08-9**, lavrado contra **SINOPEC INTERNATIONAL PETROLEUM SERVICE DO BRASIL LTDA**. Representa-se à autoridade administrativa competente, nos termos do artigo 156 do RPAF/99, no sentido da realização de novo procedimento fiscal, a salvo de incorreções, para verificação da regularidade do cumprimento das obrigações tributárias principal e acessórias pelo sujeito passivo, em relação aos fatos indicados no presente Auto de Infração.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de novembro de 2010.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

FÁBIO DE ANDRADE MOURA – RELATOR

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO SÉ - REPR. DA PGE/PROFIS