

A. I. Nº - 180503.0808/08-9
AUTUADO - SINOPEC INTERNATIONAL PETROLEUM SERVICE DO BRASIL LTDA
AUTUANTES - JOSÉ DE CASTRO DIAS
ORIGEM - INFAZ TEIXEIRA DE FREITAS
INTERNET - 23/02/2010

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0008-03/10

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. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração foi lavrado em 20/06/2009 e exige ICMS no valor total 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. Exercício de 2008 – mês de dezembro. Demonstrativos às fls. 08 a 11, com recibo de entrega ao autuado. Cópias de notas fiscais às fls. 12 a 44. Cópia do livro Registro de Entradas às fls. 46 a 64.

Às fls. 87 a 100 o sujeito passivo, por intermédio de advogados com Procuração à fl. 139, ingressa com impugnação ao lançamento de ofício. Inicialmente discorre acerca da tempestividade da defesa, e em seguida descreve a autuação e os dispositivos legais que embasam o Auto de Infração. Alega que as mercadorias cujo recolhimento do diferencial de alíquota é exigido através do Auto de Infração envolvem unicamente bens de uso e consumo recebidos em transferência de outro estabelecimento do autuado, para uso e consumo na obra em fase de realização no Estado da Bahia, anexando documentos fiscais às fls. 104 a 132.

Diz que a Constituição da República, em seu artigo 155, §2º, VII, “a” e VII, não oferece guarida à pretensão do Estado de exigir o pagamento do diferencial de alíquota do ICMS nas operações interestaduais com materiais adquiridos pelas empresas de construção civil ou por outros contribuintes, nem mesmo após a edição do Convênio SEFAZ ICMS 71/89, principalmente quando se trata de empresas de construção civil, afirmando que estas não se revestem nem de contribuintes do ICMS, no que diz respeito aos materiais empregados em suas obras, nem se constituem em consumidoras finais dos produtos que adquirem para empregar nas mesmas obras. Cita trecho do aludido Convênio e alega que a determinação dada por este não passa de esforço em buscar uma via infralegal para a consubstancialização de uma pretensão que não se molda para as empresas de engenharia voltadas para a construção civil ou para outras atividades envolvendo a execução de trabalhos de engenharia, pois afirma não caracterizar o consumo final da mercadoria nem a revenda das mesmas em ato subsequente ao recebimento dos materiais, pois estes são empregados apenas na execução das obras de engenharia contratadas. Diz que existem situações em que, por força do contrato, o cliente exige o fornecimento paralelo de bens através de operações que se caracterizam como a venda de mercadorias, mas afirma que estas situações são tratadas à parte, sem confundir os materiais empregados na obra com os que são objeto de venda mercantil.

Diz que o artigo 34 do ADCT da Constituição da República, em seu §8º, previu apenas que, na omissão do legislador complementar, os Estados poderiam, mediante instituição do ICMS, estabelecendo normas gerais a respeito deste i

do mencionado artigo recepcionou toda a legislação anterior, não incompatível com o novo sistema constitucional tributário.

Afirma que a atribuição de competência aos Estados há de ser entendida no que diz respeito ao estritamente necessário à implantação do ICMS no tocante à sua exigência com relação aos serviços de comunicação e aos serviços intermunicipais e interestaduais de transporte ausentes no sistema tributário anterior, mas não com relação à circulação de mercadorias. Defende a inconstitucionalidade do referido Convênio e dos demais dispositivos legais que buscam o pagamento do diferencial de alíquota sobre bens de uso e consumo e sobre bens de ativo fixo. Afirma ainda a sua inconstitucionalidade sob o aspecto material, considerando que as empresas de construção civil não são contribuintes de ICMS com relação aos serviços de engenharia que prestam, e afirma que isto fica claro após a edição da Lei Complementar 116/03, transcrevendo trecho do entendimento de Ives Gandra da Silva Martins. Alega que as operações típicas das empresas de construção civil permanecem sob mesmo regime jurídico, submetendo-se exclusivamente à tributação municipal pelo ISSQN. Diz que deve se atentar à Lista de serviços de que trata a Lei Complementar 116/03, afirma que o item 7.2 aplica-se aos serviços prestados pelo contribuinte, aduzindo estar de acordo com o anteriormente disposto no Decreto-Lei 406 e com a Lei Complementar 87/96, em seu artigo 3º, V.

Enfatiza que em nenhum momento os bens, objetos do Auto de Infração, foram fabricados pelo autuado fora do local de serviço. Afirma que as empresas de construção civil não se constituem em consumidor final dos materiais que utilizam em sua atividade fim, e diferencia o consumo com insumo. Diz que não resta dúvida que a utilização de um bem na produção de outros bens ou na prestação de serviços em que se empregam os mesmos não satisfaz nenhuma necessidade, portanto não se configura consumo, mas insumo do bem ou serviço produzido. Alega que a cobrança de ICMS feita ao autuado, na qualidade de empresa de engenharia, mesmo quando limitada a cobrança da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, consiste em invasão de competência dos Estados sobre os Municípios. Alega que é uma verdadeira distorção no sistema do imposto, aduzindo que se fosse efetivamente devido pelas empresas da construção civil, o ICMS teria que incidir sobre o valor agregado, já que, na condição de contribuintes do ICMS, acabariam suportando o imposto nas saídas, creditando-se do imposto relativo às entradas. Traslada trecho de julgamento e de voto do Ministro Humberto Gomes de Barros, no RESP 62.589-PB, proferido pelo Superior Tribunal de Justiça.

Transcreve trecho da posição adotada por Bernardo Ribeiro de Moraes, assim como ementa dos Recursos Especiais nº 595.773 e 247595, e do Recurso Ordinário no Mandado de Segurança nº 9630. Conclui pedindo pela improcedência do Auto de Infração, para cancelar a exigência do imposto referente ao recolhimento do diferencial de alíquota, da multa e acréscimos moratórios. Junta documentos às fls. 101 a 139.

Às fls. 143 e 144 o autuante presta Informação Fiscal não acatando as alegações defensivas. Relata que os dados numéricos levantados não foram contestados pelo contribuinte, que descreveu detalhadamente a imputação.

Relata que o contribuinte, ao tratar do mérito do Auto de Infração, diz “8 – Em primeiro lugar torna-se imperioso observar que as mercadorias cujo recolhimento do diferencial de alíquota (DIFAL) é exigido através de Auto de Infração ora impugnado envolvem unicamente bens para uso e consumo recebidos em transferência de outro estabelecimento da Autuada...”. Que, contudo, a afirmação não é verdadeira e não casa com os levantamentos fiscais anexados ao PAF (fls. 09 a 11), onde se vê que a maioria das notas fiscais é de emissão de outros contribuintes.

Que a defesa traz o velho argumento de que a Constituição da República promulgada em 1988 não permitiria a cobrança de diferença de alíquota e que ele, autuante, não entrará no mérito desta discussão, atendo-se aos mandamentos da legislação do ICMS.

Afirma que os objetivos da empresa, conforme fl. 72 do PAF, são desenvolvimento e produção de reservatórios de petróleo, gás natural e derivados.

comércio, tratamento, processamento de qualquer tipo de transporte, refino, importação, exportação, armazenagem, compra, venda, distribuição e revenda de petróleo, gás natural....”. Que, assim, os objetivos da empresa estão bem descritos e caracterizam a comercialização dos seus produtos.

Diz que, durante a fiscalização, concluiu que a empresa vinha recolhendo naturalmente as diferenças de alíquotas nos meses anteriores. E que, conforme livro Registro de Entradas de mercadorias às fls. 45 a 65, as diferenças de alíquotas foram calculadas e lançadas no livro Registro de Apuração de ICMS sem, contudo, ter sido feito o recolhimento do imposto devido. Alega ainda que o autuado não trouxe argumento capaz de elidir a autuação. Conclui pedindo pela procedência do Auto de Infração.

VOTO

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 manifestar, querendo.

Nesse sentido vem decidindo este CONSEF, a exemplo dos Acórdãos CJF nº 0634-11/03, CJF nº 0649-11/03, 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 DEU
o lançamento fiscal pois, lavrado em desacordo
“a”, do RPAF/99. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão*

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 Camporez, com nome de fantasia Hotel e Churrascaria Lanchê, Espírito Santo, (respectivamente emitidas nas datas de 25/07/2008 e

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 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.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **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.

Esta Junta recorre de ofício para uma das Câmaras do CONSEF nos termos do artigo 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 10/10/2000.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de fevereiro de 2010

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA - RELATORA

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR