

PROCESSO - A. I. Nº 019290.0036/08-5
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - AEROFAST LOGÍSTICA INTEGRADA LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO - Acórdão 2º JF nº 0117-02/11
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET - 25/11/2011

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0320-11/11

EMENTA: ICMS. NULIDADE. FALTA DE CERTEZA E LIQUIDEZ DO LANÇAMENTO. Faltam nos autos elementos capazes de configurar a infração imputada ao sujeito passivo. Há dúvida, especialmente, quanto a imputação, fato comprovado mediante diligência realizada pela ASTEC/CONSEF. Recomendada a renovação do procedimento fiscal. Recurso **NÃO PROVIDO**. De ofício, declarado o Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto em face do acórdão em referência que julgou Nulo o Auto de Infração lavrado em 30/06/2008 para exigir ICMS no valor de R\$349.765,27, por imputar ao sujeito passivo a falta de recolhimento do ICMS nos prazos regulares referente às operações escrituradas nos livros fiscais próprios.

O recorrido defendeu-se às fls. 134/142 impugnando o lançamento, afirmando que sua escrituração foi regularmente realizada, apontando a existência de saldo credor de ICMS. Juntou robusta documentação, afirmando que a capitulação legal do Auto de Infração está equivocada, vez que inexistente irregularidade alguma, não se caracterizando, no presente caso, a hipótese do art. 124, I, do RICMS/BA, e que ao contrário do que o autuante entendeu, a sua escrituração contábil comprova saldo credor do ICMS não havendo porque se cogitar em recolhimento.

A par disso, afirmou que o fisco não apontou indícios de erros, omissões ou contradições capazes de invalidar a sua escrituração e que, sem justificativa nesse sentido, limitou-se a lavrar o Auto de Infração passando a tributar nesta a ação fiscal todas as saídas de bens, pela alíquota interna do ICMS, sem considerar a sua atividade econômica desenvolvida e nem também a natureza da operação.

Reportou-se sobre o contrato social cujo objeto é a prestação de serviços de logística, atividade essa relativamente nova, que não está regulamentada por nenhum dos Estados da Federação, dando margem aos mais contraditórios enquadramentos, explicitando que a logística conceitua-se como o processo de gerenciamento estratégico do fluxo de materiais, peças, produtos acabados ou serviços, sustentados por um sistema de tecnologia da informação, gerando as empresas redução de custos, ganhos em eficiência e competitividade.

Fez digressão acerca da logística de suprimentos que disse envolver o gerenciamento estratégico do fluxo de materiais, peças ou produtos acabados, a qual foi utilizada antes mesmo da década de 80 pela indústria automobilística, que disse ser a primeira parte, e a segunda, que se trata da logística de processos relacionada com a terceirização de serviços e que integrada é a atividade empresarial que executa a logística de processos de forma coordenada, abrangendo a prestação de serviços de armazenagem, distribuição, transferência, gestão de estoques de bens, gestão de atendimento de chamados de assistência técnica e gestão de transportes, os quais podem ser executados integralmente por uma única empresa ou ser parcialmente subcontratado a terceiros.

Disse ter sido subcontratada pela empresa de transportes que integra o seu grupo econômico, a Speedpak Encomendas Expressas Ltda., a qual executa os transportes, sob a sua coordenação e responsabilidade solidária.

Fez menção que a logística otimiza processos e evita a possibilidade de um trabalho ser executado mais de uma vez, o que justifica o fato da movimentação dos bens que lhe são confiados ocorrer acobertada com a emissão de sua própria Nota Fiscal, emitida por conta e ordem de seu cliente, indicando a operação (Distribuição, Transferência, Remessa para Troca, Retorno de Troca, Retorno de Armazenagem), com o CFOP respectivo, inclusive o de “outras entradas” ou “outras saídas não especificadas”, o que se constitui em procedimento lícito e que escritura contabilmente os registros de Entrada, Saída e Apuração do ICMS, Diário, Razão, entregas das GIAS, entrada da DIEF, Inventário, Balancetes e recolhimento do ICMS, relativamente aos bens de terceiros, objeto de sua prestação de serviços, não comercializando mercadoria alguma e não agregando valor algum aos bens objeto de seus serviços.

Afirmou que logística integrada é distinta da atividade como “Armazém Geral”, “Transportadora” ou empresas de “Assistência Técnica”, sendo uma fonte de entraves à prática de alguns Estados exigirem ICMS decorrente dessa atividade, a qual, como o exame das planilhas e demais levantamentos feitos pela fiscalização, conclui-se pelo equívoco quanto ao enquadramento posto no Auto de Infração já que não realiza “agenciamento marítimo”, como equivocadamente consta das planilhas anexas ao lançamento de ofício, por não comercializar mercadorias e sim movimentá-las (Docs. 3/10).

Em socorro destas assertivas, transcreveu parcialmente o Acórdão oriundo 5ª Turma do Tribunal Administrativo Tributário do Estado de Pernambuco, nos autos do procedimento administrativo nº 00.051/06-3, que objetivou o cancelamento do Auto de Infração nº 005.03187/05-4 (Doc. 11).

Reiterou estar correta a sua escrituração fiscal sem qualquer irregularidade capaz de invalidá-la e, menos ainda, capaz de transformar um saldo credor em saldo devedor do ICMS, impugnando as planilhas que instruem o Auto de Infração, as quais disseram se limitarem a “tributar” pela alíquota interna do ICMS operações que caracterizam como de não-incidência do ICMS, tais como as de Remessa e Retorno de Armazenagem, Remessa em Comodato, Remessa para Troca.

E para evidenciar tais equívocos, disse que colacionava aos autos as planilhas e cópias das notas fiscais de Entradas e Saídas de bens, a fim de comprovar inexistir os alegados fatos geradores do ICMS nas saídas tributadas indevidamente pelo Auditor Fiscal (Docs. 12/660), o qual, sem base legal, lavrou a autuação, sendo seus serviços de logística integrada prestado a grandes conglomerados financeiros, empresas de tecnologia e de telecomunicações, em todo o território nacional, o que justifica o alto valor agregado dos bens que movimenta, quanto pelas severas sanções contratuais quando não atende aos prazos previamente acordados, como também por exigência da sua atividade.

E que, em face desse trabalho prévio por si desenvolvido em quase duas décadas de existência, ostenta níveis de desempenho excelente, em operações de grande complexidade operacional, como a logística de gestão de sobressalentes prestada a empresas de tecnologia e telecomunicações em toda a Região Norte e Nordeste do Brasil, o que tudo pode ser verificado nos contratos que anexou aos autos.

Aduziu que, por força da disparidade legislativa entre os Estados e de inexistir uma regulamentação específica acerca de sua atividade, e por estar sujeita ao risco de ter de cumprir obrigações acessórias que não dizem respeito à sua atividade, requereu ao Conselho de Política Fazendária – CONFAZ, para obter um Regime Especial que lhe fixasse um regramento único a ser cumprido em todo o País, pleito que ainda está em tramitação pelos Grupos Técnicos, concluindo pela improcedência da autuação.

Às fls. 944 e 945 consta a informação fiscal na qual o autuante aduziu que:

a) a fiscalização se estendeu até 31/12/2006;

- b) nem sempre foi apontado saldo credor, conforme documento fl. 99;
- c) realmente a atividade não foi contemplada por nenhum regulamento;
- d) entende que um bem ou serviço decorrente de operações interestaduais, mesmo que a prestação tenha sido iniciada em outra unidade da federação, mesmo que o bem seja destinado a uso há incidência do imposto, haja vista que a partir de 2006 ela passou a recolher o ICMS normalmente, conforme exhibe os documentos de folha 88;
- e) o enquadramento errado só foi comentado pelo autuado depois da ciência do Auto de Infração, pois quando do cadastramento, fls. 90/92, não pediu alteração;
- f) como algumas notas fiscais, não trazem a natureza da operação nem o CFOP, a exemplo disso pode destacar as Notas Fiscais nºs 1023 (fl. 291), 1026 (fl. 292), 1027 (fl. 293), etc., foi considerada normal. A *contra sensu* algumas notas fiscais relativas a 2003, foram impugnadas por ser retorno de remessa, CFOP 6949, fls. 295/306, enquanto que as relativas a 2005 com o mesmo CFOP tem o destaque de imposto, fls. 596/605, observa também que as remessa, cujo CFOP são 1949, 2949, relativas ao mesmo exercício também tem o destaque do imposto, já as de 2003 e 2004 não foram contempladas com esse destaque. Com relação às saídas de bem decorrente de comodatos, arrendamento etc, tem que observar os respectivos contratos, que não foram apresentados, seus retornos e se o contribuinte está habilitado para gozar de tal benefício.

Em relação ao mérito, esclareceu que o autuado contratado por várias empresas, dentre elas NEC do Brasil S/A, REDECARD S/A, Huawei Serviços do Brasil S/A para entrega, recebimento, conferência, identificação, subdivisão em lotes menores, distribuição, armazenagem, controle e gerenciamento estratégico dos estoques e transporte da origem ao destino.

Disse que sua pretensão foi reclamar a falta de recolhimento do ICMS no prazo regulamentar referente a operações escrituradas nos livros próprios.

Mencionou que tais bens de uso são apropriados nos livros fiscais de entradas e de saídas, da seguinte forma: vindo de outro estado com crédito de 7% ou 12%, saindo para outro Estado ou dentro do próprio Estado 17%, registra que a eles não são agregados o MVA, portanto o cálculo é de diferencial de alíquotas, só que o autuado só passou a utilizá-lo a partir de 2005.

Na pauta suplementar, a 5ª JJF, acatando o pedido do autuante de fl. 948, decidiu converter o PAF em diligência à ASTEC, o que foi atendido através do Parecer Técnico nº 40/2010, fls. 950 a 951 dos autos, no qual foi constatado que os valores apurados pela fiscalização no livro RAICMS, fls. 955 a 971, são diversos daqueles exigidos na autuação, tendo, conforme os demonstrativos de folhas 42 a 81, sido refeita a conta corrente fiscal no sistema SAFA.

Nesse Parecer consta ainda que embora o autuante tenha afirmado na informação fiscal que a exigência refere-se à diferença de alíquotas, todavia, os respectivos papéis de trabalho, de fls. 290 a 939, discrepam dos valores lançados na autuação sob exame.

Desse resultado, tanto o recorrido como o supervisor da inspetoria (ante a transferência do autuante) foram intimados, nada tendo sido arguido, aquiescendo, tacitamente.

A JJF decidiu a lide declarando a nulidade do lançamento fiscal, em síntese, sob os fundamentos seguintes, “*verbis*”;

(...)Na informação fiscal, o fiscal autuante muda o fulcro da autuação, asseverando, desta vez, que o imposto devido é relativo ao diferencial de alíquota.

Sugeriu o fiscal autuante, na mesma informação fiscal, que o PAF fosse revisado pela ASTEC/CONSEF.

Foi determinado, em diligência, que fiscal estranho ao feito, designado pela ASTEC, verificasse as questões suscitadas e os documentos acostados pela defesa e, sendo necessário, elaborasse novo demonstrativo de débito.

O resultado da diligência encontra-se relatado no PARECER TÉCNICO Nº 40/2010, o qual concluiu que os valores escriturados pelo autuante no livro RICMS, fls. 955 a 971, não coincidem com os valores exigidos no Auto de Infração.

Analizando as cópias do livro RAICMS, acostado pela diligência, constatei que não existe nenhum saldo devedor, ou seja, ICMS a recolher, como acusou o autuante na descrição da infração.

Ressaltou o auditor diligente que os demonstrativos às folhas 42 a 81, que se referem ao refazimento da conta corrente fiscal no sistema SAFA, ou seja, uma imputação diferente da constante no Auto de Infração e diferente da constante da informação fiscal.

Portanto, não resta dúvida de que a imputação constante do Auto de Infração é uma (imposto lançado e não recolhido), sendo alterada para outra imputação na informação fiscal (diferença de alíquota), fato que já seria suficiente para anulação do Auto de Infração em tela, em razão da mudança de fulcro da acusação. Entretanto, o fato se torna mais grave após constatação da diligência de que seria uma terceira imputação, diferente das duas apresentadas pelo fiscal.

Assim, para uma mesma suposta infração, haveria 03 acusações diferentes, em momento diferente, para uma única irregularidade.

Nos termos do art. 18, IV, “a”, do RPAF, é nulo o lançamento que não contiver elementos suficientes para caracterizar a infração. Os valores lançados através do presente Auto de Infração carecem de certeza e liquidez. Faltam nos autos elementos capazes de configurar a infração imputada ao sujeito passivo. Há dúvida, especialmente, quanto a imputação.

Recomendo ao Inspetor Fazendário verificar se existem elementos que justifiquem a renovação da ação fiscal, a salvo das falhas acima mencionadas, caso o ICMS não seja recolhido espontaneamente pelo contribuinte, antes de nova fiscalização.

Voto pela NULIDADE do Auto de Infração.”

Ao final do voto, em respeito ao que determina o art. 169, I, “a”, item 1, do RPAF/99, a JJF recorreu de ofício a uma das Câmaras de Julgamento Fiscal deste CONSEF.

VOTO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto em face do Julgado de Primeiro Grau que decidiu pela Nulidade do Auto de Infração lavrado para imputar ao sujeito passivo a falta de recolhimento do ICMS nos prazos regulamentares, relativos à operação escriturada nos livros fiscais próprios.

Ocorre que, em busca da verdade material, em estrita consonância com o princípio da legalidade, a Primeira Instância ao converter o PAF em diligência, acatando a sugestão do autuante ante a farta documentação acostada pelo contribuinte quando da sua Impugnação, mediante o teor do Parecer proferido pela ASTEC – Parecer Técnico nº 40-2010 - concluiu que os valores apurados pela fiscalização no livro RAICMS, às fls. 955 a 971, não são coincidentes com os valores exigidos e lançados na autuação ora em exame, o que também constato do exame das cópias do aludido Livro, sem existir saldo devedor a ser lançado.

A par disso, como relatado no voto acima transcrito, além dessa discrepância de valores, a imputação constante da autuação foi alterada por outra quando da informação fiscal, passando ali a ser a irregularidade como diferença de alíquotas, o que, por si só, culminaria de vício de nulidade o presente PAF pela mudança no fulcro da autuação. Ademais, após a diligência realizada pela ASTEC, esta constatou que seria uma terceira infração, o que tudo está por causar, insofismavelmente, insegurança quanto aos valores lançados e, ainda, quanto a real infração cometida pelo contribuinte.

Por outro lado, do resultado do Parecer referido pela ASTEC, que constatou a ausência de saldo devedor - tenho, nesse contexto, que a hipótese é de Improcedência do Auto de Infração, razão pela qual deixo de acompanhar o entendimento esposado pela JJF, de que a hipótese dos autos é de nulidade, quando, a rigor, como visto, é de Improcedência, a atrair a regra do art. 155, parágrafo único do RPAF, ficando, pois, superada a nulidade para ser declarada a Improcedência do auto infracional.

Do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, e de ofício, decreto a IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

VOTO EM SEPARADO

Muito embora concorde com o voto proferido pela ilustre relatora, entendemos pertinente fazermos algumas considerações:

Inicialmente devemos consignar que a empresa autuada exerce outras atividades secundárias, dentre estas atividades a Reparação e Manutenção de Equipamentos de Comunicação, conforme se verifica de consulta aos sistemas da SEFAZ, e esta atividade, desde que haja fornecimento de parte e peças quando da execução do serviço pelo autuado, ainda que por conta e ordem de terceiros, que a contrate para tal fim (terceirização de serviços), é tributada pelo ICMS, por caracterizar uma operação de circulação de mercadorias.

Por outro lado, inexistindo fornecimento de materiais por parte da empresa autuada, não há que se falar em incidência de ICMS, mas apenas do ISS. Ainda a mesma sendo contratada para recebimento, expedição, gerenciamento de equipamentos, partes, peças e sobressalentes do ativo de outras empresas, ainda que recebidas em transferência do seu estabelecimento matriz para tal fim, portanto atuando, nesta última operação citada, de fato como operar logístico, também não haverá incidência do imposto estadual.

Registre-se que o entendimento supra já foi cristalizado através do Parecer GECOT nº 9178/2009, proferido pela Administração Tributária desta SEFAZ, em processo de consulta apresentado pela mesma empresa ora autuada.

A empresa autuada, portanto, além de exercer a atividade de Operador Logístico, atividade esta que descreve minuciosamente em sua defesa, também pode exercer atividade tributada pelo ICMS, portanto, o que nos leva a sugerir verificação acurada deste fato em próximas fiscalizações.

Também registramos que, por força de Regime Especial solicitado pela empresa autuada à Administração Tributária da SEFAZ, através do Parecer GECOT nº 485/2009, para regulamentar os procedimentos inerentes ao exercício das atividades de recebimento, expedição, gerenciamento de equipamentos, partes, peças e sobressalentes do ativo de outras empresas que no referido Regime, ficou determinado que tanto o recebimento destes bens como sua saída para a prestação do serviço não haveria destaque de imposto, mas ressaltando que, por solidariedade (responsabilidade que encontra lastro legal no art. 6º, II da Lei nº 7.014/96 - depositário a qualquer título) a empresa ficaria responsável pelo pagamento do imposto relativo à diferença de alíquotas incidente sobre o valor acrescido dos materiais enviados para conserto, em seu retorno, até o dia 09 do mês subsequente ao da entrada dos materiais recuperados, sendo vedado expressamente a utilização de qualquer crédito fiscal em sua escrita.

Ainda determinou-se, expressamente, o estorno de qualquer eventual saldo credor gerado em razão dos procedimentos estatuídos e citados acima, inclusive aqueles em desacordo com o referido Regime.

Neste sentido, a conclusão é que não mais seria cabível a existência de saldo credor na conta correte fiscal do referido contribuinte, tanto posteriormente ao referido Regime Especial, como os anteriores a ele, entendimento este que foi objeto de ratificação pelo Parecer GECOT nº 3901/2009 e onde também foi esclarecido que a empresa efetuaria o referido estorno no livro Registro de Apuração; que não deveria informar na DMA os valores correspondentes às entradas e saídas, uma vez que não está sujeita ao regime de apuração normal (ou seja, conta corrente fiscal); que no campo “Débito do imposto” deveria lançar o valor correspondente a diferenças de alíquotas, calculada sobre o valor agregado dos sobressalentes e peças, e que a nota fiscal de retorno de conserto emitida pela contratante estabelecida em outra unidade da Federação, deveria conter o destaque do imposto, à alíquota interestadual e apenas sobre o valor agregado.

Assim, restando esclarecida a responsabilidade da empresa autuada pelo pagamento do imposto relativo à diferença de alíquotas sobre o valor acrescido das partes, peças e sobressalentes, na forma especificada no referido Regime, e os procedimentos que devem ser adotados na sua

escrita fiscal no exercício da sua atividade de logística, este é o tratamento tributário que deverá ser dispensado à empresa em questão, na vigência do Regime Especial, pela Fiscalização.

Registre-se, por fim, que a partir da Alteração nº 134 ao RICMS/BA, processada mediante a edição do Decreto nº 12080, de 01 e 02/05/2010, foi inserido o Capítulo LX, onde consta descrito o tratamento tributário dispensado pela legislação baiana às empresas que desenvolvem a atividade de operador logístico, expressamente, determinando, em seu art. 682-0, abaixo transcrito, que este, na condição de depositário, é responsável solidária pelo pagamento do imposto devido pelo contribuinte contratante dos seus serviços, estabelecido em suas dependências.

“Art. 682-O. O operador logístico fica, na condição de depositário, solidariamente responsável pelo pagamento do imposto devido pelo contribuinte estabelecido em suas dependências.”

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, de ofício, decretar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº 019290.0036/08-5, lavrado contra **AEROFAST LOGÍSTICA INTEGRADA LTDA.**

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de outubro de 2011.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

ALESSANDRA BRANDÃO BARBOSA – RELATORA

SANDRA URÂNIA SILVA ANDRADE – VOTO EM SEPARADO

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA - REPR. DA PGE/PROFIS