

A. I. Nº - 19290.0036/08-5
AUTUADO - AEROFAST LOGÍSTICA INTEGRADA LTDA.
AUTUANTE - PAULO CESAR DE CARVALHO GOMES
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET - 23.05.2011

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0117-02/11

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

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 30/06/2008, exige ICMS no valor de R\$349.765,27, decorrente da falta de recolhimento do ICMS nos prazos regulares referente as operações escrituradas nos livros fiscais próprios.

O autuado impugna o lançamento tributário às folhas 134 a 142, mediante advogado habilitado nos autos, inicialmente, transcreve a imputação e o enquadramento legal, destacando que, segundo o entendimento do auditor fiscal, a mesma resultaria da própria escrituração fiscal da autuada, dando a entender que o débito do imposto seria um dado objetivo. Todavia, a escrituração do autuado, regularmente realizada, aponta a existência de saldo credor do imposto, conforme se constata do exame da farta documentação anexa aos autos.

Argumenta que, como consequência lógica da escrituração contábil regular da autuada, o dispositivo transcrito somente seria aplicável se da ação fiscal resultasse evidência de irregularidade, devidamente fundamentada pelo Auditor Fiscal, o que não ocorreu. O mesmo se diga em relação ao dispositivo do Regulamento do ICMS/BA, apontado no Auto de Infração, na forma do art. 124, I, do RICMS/BA.

Frisa que, se a escrituração contábil da autuada aponta saldo credor do ICMS, não há que falar-se em recolhimento, a menos que da ação fiscal realizada emergissem ao menos indícios de erros, omissões ou contradições capazes de invalidá-la. Porém, não houve fundamentação alguma nesse sentido, limitando-se a ação fiscal a tributar todas as saídas de bens, pela alíquota interna do ICMS, sem considerar a atividade econômica desenvolvida pela autuada e a natureza da operação, sendo oportuno elucidar esses dois aspectos para, num segundo momento, impugnar as planilhas que instruem o Auto de Infração.

Tece comentário sobre a atividade do autuado, esclarecendo que do exame do Contrato Social da empresa revela que o objeto social 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.

Diz que em sua origem, a Logística era uma atividade militar estratégica, utilizada durante as Guerras, com a finalidade precípua de garantir o suprimento de alimentos, água, roupas, armamentos, munições, medicamentos, alojamentos e demais necessidades vitais da tropa nas diferentes frentes de batalha, espalhadas por diversos pontos de um determinado território. 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 às empresas redução de custos, ganhos em eficiência e competitividade.

Salienta que a primeira parte desse conceito contempla a chamada logística de suprimentos, compreendendo o gerenciamento estratégico do fluxo de materiais, peças ou produtos acabados, a qual foi utilizada antes mesmo da década de 80 pela indústria automobilística. A segunda parte do conceito cuida da logística de processos, que se relaciona com a terceirização de serviços. A Logística Integrada, por sua vez, 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.

Assevera que é o caso da subcontratação, pela autuada, à empresa de transportes que integra o seu grupo econômico (Speedpak Encomendas Expressas Ltda.), a qual executa os transportes, sob a coordenação e responsabilidade solidária daquela.

Salientar que a Logística otimiza processos, eliminando 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.”

Aduz que se trata de procedimento legal, visto que a autuada 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 agrega valor algum aos bens objeto de seus serviços.

Conclui que Logística Integrada não guarda relação com atividades como “Armazém Geral”, “Transportadora” ou empresas de “Assistência Técnica”, constituindo-se uma fonte de entraves a prática de alguns Estados-membros de exigirem que a requerente cumpra obrigações tributárias que não lhe dizem respeito.

Alega que, do exame das planilhas e demais levantamentos realizados pelo Auditor Fiscal, é forçoso concluir ter havido enquadramento irregular da autuada, eis que ela não é empresa de “agenciamento marítimo” como consta das planilhas que instruem o Auto de Infração e ela não comercializa mercadorias, mas sim movimenta bens (Docs. 3/10).

Transcreve trecho do voto do Julgador Relator, acompanhado pelos demais julgadores, no Acórdão proferido pela 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).

Reitera que, inexistente na escrituração fiscal, qualquer irregularidade capaz de invalidá-la e, menos ainda, capaz de transformar um saldo credor em saldo devedor do ICMS

Em relação as planilhas que instruem o Auto de Infração, impugna as mesmas argumentando que elas limitam-se 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. A fim de demonstrar as irregularidades contidas naqueles documentos, diz que instrui a defesa com as planilhas e cópias das notas fiscais de Entradas e Saídas de bens, demonstrando inexistirem fatos geradores do ICMS nas saídas tributadas indevidamente pelo Auditor Fiscal (Docs. 12/660).

Afirma que não há amparo legal tanto para a lavratura do Auto de Infração quanto para a imposição da severa penalidade imposta, que afronta ao princípio da Legalidade, sendo de rigor que essa instância administrativa declare-o insubsistente.

Destaca a abrangência dos serviços do autuado, entendendo ser relevante considerar, ainda, que a autuada presta serviços de Logística Integrada a grandes conglomerados financeiros, empresas de tecnologia e de telecomunicações, com abrangência em todo o território nacional, desenvolvendo exaustivos estudos prévios de modo a aferir a regularidade fiscal das operações que irá executar. Isso se explica tanto pelo 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.

Salienta que uma empresa de Logística Integrada que dá ensejo a autuações pela fiscalização fazendária, que não cumpre os prazos acordados e que não consegue alcançar os exigentes níveis de serviço, normalmente em torno de 95 a 98% de eficiência, não sobreviverá um ano sequer no mercado. Graças ao rigor com que esse trabalho prévio é desenvolvido, o autuado tem quase duas décadas de existência e 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 prestadas em toda a Região Norte e Nordeste do Brasil, conforme se infere do exame dos Contratos que instruem a presente defesa.

Afirma que, em razão das disparidades existentes quanto à legislação do ICMS dos Estados-membros, da falta de uma regulamentação específica de sua atividade e por estar sujeita ao risco de ter de cumprir obrigações acessórias que não dizem respeito à sua atividade, a autuada formulou junto ao Conselho de Política Fazendária – CONFAZ, requerimento no sentido de obter um Regime Especial que lhe fixe um regramento único a ser cumprido em todo o País, estando esse pleito em tramitação pelos Grupos Técnicos.

Ao finalizar, requer improcedência da autuação.

O auditor autuante, fls. 944 e 945, ao prestar a informação fiscal, diz 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 N°S. 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, esclarece 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.

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

Menciona 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.

Ao finalizar, aduz que, em caso de revisão, sugere que seja feita pela ASTEC, pois o processo ganharia mais celeridade, diante da complexidade da matéria.

O PAF foi submetido à pauta suplementar, tendo a 5ª JF decidido por sua conversão em diligência a ASTEC, para que fosse atendido o solicitado à folha 948 dos autos.

Cumprida a diligência, o auditor fiscal designado, através do PARECER TÉCNICO Nº 40/2010, fls. 950 a 951 dos autos, após descrever o que foi pedido pelo Relator, o procedimento do autuado e do autuante e de como foi realizado o trabalho diligencial, concluiu que, após analisar os documentos anexados ao PAF, constatou que os valores escriturados pelo autuante no livro RICMS, fls. 955 a 971, não coincidem com os valores exigidos no Auto de Infração, mas com os constantes dos demonstrativos às folhas 42 a 81, que se referem ao refazimento da conta corrente fiscal no sistema SAFA.

Frisa que foi esclarecido pelo autuante, na informação fiscal, que a exigência refere-se a diferença de alíquota, porém, os papéis de trabalho daquela auditoria, fls. 290 a 939, não coincidem com os valores exigidos no Auto de Infração.

Foram intimados o autuado e o supervisor da inspetoria, em razão da transferência do auditor autuante, porém, ambos silenciaram.

VOTO

O Auto de Infração em lide imputa ao autuado:

“Deixou de recolher o ICMS no(s) prazo(s) regulamentar(es) referente a operação escrituradas nos livros fiscais próprios.”

Entendo da descrição acima que o contribuinte é acusado de ter lançado imposto e não ter efetivado os recolhimentos respectivos.

O contribuinte entendeu da mesma forma.

Ao se defender da acusação que lhe foi imputada pela fiscalização, qual seja, imposto lançado e não recolhido, asseverou que sua escrituração apontava saldo credor do ICMS, não havendo em se falar em falta de recolhido de imposto lançado.

Argumentou, ainda, a defesa que as planilhas que instruem o Auto de Infração comprovam que o autuante limitou-se 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. A fim de demonstrar as irregularidades contidas naqueles documentos, a autuada instrui a defesa com as planilhas e cópias das notas fiscais de Entradas e Saídas, para demonstrar inexistirem fatos geradores do ICMS nas saídas tributadas indevidamente pelo Auditor Fiscal.

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.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **19290.0036/08-5**, lavrado contra **AEROFAST LOGÍSTICA INTEGRADA LTDA**.

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/99, com efeitos a partir de 10. 10. 00.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de maio de 2011.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – RELATOR

ANGELO MARIO DE ARAUJO PITOMBO - JULGADOR