

PROCESSO - A. I. Nº 281390.0013/09-9
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - IBRAV ACESSÓRIOS INDUSTRIAIS LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 3^a JJF nº 0116-03/11
ORIGEM - INFAS INDÚSTRIA
INTERNET - 28/03/2012

1^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0070-11/12

EMENTA: ICMS. IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO. OPERAÇÕES COM MATERIAIS E PEÇAS DE REPOSIÇÃO UTILIZADOS EM PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS ESCRITURADAS NOS LIVROS FISCAIS PRÓPRIOS. Existência de vício substancial, por desatenção ao mandamento do art. 39, III, do RPAF, implicando não somente cerceamento de defesa, o que seria passível de saneamento, mas especialmente omissão de fatos atinentes ao fulcro ou objeto do lançamento, pois o Auto de Infração imputa lançamento de imposto apurado e não recolhido, quando na verdade envolve glosas de crédito sem ser declinada a razão da glosa e cobrança de diferença de alíquotas sem elementos que permitam o entendimento da exigência fiscal. Lançamento nulo por falta de certeza e liquidez. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício, nos termos do artigo 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, interposto pela 3^a Junta de Julgamento Fiscal contra a Decisão que julgou o Auto de Infração epigrafado Procedente em Parte, através do Acórdão JJF nº 0116-03/11 - lavrado para imputar ao sujeito passivo o cometimento de duas infrações, sendo objeto do presente Recurso a infração constante do item 01, abaixo descrita:

INFRAÇÃO 1 – Deixou de recolher o ICMS nos prazos regulamentares referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios. Deixou de tributar materiais e peças de reposição utilizadas na prestação de serviços, sendo lançado imposto no valor de R\$ 121.539,48, com multa de 50%.

A Junta de Julgamento Fiscal exarou o seguinte voto, *in verbis*:

“...O contribuinte defendeu-se apenas do primeiro lançamento, que diz respeito à falta de recolhimento, nos prazos regulamentares, de ICMS relativo a operações com materiais e peças de reposição utilizados em prestações de serviços escrituradas nos livros fiscais próprios. Ou seja: tratar-se-ia de imposto lançado e não recolhido. Porém, ao prestar a informação, o fiscal autuante, após rebater os argumentos da defesa quanto à natureza dos serviços prestados pelo autuado, declarou que glosou créditos e refez a conta corrente nos exercícios fiscalizados.

E, de fato, analisando-se os demonstrativos fiscais, fica patente que o que ocorreu foi o refazimento da conta corrente. Além disso, o fiscal autuante disse que glosou créditos, sem explicar por quê: não consta qual a natureza dos bens objeto da glosa de créditos, e tampouco a razão de os créditos terem sido glosados.

Mais que isso, os demonstrativos indicam que há lançamentos relativos a diferenças de alíquotas. Ocorre que diferenças de alíquotas são cobradas é em caso de aquisições interestaduais de materiais de uso ou consumo, e neste caso se trata de materiais destinados a emprego em prestação de serviços enquadrados no item 14.01 da Lista de Serviços que integra a Lei Complementar nº 116/03. O parágrafo único do art. 5º do RICMS prescreve: “Parágrafo único. Não são considerados materiais de uso ou consumo as mercadorias ou materiais adquiridos por prestador de serviços para emprego ou aplicação na prestação de serviços de qualquer natureza (Anexo 1)”. Portanto, se esses bens não são considerados materiais de uso ou consumo, não é devido o pagamento da diferença de alíquotas. Aliás, é precisamente isso o que prevê o art. 7º, inciso I: não é devido o pagamento da diferença de alíquotas “nas aquisições de mercadorias ou materiais efetuadas por prestador de serviço para

emprego ou aplicação, como insumos, na prestação de serviços de qualquer natureza, inclusive quando se tratar de estabelecimento que desenvolva atividades mistas”.

Conforme já assinalado, de acordo com a descrição feita no Auto de Infração o lançamento diria respeito a imposto lançado e não recolhido. Porém, analisando-se a forma como foram obtidos os valores lançados, cumpre assinalar o seguinte:

1. de agosto a dezembro de 2006:

a) comparando-se o demonstrativo à fl. 12 com o livro de apuração às fls. 80/95, percebe-se que os valores do demonstrativo não têm nada a ver com imposto lançado e não recolhido. Por exemplo: em agosto de 2006 o imposto lançado é de R\$ 650,00, porém no livro de apuração (fl. 87) nesse mês havia saldo credor de R\$ 65,59; em setembro de 2006 o imposto lançado é de R\$ 905,08, porém no livro de apuração (fl. 89) nesse mês o imposto apurado era de R\$ 1.509,05;

b) o demonstrativo à fl. 12 inclui valores relativos a diferença de alíquotas;

2. de janeiro a dezembro de 2007:

a) os valores lançados no Auto e especificados no demonstrativo à fl. 38 nada têm a ver com os saldos escriturados no livro de apuração às fls. 98/121;

b) de acordo com os demonstrativos às fls. 13/37, houve um levantamento de partes e peças, apurando-se créditos e débitos com aplicação de MVA; o demonstrativo não indica se se trata de compras, vendas ou fornecimentos; tem apenas os CFOPs: 1101 e 2101, denotando que se trataria de compras para industrialização ou produção rural;

c) o demonstrativo à fl. 38 inclui valores relativos a diferença de alíquotas;

d) consta às fls. 74/76 uma listagem do Inventário de 2007, não ficando claro o que tal listagem tem a ver com ICMS lançado e não recolhido;

3. de janeiro a dezembro de 2008:

a) os valores lançados no Auto e especificados no demonstrativo à fl. 64 nada têm a ver com os saldos escriturados no livro de apuração às fls. 124/147;

b) de acordo com os demonstrativos às fls. 39/63, houve um levantamento de partes e peças, apurando-se créditos e débitos com aplicação de MVA; o demonstrativo não indica se se trata de compras, vendas ou fornecimentos; tem apenas os CFOPs: 1101 e 2101, denotando que se trataria de compras para industrialização ou produção rural;

c) o demonstrativo à fl. 64 inclui valores relativos a diferença de alíquotas;

d) consta às fls. 77-78 uma listagem do Inventário de 2008, não ficando claro o que tal listagem tem a ver com ICMS lançado e não recolhido.

Estas coisas não foram impugnadas pelo autuado, mas não se perca de vista que o autuado somente podia defender-se daquilo de que foi acusado, e a acusação é de que houve falta de recolhimento, nos prazos regulamentares, de ICMS relativo a operações com materiais e peças de reposição utilizados em prestações de serviços escrituradas nos livros fiscais próprios. Assim, compete ao órgão julgador atentar para a estrita legalidade do lançamento.

E note-se que não consta que tivessem sido entregues cópias dos demonstrativos fiscais ao contribuinte, haja vista que neles há apenas a assinatura do fiscal autuante. Portanto, a autoridade fiscal deixou de observar uma regra elementar das praxes procedimentais, que é o preceito do art. 46 do RPAF.

Deixo de mandar entregar os demonstrativos e reabrir o prazo de defesa, porque há nestes autos um vício substancial, que constitui desatenção ao mandamento do art. 39, III, do RPAF, implicando não somente cerceamento de defesa, o que seria passível de saneamento, mas especialmente omissão de fatos atinentes ao fulcro ou objeto do lançamento, pois o Auto de Infração dá a entender que teria havido lançamento de imposto apurado, mas não recolhido, quando na verdade envolve glosas de crédito sem ser declinada a razão da glosa e cobrança de diferença de alíquotas não se sabe ao certo de quê.

É nulo o lançamento do item 1º deste Auto por falta de certeza e liquidez. A repartição verificará se existem elementos que justifiquem a renovação do procedimento em relação a este item. É evidente que se o contribuinte, antes no início de nova ação fiscal, sanar alguma pendência porventura existente, inclusive mediante denúncia espontânea, se exime de sanções.

O lançamento do 2º item não foi impugnado pelo contribuinte. Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.”.

Nos termos do art.169, I, alínea “a”, item 01 do RPAF/BA, a JJF recorre de ofício da Decisão a uma das Câmaras de Julgamento Fiscal deste CONSEF.

VOTO

Da análise dos elementos constantes dos autos e do voto proferido pela JJF, entendemos não merecer reforma a Decisão recorrida ao julgar pela nulidade da infração imputada ao sujeito passivo no item 1 da peça inicial da autuação, ora em apreciação em sede de Recurso de Ofício.

E, de fato, como bem pontuou o Relator da JJF, consta na descrição da infração a falta de recolhimento do ICMS referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, ou seja, imposto lançado e não recolhido, e ainda, como complemento, a informação de que o sujeito passivo deixou de tributar materiais e peças de reposição utilizadas na prestação de serviços.

No entanto, o que exsurge da verificação dos demonstrativos e planilhas elaboradas pelo autuante – fls. 12 a 78 - e das cópias dos livros Registro de Apuração do contribuinte, acostados às fls. 79 a 148 – é que o autuante refez a conta corrente do contribuinte nos exercícios de 2006, 2007 e 2008, como ele mesmo afirma em sua informação fiscal de fls. 197 a 200, efetuando a glosa de créditos lançados e, ainda, exigindo imposto relativo à diferença de alíquotas.

Assim, a infração descrita na peça inicial da autuação – imposto lançado e não recolhido - não coincide com tais fatos, já que os demonstrativos e planilhas do autuante apontam para uma utilização indevida de crédito e, ainda, para a falta de recolhimento da diferença de alíquotas, que é devida na aquisição interestadual de mercadorias para uso e consumo do estabelecimento.

Tal fato, por si só, macula de nulidade o lançamento de ofício, por cerceio ao direito de defesa do contribuinte, que pautou sua impugnação tão-somente quanto à incidência ou não de ICMS no fornecimento de peças e mercadorias conjuntamente com o serviço prestado, como lhe foi imputado na peça inicial da autuação.

Por outro lado, como também bem pontuou a JJF, o lançamento sequer contém maiores elementos que permitam apurar de fato qual a infração cometida, e sequer há prova de que os demonstrativos e planilhas que o compõem foram entregues ao sujeito passivo.

Do exposto, nosso voto é pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, mantendo e homologando a Decisão recorrida para decretar a nulidade da infração descrita no item 01 da peça inicial da autuação, ao tempo que representamos à autoridade competente para que determine a instauração de nova ação fiscal, saneando-se os vícios apontados, observando o prazo decadencial de 05 (cinco) anos, ressaltando que para o exercício de 2006 já se operou a decadência do direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário.

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 homologando a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE EM PARTE Auto de Infração nº 281390.0013/09-9, lavrado contra **IBRAV ACESSÓRIOS INDUSTRIAIS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$2.378,95, prevista no art. 42, XI, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios previstos na Lei nº 9.837/05. Representa-se à autoridade competente para que determine a instauração de nova ação fiscal, saneando-se os vícios apontados, observando o prazo decadencial de 05 (cinco) anos, ressaltando que para o exercício de 2006 já se operou a decadência do direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de março de 2012.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

SANDRA URÂNIA SLVA ANDRADE – RELATORA

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