

PROCESSO	- A. I. Nº 206881.0001/12-8
RECORRENTE	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO	- LISE EMBALAGENS E FILMES DE PLÁSTICOS LTDA.
RECURSO	- RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 4ª JJF nº 0020-04/13
ORIGEM	- INFRAZ ATACADO
INTERNET	- 19.06.2013

3ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0229-13/13

EMENTA: ICMS. NULIDADE. DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. NOVA DECISÃO. Restou evidenciado que os documentos, informações e demais elementos constantes nos autos são suficientes à análise do mérito. Retorno dos autos à Primeira Instância para que seja proferida nova Decisão, por esta CJF não ter competência para apreciar o mérito das imputações, sob pena de supressão de instância. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de Recurso de Ofício, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, interposto pela 4ª JJF após julgamento pela Procedência em Parte do Auto de Infração, através do Acórdão nº 0020-04/13, lavrado para imputar ao sujeito passivo o cometimento de 04 infrações, das quais apenas a 01 e a 02 são objetos de Recurso de Ofício:

INFRAÇÃO 1 - Deixou de recolher o ICMS nos prazos regulamentares referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios (março a dezembro 2009). Valor Histórico: R\$136.136,95 – Multa de 50%. *“Consta que em 2009, conforme demonstrativos Auditoria da Conta Corrente do ICMS dos exercícios de 2007 a 2009, quando foram excluídos do crédito fiscal os lançamentos de energia elétrica em 2007, período em que a empresa não possuía estoques inicial e final, não tendo adquirido matérias-prima (aparas) para a fabricação do produto acabado (lona), e em 2008 período que não possuía estoques inicial e final, bem como não adquiriu matéria-prima nem vendeu produtos acabados (lona), demonstrativos das exclusões na Conta Corrente do ICMS (Demonstrativos do Crédito Indevido de Energia Elétrica 2007 e 2008, Demonstrativo do Crédito Indevido 2009, Demonstrativo do Erro na Determinação da Alíquota 2009 e Demonstrativo da Diferença de Alíquotas 2009) e photocópias dos livros Registro de Apuração do ICMS anexo I”.*

INFRAÇÃO 2 - Recolheu a menor ICMS, em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS. Valor Histórico: R\$9.079,77 – Multa de 60%. *“Consta na descrição que o recolhimento a menor deu-se em dezembro de 2009, conforme demonstrativos Auditoria da Conta Corrente do ICMS dos exercícios de 2007 a 2009 quando foram excluídos do crédito fiscal os lançamentos de energia elétrica em 2007, período em que a empresa não possuía estoques inicial e final, não tendo adquirido matérias-prima (aparas) para a fabricação do produto acabado (lona), e em 2008 período que não possuía estoques inicial e final, bem como não adquiriu matéria-prima nem vendeu produtos acabados (lona), conforme demonstrativos das exclusões no Conta Corrente do ICMS (Demonstrativos do Crédito Indevido de Energia Elétrica 2007 e 2008, Demonstrativo do Crédito Indevido 2009, Demonstrativo do Erro na Determinação da Alíquota 2009 e Demonstrativo da Diferença de Alíquotas 2009) e photocópias dos livros Registro de Apuração do ICMS anexo I.”;*

O sujeito passivo ingressou com impugnação, às fls. 291 a 293, alegando para as infrações 1 e 2 que a situação cadastral da empresa à época estava cancelada e o talonário de notas fiscais fora apreendido, em razão de impontualidade nas obrigações fiscais.

Sustenta que a solução para continuar em funcionamento foi a prestação de serviços para concorrentes, gerando desta maneira consumos de energia elétrica.

Junta cópia da Liminar de Mandado de Segurança, que determinou o restabelecimento da Inscrição Estadual, a devolução dos talonários de notas fiscais e autorizou que a empresa retire o lacre colocado no estabelecimento pelos agentes fiscais.

Em informação fiscal (fls. 339 a 346), a autuante informa que no período fiscalizado à empresa encontrava-se ativa no cadastro estadual. Diz ainda que a concessão de liminar ocorreu em 12/05/2004.

Informa que o recolhimento a menos do ICMS decorreu do desencontro entre o imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS, tendo em vista as exclusões na Conta Corrente do ICMS de Créditos Indevidos oriundos de energia elétrica (fls. 28 e 29), de erro na determinação da alíquota do ICMS (fl. 30), da falta de recolhimento da diferença de alíquotas (fl. 31) e de créditos indevidos oriundos de aquisições de mercadorias e frete para uso e consumo e do valor do IPI nas devoluções de vendas (fl. 32).

Dispõe que conforme o art. 93 inc. II alínea “a”, constitui crédito fiscal o valor do imposto anteriormente cobrado relativo às aquisições de energia elétrica usada ou consumida no estabelecimento, quando consumida no processo de industrialização.

Argumenta que como o contribuinte não possuía estoques inicial e final, não adquiriu matéria-prima (aparas) para a fabricação do produto acabado (lona) no exercício de 2007 e em 2008 não adquiriu matérias-prima nem vendeu produtos acabados (lona), comprovando que a energia elétrica não foi utilizada no processo de industrialização e sim, na prestação de serviços.

Por fim, ratifica o entendimento mantendo integralmente as infrações 01 e 02.

Ao julgar as infrações 1 e 2, a 4^a JJF assim decidiu (fls. 351/355):

O contribuinte se defende das infrações 1 e 2 dizendo ter direito ao crédito fiscal de energia elétrica (fls. 28/29) que corresponde a 98% do valor das infrações, por tê-la utilizado no seu processo produtivo prestando serviço de industrialização para concorrentes na reciclagem e granulação de aparas plásticas, enquanto que o autuante informa ter excluído esses créditos na auditoria da conta corrente de ICMS que refez por serem indevidos tendo em vista que não tendo adquirido matéria prima nem vendido produto acabado em 2007 e 2008, fica comprovado que a energia não foi utilizada no processo de industrialização. O valor restante das infrações o autuante informa corresponder a erro na determinação da alíquota do ICMS (fl. 30) e falta de recolhimento de DIFAL (fl. 31).

De logo, observo flagrante incongruência entre a tipificação das infrações (falta de recolhimento de ICMS no prazo regulamentar referente operações escrituradas - infração 1 - e recolhimento a menor de ICMS em decorrência de desencontro entre o valor do imposto recolhido e escriturado no LRAICMS – infração 2) e os ilícitos narrados, o que implica em insegurança na determinação de quais infrações, de fato, foram cometidas.

Além disso, segundo o autuante, os atos infracionais em enfoque, em especial os relativos à energia elétrica (fls. 28/29) ocorreram em 2007 e 2008 e as ocorrências correspondentes (infrações 1 e 2) estão registradas como de 2009.

Com fundamento no art. 18, IV, “a”, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF, declaro nulas as infrações 1 e 2 e com base no art. 156 do RPAF, represento à autoridade competente para instaurar novo procedimento fiscal a salvo de falhas, observando que, quanto ao crédito de energia elétrica, devem ser vistas as disposições contidas nos arts. 20, VI, “a” e “b”, 59, II, “a”, 93, II, “a”, 2, § 1o, I, “a”, “b” e “c”, II, 97, I, “a”, III e VI, todos do RICMS-BA.

De ofício, a 4^a Junta de Julgamento Fiscal recorreu da Decisão prolatada para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a” do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

VOTO

O presente Recurso de Ofício interposto pelos julgadores da 4^a Junta de Julgamento Fiscal deste CONSEF tem por objeto reappreciar o Acórdão de nº 0020-04/13 na forma estabelecida pelo art. 169, I

do RPAF/BA, em razão da sucumbência imposta à fazenda pública estadual em face da procedência parcial da autuação.

O Recurso de Ofício restringe-se à apreciação das questões tratadas nas infrações 1 e 2 que acusam o contribuinte de ter deixado de recolher o ICMS no prazo regulamentar referente a operações escrituradas – infração 1 e recolhimento a menos do ICMS em decorrência de desencontro entre o valor do imposto recolhido e escriturado no LRAICMS – infração 2.

A 4^a JJF decidiu julgar nulas tais infrações, com o fundamento de que houve incongruência entre a tipificação das infrações e os ilícitos narrados, e ainda, que a autuante informou que as infrações ocorreram em 2007 e 2008, todavia, as registrou no Auto de Infração como ocorridas em 2009.

Verifico que a autuante refez a conta corrente fiscal, conforme planilhas às fls. 17/27, nas quais foram reunidos os dados constantes dos lançamentos do livro RAICMS, excluindo valores registrados como crédito de energia elétrica. Portanto, resta claro que a acusação não é de ICMS lançado e não recolhido, e sim falta de recolhimento e recolhimento a menos do imposto relativo a operações escrituradas, não havendo qualquer incongruência, como decidido pela JJF.

Como os valores que foram excluídos das planilhas elaboradas pela fiscalização e fornecidas à empresa, contêm dados registrados nos seus livros fiscais pela própria empresa, é compreensível a acusação, e não ocorreu qualquer prejuízo ou dificuldade que implicasse em cerceamento do direito de defesa.

Conforme comentado acima, restou evidenciado que a descrição do fato permite se verificar que os valores lançados foram apurados mediante o refazimento do Registro de Apuração do ICMS no que concerne à apuração dos valores devidos nos meses objeto da autuação.

Diante da repercussão da glosa do crédito na conta corrente e da ocorrência de saldo devedor essas datas foram apropriadas.

Assim, ao contrário do entendimento proferido pela JJF, não vejo qualquer nulidade nas infrações objeto do presente Recurso, nem tampouco necessidade de ser refeito o lançamento através de nova ação fiscal, visto que os documentos, informações e demais elementos constantes dos autos são suficientes para Decisão de mérito.

Do exposto, voto pelo PROVIMENTO do Recurso de Ofício, para que os autos retornem à Primeira Instância para que seja proferida nova Decisão, por falecer competência a esta CJF para apreciar o mérito das referidas imputações, sob pena de supressão de instância.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e declarar **NULA** a Decisão recorrida referente ao Auto de Infração nº 206881.0001/12-8, lavrado contra **LISE EMBALAGENS E FILMES DE PLÁSTICOS LTDA.**, devendo retornar os autos à Primeira Instância para que seja proferida nova Decisão.

Sala das Sessões do CONSEF, 03 de junho de 2013.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

RAISA CATARINA OLIVEIRA ALVES FERNANDES – RELATORA

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEIRO COSTA – REPR. DA PGE/PROFIS