

A. I. Nº - 278987.0009/11-4  
AUTUADO - NILSON PORTO ENGENHARIA LTDA.  
AUTUANTE - ALMIR DE SANTANA ASSIS  
ORIGEM - INFRAZ BARREIRAS  
INTERNET - 03. 10. 2013

**1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0208-01/13**

**EMENTA: ICMS.** 1. IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS. DESENCONTRO ENTRE O VALOR RECOLHIDO E O ESCRITURADO NO LRAICMS. Infração reconhecida. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. FALTA DE PAGAMENTO. BENS DO ATIVO FIXO. Descrição contraditória e insuficiente dos fatos. Falta de certeza e liquidez. Vícios substanciais. Lançamento nulo. 3. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. DESTAQUE A MAIOR EM DOCUMENTO FISCAL. O autuado utiliza os créditos destacados a maior nas notas fiscais de aquisição. A legislação do ICMS (art. 93, § 6º, RICMS/BA) ensina que na entrada de mercadorias oriundas de outras unidades da federação o crédito fiscal somente será admitido se calculado pelas alíquotas de 12% (região norte, nordeste e centro – oeste) e 7% (região sul e sudeste). Exclui-se da exigência as operações com CFOP 1556 e 2556, que o autuado não utilizou qualquer crédito. Infração em parte subsistente. 4. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. É devido o pagamento a título de antecipação parcial do ICMS pelo contribuinte na aquisição de mercadoria para comercialização (art. 12-A Lei 7.014/96). A atividade principal do autuado de Construção Civil e fabricação de pré-moldados não se amolda à exigência do ICMS antecipação parcial, cujo fato gerador ocorre nas entradas interestaduais de mercadorias para fins de comercialização. Parecer da ASTEC esclarece que as operações escrituradas com o CFOP 2101 (compras para industrialização) não foram, posteriormente, objeto de revenda, mas utilizados na fabricação de pré-moldados. Infração descaracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Vencido voto do Relator infração 02. Decisão não unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração, lavrado em 30/09/2011, para reclamar ICMS no valor total de R\$450.049,80, através das seguintes infrações:

1. Deixou de recolher o ICMS nos prazos regulamentares referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios. Falta de recolhimento de ICMS nos períodos, motivada pelas diferenças entre os valores lançados nos LRE, LRS e LAICMS. Valor R\$ 68.727,77 - Multas de 50% e 60%;
2. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença da alíquota entre as operações internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento. Valor R\$ 6.634,91 - Multa de 60%;

3. Utilizou alíquota indevida (interestadual) em operações, cujas entregas efetivas das mercadorias ocorreram em estabelecimento localizado dentro do estado. Recolhimento a menos ocasionado pela utilização de ICMS nas aquisições de mercadorias de outra UF com alíquota maior que a interestadual. Valor R\$ 20.267,06 - Multa de 60%;
4. Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial referente aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para fins de comercialização. Valor R\$ 354.420,06 - Multa de 60%;

O autuado apresenta impugnação, fls. 368/371 (volume I); descreve as infrações indicando o enquadramento e a multa aplicada.

Esclarece que na infração 1 a falta de recolhimento foi motivada pela diferença entre os valores lançados nos livros de entrada, saída e apuração de ICMS. Diz que o contribuinte acata o levantamento realizado pela fiscalização sem contestar o demonstrativo.

Com relação à infração 2, decorrente da diferença de alíquota, concordou em parte com a exigência, alegando que a maioria dos produtos adquiridos em relação às notas fiscais relacionadas pelo fisco é de materiais intermediários aplicados na produção de pré-moldados e da construção civil, salientando que não pratica atividade comercial. Diz que o autuante considerou no levantamento notas fiscais de materiais adquiridos dentro do Estado.

Na terceira infração, recolhimento a menos, tendo em vista a utilização indevida de crédito de ICMS, decorrente da aquisição da aplicação da alíquota maior que a indicada. O autuado diz que utiliza os créditos conforme destacados nas notas fiscais.

Por último, na infração 4, ICMS antecipação parcial, o autuado discorda do lançamento, argüindo que seu objeto social é “*Construções Incorporações, Pré-Moldados, Marcenaria, Estruturas Metálicas, Materiais de Construções, Obras de Infra-Estruturas (meio-fio, galerias de águas pluviais, saneamento básico, barragens, terraplenagem, pontes, viadutos e engenharia de tráfego*”, conforme descrito no seu Contrato Social.

Assevera que não se enquadra em nenhum dos artigos citados pela fiscalização, mas no artigo 355, Inciso III, redação atual dada pela alteração nº 9 (Decreto nº 7466/98) com efeitos a partir de 01/01/99, que diz: “*Não se fará a retenção ou antecipação do imposto nas operações internas, nas aquisições de outra unidade da federação ou do exterior e nas arrematações de mercadorias importadas e a preendidas ou abandonadas, quando a mercadoria se destinar: a estabelecimento industrial, inclusive microempresa e empresa de pequeno porte que se dediquem à atividade industrial, para utilização como matéria-prima, produtos intermediário ou material de embalagem*”.

Pede a improcedência do Auto de Infração.

O autuante presta informação fiscal de fl. 474 (volume II), resume as alegações defensivas, aduzindo que os demonstrativos da infração 2 não constam notas fiscais de outras unidades da Federação.

Em relação à infração 3, observa que a alegação da defesa é que vem utilizando créditos de ICMS conforme destaque nas notas fiscais, sem considerar os limites das alíquotas interestaduais de 12% e 7%, utilizando créditos com alíquotas de 17% e 19% nas notas fiscais de entradas.

Na infração 4, informa que não conseguiu identificar quais mercadorias efetivamente foram destinadas a atividade do contribuinte, uma vez que se tratam de um rol extenso.

Mantém a autuação e pede pela Procedência do Auto de Infração.

O processo Administrativo Fiscal – PAF foi convertido em diligência, fl. 478, a fim de que o preposto responsável pela diligência verificasse nos livros fiscais a efetiva apropriação dos créditos de ICMS; oferecesse parecer acerca da atividade desenvolvida pelo autuado, identificando as mercadorias destinadas à comercialização; verificar, enfim, se as aquisições com CFOP 2101 foram utilizadas na industrialização ou foram revendidas.

No parecer de fl. 482, o diligenciador elabora demonstrativo com a exclusão das notas fiscais com destaque de ICMS zero. Diz que intimou o contribuinte para especificar a real destinação das mercadorias na infração 04. Aduz que as mercadorias que não foram comercializadas é porque foram consumidas e em não cabendo antecipação parcial incide diferencial de alíquotas, considerando-se a informação via e-mail de administrador do autuado.

O Parecer supra mencionado não esclareceu a efetiva atividade explorada pelo contribuinte, nem os demonstrativos de débitos demonstram de forma clara os fatos investigados. Os autos foram convertidos em nova diligência a ser elaborada pela ASTEC.

O órgão julgador pede que se esclareça sobre a efetiva atividade desenvolvida pelo sujeito passivo, no período da autuação e identificação da exata destinação das mercadorias adquiridas (comercialização, industrialização, construção civil, serviço, etc.), na infração 03.

Na infração 04, conforme demonstrativo de fls. 343/357, a exigência de antecipação parcial relaciona mercadorias com CFOP 2101, 2350 e 2556 e o autuante firmou que não conseguiu identificar as mercadorias comercializadas, pois são de um rol extenso. Definiu que se não foram comercializadas, foram consumidas; ao invés de antecipação parcial, incide ICMS diferença de alíquotas.

O sujeito passivo, por sua vez, afirma que sua atividade é construção de edifícios, considera-se indústria, não lhe competindo pagar ICMS antecipação parcial. Registra nos livros fiscais aquisição e saída de mercadorias e bens com CFOP de indústria. Por outro lado, no sistema de pagamento de impostos, recolhe o imposto estadual código de receita 0759 (ICMS regime normal comércio), além de antecipação parcial.

Pede a diligência que, após o esclarecimento acerca da atividade desenvolvida pelo autuado, seja verificado no rol das aquisições realizadas pelo autuado, a existência de mercadorias destinadas à comercialização, além de certificar se as aquisições lançadas com o CFOP 2101 no Livro Registro de Entrada foram, de fato, utilizadas na “industrialização” ou objeto de posterior revenda.

Requer ainda o órgão julgador que seja refeito o demonstrativo da infração 04, identificando as mercadorias que foram destinadas à atividade comercial do contribuinte, excluindo as operações com CFOP diverso. Pede-se ainda anexar cópias da DMA consolidada nos exercícios 2006/2008, extrato dos pagamentos realizados pelo contribuinte com código de receita 0759 (ICMS regime normal comércio).

No Parecer ASTEC 0034/2013, fls. 537/539 (volume II) informa o diligenciador que, em visita ao estabelecimento, constatou que além da atividade econômica principal de Construção de edifícios, destaca-se ainda a fabricação de pré-moldados, saneamento básico, terraplanagens, construção de pontes e viadutos, engenharia de tráfego, etc. Diz que foi verificado no rol das aquisições realizadas pelo autuado com CFOP 2101, constatando que foram de fato utilizadas na industrialização, conforme demonstrativo de fls. 540/566, onde consta por nota fiscal, a descrição da mercadoria e sua destinação.

Diz que não foi refeito o demonstrativo da infração 04, porque as mercadorias foram destinadas à construção de edifícios ou pré-moldados, conforme o demonstrativo antes anunciado. Anexa as cópias das DMA e demonstrativos dos pagamentos, fls. 567/575.

Cientificado o autuado, fl. 577, não se manifestou.

#### VOTO VENCIDO – ITEM 2º

O presente Auto de Infração foi lavrado para exigir a falta de recolhimento do ICMS de acordo com as irregularidades apuradas nas quatro infrações descritas e relatadas na inicial dos autos. O sujeito passivo acata a exigência contida na infração 01, que totalizou R\$ 68.727,77 e resta caracterizada; cingir-se-á a lide tão somente às infrações 02, 03 e 04, que serão objeto da apreciação que segue.

Na segunda infração, o contribuinte é acusado da falta de recolhimento de ICMS diferencial de alíquota, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas ao consumo do estabelecimento, no valor de R\$ 6.634,91.

O autuado concorda apenas parcialmente com a exigência, argüindo que a maioria dos produtos adquiridos entre aqueles relacionados pelo fisco se trata de materiais intermediários aplicados na produção de pré-moldados e da construção civil, salientando que a empresa não pratica a atividade comercial. Alega ainda que o Fisco considerou no seu levantamento as notas fiscais de materiais adquiridos dentro do próprio Estado da Bahia.

O ICMS diferencial de alíquota tem origem diretamente constitucional. De acordo com o art. 155, § 2º, inciso VIII da CF 88, o Estado do destinatário da mercadoria ou serviço de transporte intermunicipal ou interestadual e de comunicações tem direito ao ICMS correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual. No Estado da Bahia, a norma encontra-se regulamentada no RICMS BA (artigos 1º, § 2º, inciso IV; 5º, inciso I; 36, § 2º e 69). Eis a expressão do artigo 5º, RICMS BA-97:

*Art. 5º Para efeitos de pagamento da diferença de alíquotas ocorre o fato gerador do ICMS no momento:*

*I - da entrada, no estabelecimento de contribuinte, de mercadoria ou bem oriundos de outra unidade da Federação, quando destinados a uso, consumo ou ativo permanente do próprio estabelecimento;*

Verifico que o Auditor Fiscal elaborou demonstrativo de débito às fls. 359/361, discriminando as operações que deram surgimento ao ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação e destinadas ao uso e consumo do estabelecimento.

Não têm sustentação as alegações defensivas, posto que não fez acostar aos autos as provas de que os materiais relacionados se tratam de intermediários, sobretudo, tendo recebido da Fiscalização cópias dos demonstrativos com a discriminação de todas as operações discriminadas na exigência fiscal, conforme recibo firmado à fl. 366 (volume I), implicando no exercício de 2006 (R\$ 1.101.72), no exercício 2007 (R\$ 932,45) e em 2008 (R\$ 4.600,74), totalizando R\$ 6.634,91. Mesmo após as duas diligências efetuadas não se incumbiu o autuado de comprovar que os materiais foram aplicados na produção de pré-moldados e da construção civil.

O demonstrativo fiscal relacionou a entrada no estabelecimento do contribuinte de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação e destinadas ao consumo no seu próprio estabelecimento, conforme indica as operações com CFOP 2.556. Os produtos arrolados no aludido demonstrativo foram todos adquiridos de outras unidades da Federação, em contrário da alegação defensiva. O fato de o autuado praticar ou não a atividade comercial é irrelevante na discussão da exigência em debate, posto que o seu fato gerador é a entrada de mercadorias destinadas a uso e consumo ou ativo permanente do próprio estabelecimento, o que resta provada nos autos pelos próprio demonstrativo e pela escrituração das operações no livro Registro de Entrada do contribuinte, cujas cópias estão acostadas aos PAF, fls. 37/341.

Aliás, a própria escrituração do autuado faz prova em favor do acerto fiscal, uma vez que a entrada dos produtos de uso e consumo foi escriturada sem o aproveitamento do crédito fiscal, o que não ocorreria, se, em contrário, as aquisições fossem destinadas à fabricação de pré moldados, como garante, com equivoco, o autuado. Infração 02 plena e integralmente caracterizada, no valor de R\$ 6.634,91.

A infração 03 relata a utilização indevida de crédito fiscal, tendo em vista o registro de alíquota interestadual maior que a indicada na legislação, no valor global de R\$ 20.267,06, concernentes a períodos dos exercícios 2006/2008.

O Auditor Fiscal elaborou demonstrativo de débito às fls. 24/35, discriminando as operações interestaduais nas quais ocorreram a utilização maior de créditos fiscais de ICMS. Alega o autuado que utiliza os créditos conforme destacados nas próprias notas fiscais de aquisição.

Não tem razão o contribuinte. A legislação do ICMS ensina que somente será admitido o crédito fiscal do valor do imposto corretamente calculado, quando o valor for destacado a mais do que o devido no documento fiscal (art. 93, § 5º, RICMS BA) e ainda que na entrada de mercadorias oriundas de outras unidades da federação o crédito fiscal somente será admitido se calculado pelas alíquotas de 12% (região norte, nordeste e centro – oeste) e 7% (região sul e sudeste), em conformidade com o art. 93, § 6º, RICMS BA, aprovado pelo Decreto 6.284/97.

Ocorre que o Auditor Fiscal incluiu em seu demonstrativo as operações com CFOP 1556 e 2556 - compra de material para uso ou consumo, que o autuado não utilizou qualquer valor de crédito fiscal, conforme se comprova das cópias de livro registro de entrada, acostados aos autos, fls. 37/341. Tais operações, assim, devem ser excluídas, o que ocorre, conforme o demonstrativo abaixo, considerando que não se observa a utilização de qualquer crédito fiscal.

período	Valor inicial	Valor excluído	Valor infração
fev/06	185,18	185,18	0,00
mar/06	34,32	34,32	0,00
abr/06	76,56	76,56	0,00
mai/06	36,26	36,26	0,00
jun/06	24,55	24,55	0,00
jul/06	24,77	24,77	0,00
ago/06	25,31	25,31	0,00
out/06	112,92	96,12	16,80
nov/06	11,62	0,00	11,62
dez/06	288,06	0,00	288,06
jan/07	75,29	26,50	48,79
fev/07	15,99	0,00	15,99
mar/07	251,31	0,00	251,31
abr/07	90,97	52,50	38,47
mai/07	560,99	0,00	560,99
jun/07	773,78	0,00	773,78
jul/07	1.076,87	0,00	1.076,87
ago/07	1.300,38	255,71	1.044,67
set/07	118,62	0,00	118,52
out/07	84,16	0,00	84,16
nov/07	554,12	0,00	554,12
jan/08	1.256,17	0,00	1.256,17
fev/08	998,92	0,00	998,92
mar/08	648,84	0,00	648,84
abr/08	901,64	0,00	901,64
mai/08	620,12	0,00	620,12
jun/08	934,94	0,00	934,94
jul/08	1.351,17	0,00	1.351,17
ago/08	2.132,17	0,00	2.132,17
set/08	1.682,36	111,53	1.570,83
out/08	1.526,77	0,00	1.526,77
nov/08	1.042,14	0,00	1.042,14
dez/08	1.449,79	0,00	1.449,79
<b>Totais</b>	<b>20.267,06</b>	<b>949,31</b>	<b>19.317,65</b>

Infração 03, subsistente em parte no valor global de R\$ 19.317,65

A infração 4 exige do sujeito passivo ICMS antecipação parcial, referente aquisição de mercadoria proveniente de outras unidades da Federação para fins de comercialização, nos exercícios 2006/2007, além de janeiro / agosto 2008, no valor global de R\$ 354.420,06.

O autuado contesta o lançamento sob a argüição que seu objetivo social é construção, incorporação, pré-moldados, marcenaria, estruturas metálicas, materiais de construções, obras de infra-estruturas, terraplenagem, pontes, viadutos e engenharia de tráfego, conforme descrito no Contrato Social. Defende que sua atividade se enquadra no disposto do art. 355, III, RICMS BA, ao dispor que não se fará a antecipação do imposto nas operações internas, nas aquisições de outra unidade da federação quando a mercadoria se destinar a estabelecimento industrial para utilização como matéria-prima, produtos intermediário ou material de embalagem.

No mérito, pelo que consta na inicial, o fulcro da autuação diz respeito a falta de recolhimento do ICMS - antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias para comercialização provenientes de outras unidades da Federação.

A autuação encontra fundamento no art. 12-A da Lei nº 7.014/96 (Lei Estadual nº 8.967/03), inserido no artigo 352-A, RICMS/BA-97, com vigência a partir de 01/03/2004.

*“Art. 12-A. Nas aquisições interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, será exigida antecipação parcial do imposto, a ser efetuada pelo próprio adquirente, independentemente do regime de apuração adotado, mediante a aplicação da alíquota interna sobre a base de cálculo prevista no inciso III do art. 23, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição.”*

*§ 1º A antecipação parcial estabelecida neste artigo não encerra a fase de tributação e não se aplica às mercadorias, cujas operações internas sejam acobertadas por:*

*I - isenção;*

*II - não-incidência;*

*III - antecipação ou substituição tributária, que encerre a fase de tributação.”*

*“Art. 352-A. Ocorre a antecipação parcial do ICMS nas entradas interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, a ser efetuada pelo próprio adquirente, independentemente do regime de apuração adotado, mediante a aplicação da alíquota interna sobre a base de cálculo prevista no inciso IX do art. 61, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição.”*

A partir de tais dispositivos legais, verifica-se que a cobrança da antecipação parcial somente pode incidir sobre mercadorias que são adquiridas com finalidade de comercialização, inherente à própria sistemática do instituto da antecipação tributária, sua aplicação apenas deve ocorrer sobre mercadorias que ainda serão objeto de circulação, tendo em vista que o seu pagamento não encerra a fase de tributação, mas gera um crédito a ser utilizado numa fase de tributação posterior. Não se aplica, pois, o instituto da antecipação parcial, no caso de mercadorias adquiridas para serem aplicadas na prestação de serviços ou na industrialização.

Do exame das notas fiscais que embasaram a exigência, discriminadas no demonstrativo fiscal de fls.343 a 361, verifico que constam aquisições com CFOP 2556 (compras de mercadorias destinadas ao uso ou consumo do estabelecimento); CFOP 2350 (aquisições de serviços de transporte) e CFOP 2101 (compras de mercadorias utilizadas em processo de industrialização).

Por outro lado, os registros cadastrais indicam que o contribuinte está inscrito com a atividade “construção de edifícios”, CNAE FISCAL 41.99-5/01, no cadastro normal de contribuintes, apurando imposto no regime de débito e crédito de ICMS, conforme provam os livros registro de entrada de mercadorias e registro de apuração de ICMS. Constam pagamentos de impostos com o código de receita 0759 (ICMS regime normal comércio).

A fim de dirimir a dúvida o PAF foi convertido em diligência, em duas oportunidades (fls. 478 e 534), que deu azo ao Parecer ASTEC 0034/2013, esclarecendo a atividade principal do autuado de Construção Civil e fabricação de pré-moldados que não se acomoda à exigência do ICMS antecipação parcial, cujo fato gerador ocorre nas entradas interestaduais de mercadorias para fins de

comercialização. O aludido Parecer esclarece ainda que mesmo as operações escrituradas com o CFOP 2101 (compras para industrialização) não foram, posteriormente, objeto de revenda, conforme demonstrativo acostado aos autos, às fls. 540/566.

Posto isso, acato o Parecer do órgão de Assessoria Técnica desse órgão julgador, para concordar com o posicionamento do autuado de que labora na atividade de construção de edifícios e fabricação de pré-moldados e, nesse caso, não cabe a exigência da antecipação parcial do ICMS. Dessa forma, a exigência de R\$ 354.420,06 resta descaracterizada.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

**VOTO VENCEDOR – ITEM 2º**

O item 2º deste Auto de Infração acusa falta de pagamento da diferença de alíquotas nas aquisições interestaduais de mercadorias destinadas a consumo do estabelecimento.

O autuado reclamou que a maioria dos bens objeto da autuação é relativa a materiais aplicados na produção de pré-moldados e na construção civil. Reclamou ainda que foram incluídos no levantamento materiais adquiridos dentro do Estado.

O deslinde dessa questão é difícil porque o demonstrativo fiscal não especifica os materiais objeto do levantamento.

O fiscal autuante, na informação, declarou que nos demonstrativos desse item 2º não constam Notas Fiscais de outras unidades da Federação.

Ora, se não constam aquisições de outros Estados, como é que está sendo cobrada diferença de alíquotas? A diferença de alíquotas só é cobrada nas operações interestaduais, tanto assim que o cálculo consiste precisamente na “diferença” entre a alíquota interna deste Estado e a alíquota interestadual do Estado de origem das mercadorias. Por conseguinte, se, conforme atesta o autuante na informação, não constam no item 2º Notas Fiscais de outras unidades da Federação, não há fundamento para a cobrança da diferença de alíquotas.

Além disso, tendo o contribuinte questionado na defesa que a maioria dos materiais objeto da autuação é relativa a materiais aplicados na produção de pré-moldados e na construção civil, o fiscal autuante nada disse quanto a esse aspecto na informação.

Este item não foi objeto de diligência, porém ficou patente nos autos, na diligência quanto ao item 4º, a cargo da ASTEC, que o autuado atua no ramo da construção civil e também fabrica pré-moldados, destacando-se serviços de saneamento básico, terraplanagens, construção de pontes e viadutos, engenharia de tráfego, etc.

A informação fiscal não foi prestada, portanto, como manda o § 6º do art. 127 do RPAF, segundo o qual a informação deve ser prestada abrangendo todos os aspectos da defesa, com fundamentação.

Neste caso, não se trata de um aspecto circunstancial, mas de um ponto básico, diz respeito à essência fundamental do lançamento, pois o contribuinte questionou que os materiais são empregados em suas atividades-fins – fabricação de pré-moldados e construção civil.

O parágrafo único do art. 5º do RICMS/97 é claro: para fins de pagamento de diferença de alíquotas, não se consideram “materiais de uso ou consumo” as mercadorias ou materiais adquiridos para emprego ou aplicação na prestação de serviços de qualquer natureza.

Embora eu não costume transcrever nos meus votos dispositivos da legislação, porque estes são do conhecimento de todos, considero que neste caso vale a pena transcrever o referido parágrafo:

“Art. 5º Para efeitos de pagamento da diferença de alíquotas, ocorre o fato gerador do ICMS no momento:

.....

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)."

A falta de clareza neste caso impede que se declare a improcedência do lançamento, haja vista que não se sabe exatamente do que se trata.

A clareza do lançamento tributário não é um requisito destinado apenas à garantia da ampla defesa e do contraditório ao acusado – a clareza é um dos requisitos do Auto de Infração (RPAF, art. 39, III) também para o órgão julgador, a fim de que ele possa se inteirar do exato teor da imputação e seus fundamentos.

A descrição do fato é feita no Auto a partir de enunciados armazenados no sistema SEAI. Porém não basta que a legislação preveja hipoteticamente uma situação e que o SEAI descreva o fato correspondente à hipótese prevista na lei, pois é preciso que o fato descrito no Auto realmente tenha ocorrido na forma e circunstâncias descritas.

Em suma, o presente lançamento, em princípio seria improcedente, haja vista que o fiscal autuante não rebateu a alegação de que os materiais seriam empregados na construção civil e na fabricação de pré-moldados, porém, como os demonstrativos não especificam quais os materiais objeto do levantamento, e considerando-se que na informação fiscal não foram prestados esclarecimentos nesse sentido, a precaução recomenda que se decrete a sua nulidade.

O lançamento do item 2º é nulo, por falta de certeza e liquidez. A repartição verificará se existem elementos que justifiquem a renovação do procedimento. 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.

Quanto aos demais aspectos, acompanho o voto do nobre Relator.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por decisão não unânime, em relação à infração 02, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **278987.0009/11-4**, lavrado contra **NILSON PORTO ENGENHARIA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$88.045,42**, acrescido das multas de 50% sobre R\$ 27.230,48 e de 60% sobre R\$ 60.814,94, previstas no art. 42, incisos I, alínea "a" e II, alínea "a" da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea "a", do RPAF//99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

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

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – RELATOR/VOTO VENCIDO – INFRAÇÃO 02

JOSÉ BIZERRRA LIMA IRMÃO – JULGADOR/VOTO VENCEDOR – INFRAÇÃO 02