

PROCESSO	- A. I. N° 2069610006/12-4
RECORRENTES	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e CHAME PEDREIRA LTDA.
RECORRIDOS	- CHAME PEDREIRA LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS	- RECURSO DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0145-01/14
ORIGEM	- INFAS VAREJO
INTERNET	- 31/07/2015

**1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO CJF N° 0158-11/15**

EMENTA: ICMS. NULIDADE DE DECISÃO. DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. NOVA DECISÃO. Impossibilidade de saneamento da exigência não configurada. Impossibilidade de conversão dos autos em diligência nesta instância de julgamento sem prejuízo ao direito de defesa do contribuinte. Nulidade da Decisão de base que se impõe. Retorno dos autos à Primeira Instância para tomada das providências saneadoras cabíveis e para que seja proferida nova Decisão. Considerado **PREJUDICADOS** a apreciação dos Recursos. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recursos de Ofício e Voluntário interpostos contra a Decisão da 1ª JJF que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 24/08/2012, para exigir do sujeito passivo crédito no valor histórico de R\$ 234.989,96, em razão do cometimento das seguintes infrações à legislação de regência:

01. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento. Valor da exigência: R\$ 9.957,34;
02. Falta de recolhimento, nos prazos regulamentares, de ICMS referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios. Valor da exigência: R\$ 180.291,53;
03. Falta de apresentação de documentos fiscais quando regularmente intimado. Valor da exigência: R\$ 460,00;
04. Declaração incorreta de dados nas informações econômico-fiscais apresentadas através de DMA. Valor da exigência: R\$ 420,00;
05. Falta de pagamento da diferença de alíquotas de ICMS nas aquisições interestaduais de material de consumo do estabelecimento. Valor da exigência: R\$ 20.752,45;
06. Fornecimento de arquivos magnéticos enviados via internet através do programa Validador/Sintegra com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes, ficando o valor da multa limitado a 1% do valor das operações de saídas e das prestações de serviços realizadas pelo estabelecimento em cada período, calculando-se a multa sobre o valor das operações ou prestações divergentes. Valor da exigência: R\$ 22.972,64;
07. Omissão de saída de mercadoria apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao “fornecido” [informado] por instituição financeira e administradora de cartão de crédito. Valor da exigência: R\$ 136,00.

Após apresentação da defesa, prestação de informações fiscais e realização de procedimento de diligência, os autos foram submetidos à apreciação da Junta de Julgamento que assim decidiu a lide na assentada de julgamento datada de 26/06/2014 (fls. 436 a 447):

VOTO

O autuado reclamou em preliminar da inexistência de intimações para esclarecimentos antes da autuação, em atenção ao princípio do contraditório.

A fiscalização pode realmente procurar obter esclarecimentos antes de proceder à autuação, mas tal providência não é obrigatória, e isso não afeta o princípio do contraditório, pois o contraditório se impõe somente a partir da instauração do processo, quando o contribuinte apresenta defesa. Na fase que antecede a lavratura do Auto de Infração ainda não existe processo, existe apenas procedimento.

No mérito, os itens 1º e 5º devem ser analisados em conjunto, dada a vinculação dos materiais de consumo

envolvidos em ambos: o item 1º cuida de utilização indevida de crédito fiscal relativo à aquisição de material de uso e consumo, e o item 5º, de falta de pagamento da diferença de alíquotas de ICMS nas aquisições interestaduais de material de consumo.

A análise dos bens e materiais objeto do levantamento fiscal é dificultada porque nos demonstrativos não foi feita a especificação das mercadorias: fls. 16 e 42-43 (item 1º) e fls. 123 e 129/131 (item 5º)

Em face das alegações da defesa, tendo em vista que, embora se perceba de plano que o levantamento envolve materiais e equipamentos de segurança, juntamente com bens do ativo imobilizado, insumos aplicados na extração de brita e peças de reposição, e considerando-se que a simples indicação do nome de alguns bens não permite conhecer a sua natureza e finalidade, além do fato de os demonstrativos fiscais não conterem a especificação dos bens, o processo foi remetido em diligência à repartição de origem, a fim de que a autoridade fiscal autuante intimasse o contribuinte, concedendo-lhe o prazo de 30 dias, para que ele descrevesse a função, na empresa, de cada categoria ou tipo dos bens objeto dos itens 1º e 5º, de modo a ficar clara a forma como cada uma das referidas categorias ou tipos de bens é empregada, utilizada ou consumida na empresa, com indicação inclusive do setor ou local em que são empregados, utilizados ou consumidos. Na mesma diligência foi solicitado que, em face das explicações prestadas pela empresa, a autoridade fiscal autuante prestasse nova informação, analisando os elementos apresentados por ela, levando em conta os critérios jurídico-contábeis atinentes à distinção entre insumos e bens de uso ou consumo, à luz do art. 93, § 1º, do RICMS/97, refazendo, se fosse o caso, o demonstrativo do débito.

A primeira parte da diligência foi cumprida: a autuante intimou o contribuinte, e este apresentou listagem (fls. 396 a 399) discriminando os bens e materiais e informando em que consiste e qual a função na empresa, informando ainda a qual item do Auto se referem (itens 1º e 5º).

Porém a autoridade fiscal não cumpriu a segunda parte da diligência, na qual foi solicitado que, em face das explicações prestadas pela empresa, a autoridade fiscal autuante prestasse nova informação, analisando os elementos apresentados por ela, levando em conta os critérios jurídico-contábeis atinentes à distinção entre insumos e bens de uso ou consumo, à luz do art. 93, § 1º, do RICMS/97.

Noutras circunstâncias, seria o caso de se devolver o processo à repartição de origem, a fim de que fosse cumprida a segunda parte da diligência. Porém, por economia processual, concluo que tal medida é inócuia, porque o levantamento fiscal neste caso envolve situações heterogêneas e inconciliáveis. Isto porque, analisando-se os bens objeto da glosa do crédito e da exigência de diferença de alíquotas (fls. 275 e 396/399), fica patente que o levantamento envolve tanto bens do ativo imobilizado, quanto insumos e também materiais de consumo:

a) bens do ativo imobilizado, dentre outros:

- carreta de perfuração, utilizada para perfurar as pedras
- equipamento utilizado no bombeamento de concreto
- componente mecânico das máquinas de perfuração das pedras
- equipamento para pesagem do mineral (balança carregadeira)
- perfuratriz
- tração do motor elétrico utilizado no processo de extração
- equipamento para impressão da pesagem das britas (Impressora BLC Carregadeira)
- triturador de brita
- peneira (máquina para classificar as britas)
- equipamento de aferição da temperatura dos materiais

b) insumos, dentre outros:

- broca
- explosivos usados na detonação das rochas
- espoleta de retardo (detonante)
- carbonitrato granulado (explosivo)
- dinamite emulsão (explosivo)
- espoletopim (detonante)
- cordel detonante

c) bens de uso e consumo, dentre outros:

- peças de reposição
- EPI (equipamentos de proteção individual)
- luvas
- válvulas
- tubos
- parafusos

No caso dos insumos e dos materiais de consumo, seria fácil a revisão do lançamento, pois tal medida consistiria simplesmente em manter a glosa dos créditos (item 1º) e a exigência da diferença de alíquotas (item

5º) dos materiais de uso e consumo, excluindo-se os insumos. Porém a depuração dos créditos relativos aos bens do ativo imobilizado é muito complexa, não se restringe simplesmente a manter ou excluir valores, pois o crédito a ser utilizado é de 1/48 a cada mês. Isso muda tudo, constituindo na verdade uma nova ação fiscal: o roteiro de fiscalização de créditos do CIAP, relativo às entradas de bens destinados ao ativo imobilizado e respectivo serviço de transporte, segue metodologia própria, disciplinada na Instrução Normativa nº 53/13, e não pode ser feito de permeio com outras situações que envolvam a aferição de créditos fiscais de origens diversas.

Tendo em vista que isso não foi observado no levantamento fiscal, a depuração dos créditos do item 1º implica uma nova ação fiscal, e como parte dos bens objeto do item 1º integra também o levantamento do item 5º, este fica igualmente prejudicado.

Em face dessas considerações, concluo que são nulos os lançamentos dos itens 1º e 5º, 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.

O item 2º acusa o contribuinte de ter deixado de recolher ICMS nos prazos regulamentares relativamente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios.

O contribuinte impugnou o lançamento com base nos incisos III e IV do art. 82 do RICMS, que cuidam da redução da base de cálculo das operações com minerais. Alega que nas saídas de pedra britada e de mão de forma a carga tributária seja correspondente a 4%. Requer a realização de diligência por outro fiscal para verificar “in loco” quais são os produtos utilizados como insumos na extração de pedra britada.

Ao prestar a informação fiscal, o autuante contrapôs que apurou os valores à luz do art. 82, III, do RICMS, que contempla o benefício da redução da base de cálculo de 33,33% sobre pedra britada e à mão, porém o contribuinte inclui outros produtos e similares na redução da base de cálculo.

Noto que há um descompasso entre o cerne da acusação fiscal e os fatos reais. A acusação é de que se trata de imposto lançado e não recolhido: “Deixou de recolher o ICMS no(s) prazo(s) regulamentar(es) referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios”. Mas, lendo-se a defesa e o que disse o fiscal na informação, fica patente que não se trata de imposto lançado e não recolhido. A questão seria relativa a uma possível adoção indevida de redução da base de cálculo.

Ora, uma coisa é o lançamento de imposto apurado e não recolhido. Coisa bem diversa é a verificação de utilização indevida de redução da base de cálculo. Em face disso, o lançamento do item 2º é nulo, por mudança do fulcro da autuação, o que implica evidente 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.

O item 3º é uma multa por falta de apresentação de documentos fiscais.

O contribuinte nega que tivesse deixado de apresentar documentos fiscais, alegando que quando foi intimado para apresentação dos livros e documentos entrou em contato com a fiscal autuante, sendo informada por ela a data e o local onde poderia deixar os livros e documentos solicitados, uma vez que estavam na sede da empresa, localizada em uma zona rural, fora da cidade, pois a autoridade fiscal não se disponibilizou a ir até a empresa, solicitando ao contador por telefone que deixasse os livros e documentos na inspetoria de Itabuna, o que o fez prontamente e dentro do prazo estipulado por telefone pela fiscal, de modo que improcede a cobrança de multa pela não entrega tempestiva, uma vez que sempre estiveram à disposição da fiscal todos os documentos e livros solicitados.

Esses fatos, narrados em detalhes na defesa, não foram negados ou sequer postos em dúvida pela autoridade fiscal, que nada diz a respeito, limitando-se a mencionar a previsão legal da multa e o termo de intimação à fl. 15.

Infração não caracterizada. A multa do item 3º é improcedente.

No item 4º está sendo aplicada uma multa por declaração incorreta de dados nas informações econômico-fiscais apresentadas através da DMA (Declaração e Apuração Mensal do ICMS).

O contribuinte alega que as DMAs foram entregues de forma correta, sendo tempestivamente retificadas, não influindo no pagamento do ICMS e não houve nenhum prejuízo aos cofres do Estado, conforme cópias das DAMs [DMAs] do período fiscalizado, cujas cópias teriam sido anexadas.

As divergências constatadas constam no demonstrativo à fl. 119. O contribuinte alegou que teria anexado cópias das DAMs (DMAs) do período fiscalizado, para provar que havia feito as correções. Não apresentou. Alegações, portanto, sem provas. Mantenho a multa.

O item 6º é uma multa por fornecimento de arquivos magnéticos enviados via internet através do programa Validador/Sintegra com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes.

O contribuinte defendeu-se dizendo que os arquivos magnéticos mensais foram entregues, conforme recibos

juntados aos autos e recibos de entrega do Sintegra anexos. Aduz que os livros Registro de Apuração do ICMS, Registro de Saídas, Registro de Entradas e Registro de Inventário estavam devidamente escriturados e foram entregue para fiscalização dentro do prazo legal, como também todas as DMAs.

Ora, a multa em questão não foi por falta de entrega dos arquivos, e sim pelo fato de os arquivos terem sido entregues com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes. As menções feitas aos livros de apuração, saídas, entradas e inventário nada têm a ver com a imputação fiscal. O demonstrativo do cálculo da multa encontra-se à fl. 200. Infração caracterizada.

O lançamento do item 7º diz respeito a omissão de saída de mercadoria apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao informado por instituição financeira e administradora de cartão de crédito.

O autuado na defesa apenas questiona a presunção da autuante em querer cobrar ICMS alegando a simples falta de indicação, na Nota Fiscal ou Cupom Fiscal, de que a venda realizada foi em dinheiro, cheque, cartão, etc. Alega que as vendas efetuadas são muito superiores aos valores informados pelas empresas administradoras de cartão de crédito. Alega que a falta de indicação nos documentos fiscais não implicou falta de recolhimento de ICMS.

Alegações sem prova. Mantendo o lançamento.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração

Como é possível constatar da análise do voto acima reproduzido, os membros integrantes da 1ª entenderam por bem julgar nulos os lançamentos consubstanciados nos itens 1, 2 e 5; improcedente a multa combinada através do item 3; e procedentes as exigências capituladas nos itens 4, 6 e 7.

Em virtude da desoneração promovida nos valores exigidos através dos itens 1, 2, 3 e 5, o órgão julgador de primeira instância recorreu de ofício nos termos do quanto previsto no art. 169, I, “a” do RPAF/1999.

Através da petição de fls. 464 a 467 o sujeito passivo se insurge contra os termos da Decisão de base, relativamente aos itens 4 e 6.

Quanto à infração 4 aduz que o fisco não fez prova do quanto alegado, já que as DMAS são transmitidas via internet, podendo ser consultadas pelos prepostos fiscais a qualquer momento restou comprovado nos autos que o recorrente não “utilizou” o crédito fiscal.

No que diz respeito à exigência capitulada no item 6, relativa à penalidade fixa combinada em decorrência da constatação de divergências entre os dados informados nos arquivos SINTEGRA e aqueles constantes dos livros fiscais, afirma o Recorrente que no exercício de 2011 só estava obrigado a entregar os arquivos magnéticos com os dados relativos às operações de entrada. Isto porque, seu faturamento no exercício de 2010 foi inferior a R\$ 600.000,00.

Argumenta que caberia a fiscalização detalhar quais as divergências foram encontradas e informá-lo de modo que se tornasse possível o exercício do seu direito de defesa, procedimento que não foi adotado. Conclui sustentando que o demonstrativo que instrui o Auto de Infração, o qual demonstra as supostas divergências por totais, não permite identificar natureza das operações omitidas ou com valores divergentes.

Instada a se manifestar, a PGE/PROFIS opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

No entender do procurador representante as alegações do Recorrente quanto a infração 4 não merecem ser acolhidas, pois a cobrança decorre da constatação de divergências entre os Livros e as DMAS, cuja prova demanda não somente a comprovação da entrega do documento fiscal, mas a refutação específica dos descompassos apontados.

Em relação à infração 6, entende que o Recorrente não se desincumbiu de provar as divergências apontadas pelo lançamento, razão pela qual a exigência deve ser mantida.

VOTO

Deixo de apreciar os Recursos de ofício e voluntário interpostos por entender restarem prejudicados, conforme exporei a seguir:

As exigências capituladas nos itens 01 e 05 do Auto de Infração dizem respeito à utilização indevida de crédito fiscal de utilização indevida de crédito fiscal relativo à aquisição de material de uso e consumo, e de falta de pagamento da diferença de alíquotas de ICMS nas aquisições interestaduais de material de consumo, respectivamente.

Ao apreciar a lide, entenderam os membros integrantes da 1ª JJF em apertada síntese nulidade dos lançamentos que, ressalte-se são conexos, em razão da impossibilidade de saneamento em procedimento de diligência, notadamente por que parte dos valores glosados se refere a bens do ativo imobilizado, cuja verificação acerca da adequada apropriação do crédito é de extrema complexidade. Vejamos:

No caso dos insumos e dos materiais de consumo, seria fácil a revisão do lançamento, pois tal medida consistiria simplesmente em manter a glosa dos créditos (item 1º) e a exigência da diferença de alíquotas (item 5º) dos materiais de uso e consumo, excluindo-se os insumos. Porém a depuração dos créditos relativos aos bens do ativo imobilizado é muito complexa, não se restringe simplesmente a manter ou excluir valores, pois o crédito a ser utilizado é de 1/48 a cada mês. Isso muda tudo, constituindo na verdade uma nova ação fiscal: o roteiro de fiscalização de créditos do CIAP, relativo às entradas de bens destinados ao ativo imobilizado e respectivo serviço de transporte, segue metodologia própria, disciplinada na Instrução Normativa nº 53/13, e não pode ser feito de permeio com outras situações que envolvam a aferição de créditos fiscais de origem diversa. Grifos meus

Com a devida vénia do entendimento firmado pelo órgão julgador *a quo* entendo ser perfeitamente possível sanear o lançamento de modo que se possa exigir do contribuinte o quantum efetivamente devido nos termos da legislação de regência.

É que, como o objeto da exigência diz respeito à apropriação indevida de crédito de ICMS quando da aquisição de materiais de uso e consumo do estabelecimento, os bens integrantes do ativo permanente que porventura estiverem arrolados nos demonstrativos elaborados pela fiscalização devem, necessariamente, ser excluídos do levantamento fiscal.

Noutro giro, no caso dos autos, a determinação pela conversão da necessária diligência saneadora, de modo que sejam devidamente analisadas as informações prestadas pelo contribuinte (fls. 396 a 399) acerca da utilização dos produtos objeto da exigência em seu processo fabril, bem assim sejam excluídos do levantamento fiscal os valores correspondentes às aquisições de ativos fixos, cuja glosa de crédito não pode ser objeto de lançamento através do Auto de Infração originário do presente PAF, nesta instância de julgamento pode implicar em supressão de instância e, porquanto, em prejuízo ao direito de defesa do contribuinte.

Diante de tais circunstâncias, declaro NULO o acórdão de base e, por conseguinte, PREJUDICADA a apreciação dos Recursos de Ofício e Voluntário, devendo os autos retornar à primeira instância para a tomada das providências saneadoras cabíveis, bem assim a prolação de nova Decisão.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar PREJUDICADOS os Recursos de Ofício e Voluntário apresentados declarar NULA a Decisão recorrida referente ao Auto de Infração nº 2069610006/12-4, lavrado contra CHAME PEDREIRA LTDA., devendo os autos retornar à primeira instância para a tomada das providências saneadoras cabíveis, bem assim a prolação de nova Decisão.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de junho de 2015.

ROSANY NUNES DE MELLO NASCIMENTO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO/RELATORA

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