

PROCESSO - A. I. Nº 269132.0003/20-8
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - MESSER GASES LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO - Acórdão 4º JJF nº 0153-04/20-VD
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 13/04/2021

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO CJF Nº 0057-12/21-VD

EMENTA: ICMS. NULIDADE DA DECISÃO. RETORNO DOS AUTOS À 1ª INSTÂNCIA. Não há razão para se decidir pela nulidade do Auto de Infração, tendo em vista a clareza da acusação e dos demonstrativos. A existência de decisão judicial não obsta a lavratura de Auto de Infração, mas apenas a sua exigibilidade. Além disso, a decisão judicial apresentada não abrange todas as operações objeto da autuação. Recurso Voluntário **PROVIDO**. Decisão de 1º grau **Nula**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício, interposto contra Decisão que julgou Nulo o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 31/03/2020, no valor de R\$810.490,85, em razão das seguintes irregularidades:

Infração 01 - 06.05.01 - Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da federação destinadas ao ativo fixo e/ou consumo do próprio estabelecimento, nos meses de janeiro a dezembro de 2016 e janeiro, fevereiro e maio a dezembro de 2017, sendo exigido ICMS no valor de R\$778.042,40, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96.

Consta ainda que se trata das entradas registradas pelo próprio Autuado como ativo fixo e/ou consumo, sendo que os valores reclamados se referem à diferença entre o que foi apurado pela fiscalização e o que foi calculado pelo Autuado e debitado em sua apuração mensal de ICMS.

Infração 02 - 06.05.01 - Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da federação destinadas ao ativo fixo e/ou consumo do próprio estabelecimento, nos meses de janeiro a dezembro de 2016 e 2017, sendo exigido ICMS no valor de R\$32.448,45, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96.

Consta ainda que se trata das entradas destinadas ao ativo fixo e/ou consumo do próprio estabelecimento e que foram equivocadamente registradas como insumos.

A 4ª JJF decidiu pela Nulidade do Auto de Infração, por unanimidade, mediante o Acórdão nº 0153-04/20-VD (fls. 79 a 88), com base no voto do Relator, a seguir transcrito:

“Trata-se de lançamento fiscal de crédito tributário, para exigir o ICMS no montante de R\$810.490,85, inerente aos anos de 2016 e 2017, conforme demonstrativos e documentos às fls. 7 a 47, através do lançamento de duas infração, sendo a infração 1 no valor de R\$778.042,40, e a infração 2 no valor de R\$32.448,45, ambas decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras Unidades da Federação destinadas ao ativo fixo e/ou consumo do próprio estabelecimento, com enquadramento no art. 4º, inc. XV da Lei nº 7.014/96, c/c art. 305, § 4º, inc. III alínea “a” do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012, mais multa de 60%, tipificada no art. 42, inc. II, alínea “f” da Lei nº 7.014/96.

Em sede de defesa o sujeito passivo diz que o lançamento não pode prevalecer sob duas arguições de mérito:

- (1) uma, diz que não há ocorrência do fato gerador do ICMS na simples transferência de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular: **DECISÃO PROFERIDA NOS AUTOS DA AÇÃO ANULATÓRIA Nº 0578993-26.2016.8.05.0001 DETERMINANDO QUE O ESTADO DA BAHIA SE ABSTENHA DE EXIGIR O ICMS NAS TRANSFERÊNCIA INTERESTADUAIS DE BENS PARA USO E CONSUMO E PARA ATIVO FIXO, SÚMULA 166 DO STJ E RECURSO REPETITIVO RESP N. 1.125.133/SP.***
- (2) a outra, diz que os itens autuados são utilizados como insumos para venda de instalação de infraestrutura de fornecimento de gases medicinais e industriais: **A IMPUGNANTE DIZ EFETUAR VENDAS DE CENTRAIS DISTRIBUIDORAS, O QUE COMPREENDE ALÉM DOS EQUIPAMENTOS A INSTALAÇÃO COMPLETA DA INFRAESTRUTURA PARA QUE AS EMPRESAS POSSAM RECEBER OS GASES.***

Por sua vez, em sede de Informação Fiscal, os agentes Autuantes, em relação a Infração 1, diz que a Autuada esclarece existir decisão judicial, determinando que o Estado da Bahia se abstenha de exigir ICMS na transferência interestadual de bens para uso e consumo e para ativo imobilizado, a qual não tinha ciência

quando da constituição do lançamento; então, diante da prova documental da decisão judicial de fls. 67 a 71 dos autos, pugnam pela improcedência da infração 1.

Todavia, em relação a Infração 2, os agentes Autuante dizem que o Contribuinte Autuado alega em sua defesa, que os produtos considerados na autuação como ativo e materiais de uso ou consumo, são insumos utilizados na montagem de centrais de gases construídas pela empresa, para posterior venda a seus clientes.

Consignam, que, de fato, tal alegação foi constatada, através de suas notas fiscais de saídas e operações de venda de centrais de gases, documentos esses, inclusive, aduzem terem sido anexados pela autuada em sua defesa.

Observam também, que os produtos analisados isoladamente possuem características de ativos e material de uso ou consumo no ambiente industrial, razão pela qual consideraram como passíveis de exigência de recolhimento de diferença de alíquotas, quando da lavratura do Auto de Infração em análise.

Entretanto, por ocasião da informação fiscal, com o entendimento da função dos itens no processo produtivo da empresa, devidamente explicados na peça de defesa, reconhecem caber “um enquadramento diverso do comum do ponto de vista fiscal”, e o que poderia ser considerado como ativo permanente ou material de uso consumo, passa agora a ter um tratamento fiscal de insumo. É o que dizem ter ocorrido quando os mesmos foram utilizados na montagem de centrais de gases, sendo incorporados ao produto final.

Registram então, que “como as centrais de gases são produto acabado da empresa”, e esses materiais em lide são utilizados na sua montagem, então, “reconhecem que de fato os mesmos podem ser caracterizados como insumo”. Concluem assim, acatando as argumentações apresentadas pela autuada, de que não é devido o recolhimento do ICMS diferença de alíquota.

Aduzem, assim, acolher a tese de defesa da autuada e pugnam pela improcedência da Infração 02.

Isto posto, passo à análise do mérito da autuação. Vejo que a questão de fundo do presente Auto de Infração, diz respeito à arguição do sujeito passivo quanto a não incidência do imposto (ICMS), nas transferências interestaduais entre estabelecimentos de mesma titularidade, e o enquadramento das mercadorias adquiridas/transferidas de outras Unidades da Federação, como insumo na produção de “centrais de gases”, e não como destinadas ao ativo fixo e/ou consumo do próprio estabelecimento, como assim foram imputadas na autuação.

Primeiramente, uma das questões de arguição que dizem respeito a não incidência do imposto (ICMS) nas transferências interestaduais entre estabelecimentos de mesma titularidade, já é por demais conhecida deste órgão julgador administrativo, na medida em que inúmeros Autos de Infração, da mesma natureza, já transitaram e ainda transitam por aqui, inclusive por esta 4ª Junta de Julgamento Fiscal, com ação anulatória sob a apreciação do Poder Judiciário ou por este já decidida, que falece competência dos órgãos julgadores apreciar, conforme assim preconiza o inc. II, do art. 167, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629, de 09/07/99, e muito menos o agente Fiscal Autuante, quando manifesta pela improcedência da infração 1, após constituído o lançamento fiscal.

Neste sentido, a escolha da via judicial pelo sujeito passivo, importa a renúncia à faculdade de discutir a lide na esfera administrativa ou a desistência da impugnação, nos termos do art. 117 do RPAF/99, onde, em conformidade com o § 1º do mesmo dispositivo legal, os autos são remetidos à DARC para inscrição na Dívida Ativa, vez que a ação judicial proposta pelo sujeito passivo não suspende a execução do crédito tributário.

Por outro lado, em relação a outra questão de fundo do presente Auto de Infração, que diz respeito à arguição do defendente, de que os itens autuados são utilizados como insumos para venda de instalação de infraestrutura de fornecimento de gases medicinais e industriais, vejo que não há lide, vez que os agentes Autuantes, inclusive, manifestaram pela improcedência da autuação, no caso, em tela, expressaram a improcedência da infração 2, como se esta infração é a que se relaciona a essa tese de defesa.

Pois bem! Não é o que observo dos autos. Primeiramente, volto a destacar os termos da autuação, isto é, trata-se de lançamento fiscal de crédito tributário para exigir o ICMS, no montante de R\$810.490,85, através do lançamento de duas infrações, sendo a infração 1 no valor de R\$778.042,40, e a infração 2 no valor de R\$32.448,45, ambas decorrentes da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras Unidades da Federação, destinadas ao ativo fixo e/ou consumo do próprio estabelecimento.

Neste contexto, vê-se uma contradição dos Autuantes na Informação Fiscal, entre os que afirmam relacionar o lançamento fiscal com o efetivamente cobrado nas autuações, ou seja, deixam entender, nas suas manifestações, que a infração 1, trata-se eminentemente de produtos oriundos de outras Unidades da Federação, por transferência de estabelecimento do mesmo titular, destinados ao ativo fixo e/ou consumo do próprio estabelecimento, e que por isso, expressam sua improcedência por quantum Ação Anulatória nº 0578993-26.2016.8.05.0001; por sua vez, na infração 2, deixam entender que se trata de aquisições de mercadorias de outras Unidades da Federação destinadas também ao ativo e/ou consumo do próprio estabelecimento, em que acatam a tese de defesa que, de fato, são utilizados como insumos na montagem de centrais de gases, o que, também, expressam por sua improcedência.

Não é o que vejo dos demonstrativos de débitos da autuação. Observo no demonstrativo de débito da infração 1 (ANEXO I A), operações com CFOP 6151 e 6152 (“transferência”), quanto operações com CFOP 6101 e 6102

(“venda”). Também observo no demonstrativo de débito da infração 2 (ANEXO II A), operações com CFOP 2151 e 2152 (“transferência”), quanto operações com CFOP 2101 (“compra”), além do CFOP 2910 (“entrada de bonificação, doação ou brinde”).

Neste diapasão, em relação a infração 2, que a luz da informação fiscal, os autuantes acatam a tese de defesa, de que são aquisições de mercadorias de outras Unidades da Federação utilizados como insumos na montagem de centrais de gases, o que pede sua improcedência. Vejo diferentemente do afirmado pelos Autuantes: mais de 90% das operações constantes do demonstrativo de débito da autuação, não se tratam de aquisições e sim transferência com CFOP 2151 e 2152. Os outros 10% relacionam operações com CFOP 2101 (“compra”) e CFOP 2910 (“entrada de bonificação, doação ou brinde”).

Por outro lado, em relação à infração 1, que também, à luz da informação fiscal, manifestam pela improcedência da autuação, dado à tese de defesa de que existe uma ação anulatória determinando o Estado da Bahia de se abster de exigir o ICMS nas transferências interestaduais, também vejo, diferentemente do afirmado pelos Autuantes, mais de 90% das operações, ao contrário da infração 2, o demonstrativo de débito indicam operações de entrada com CFOP 6101 e 6102 (“venda”); os outros 10%, talvez menos, operações com CFOP 6151 e 6152 (“transferência”).

Isto posto, não obstante as contradições dos Autuantes trazidas aos autos, em sede de Informação Fiscal, quanto à sua manifestação de improcedência das infrações, objeto do Auto de Infração em tela, observo que o cerne da autuação foi motivado pela interpretação dos Autuantes, de que as operações constantes dos demonstrativos de débitos das infrações 1 e 2, objeto dos ANEXO IA (fls. 13/29) e ANEXO IIA, (fls. 32/46), eram todas destinadas ao ativo fixo e/ou consumo do próprio estabelecimento do defendente, onde agora, manifestam pela improcedência de todas as imputações no Auto de Infração, em tela.

Neste sentido, não acolho o opinativo dos Autuantes no sentido que o Auto de Infração em tela, seja julgado improcedente, vez que, em relação a infração 1, falece competência desse órgão julgador apreciar, conforme assim preconiza o inc. II, do art. 167, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629, de 09/07/99, e muito menos o Agente Fiscal Autuante, após constituído o lançamento fiscal, apreciar decisão judicial, como já destacado anteriormente.

Ademais, compulsando a descrição das operações, objeto dos demonstrativos de débito do Auto de Infração, seja da própria infração 1, ou seja, da infração 2, que também tem o opinativo dos Autuantes por sua improcedência, sob a perspectiva de que de fato não se trata de operações destinadas ao ativo fixo e/ou consumo do próprio estabelecimento do defendente, observo que seus argumentos não me convencem quando apenas afirmam “que podem ser caracterizados como insumos”. Em matéria do direito tributário não cabe arroleio. Tem de ser contundentes na afirmação se os produtos são insumos ou não são, com justificativa.

Diante da inexistência de elementos suficientes para caracterizar as infrações imputadas e a inviabilidade de saneamento, haja vista que a ação fiscal foi desenvolvida de forma inadequada, acarretando incertezas nas autuações, cuja elucidação, nestes autos, implicaria uma nova ação fiscal, voto pela nulidade do presente Auto de Infração, com base no inc. IV, do art. 18, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Entretanto, com fundamento no art. 156, c/c art. 21 do mesmo diploma legal, represento à autoridade competente para observar a possibilidade de renovação do procedimento fiscal, a salvo de falhas, no sentido de exigir o crédito tributário a favor da Fazenda Pública do Estado da Bahia, caso reste comprovado que, efetivamente, em relação às operações de entradas, objeto da presente autuação, não se destinaram à comercialização ou industrialização, observando o aspecto decadencial do crédito.

Do exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração em tela.”

A 4ª JJF recorreu de ofício da referida decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do Art. 169, I, “a” do RPAF/99.

VOTO

Trata-se de Recurso de Ofício, interposto contra Decisão que julgou Nulo o Auto de Infração em epígrafe, lavrado para exigir imposto e multa em decorrência da falta de recolhimento do ICMS, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras Unidades da Federação, destinadas ao ativo fixo e/ou consumo do próprio estabelecimento.

Constato que o Recurso de Ofício é cabível, tendo em vista que o julgamento de 1ª Instância desonerou totalmente o presente Auto de Infração no valor de R\$1.449.640,25, conforme extrato (fl. 91), montante superior a R\$200.000,00, estabelecido no Art. 169, I, “a” do RPAF/99.

O Acórdão recorrido julgou nulo o Auto de Infração, sob o argumento de que a ação fiscal foi desenvolvida de forma inadequada, acarretando incertezas nas autuações, cuja elucidação, nestes autos, implicaria uma nova ação fiscal, em razão da inexistência de elementos suficientes para caracterizar as infrações imputadas e a inviabilidade de saneamento, com base no Art. 18, IV do RPAF/99.

Os Autuantes, em sua Informação Fiscal, ao serem confrontados com a decisão proferida nos autos da Ação Anulatória nº 0578993-26.2016.8.05.0001, na qual foi concedida liminar para que o Estado da Bahia se abstinhasse de exigir do Autuado o ICMS nas transferências interestaduais de bens para uso e consumo e para integrar o ativo fixo, opinaram pela improcedência da Infração 01.

Também opinaram pela improcedência da Infração 02, por aduzirem que os materiais em lide podem ser caracterizados como insumo, por poderem ser utilizados na montagem de centrais de gases, que entenderam ser produto acabado da empresa a partir da análise da peça defensiva.

Verifico que foram observados os requisitos que compõem o Auto de Infração, previstos no Art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, inclusive a entrega de todos os demonstrativos e planilhas elaboradas na autuação.

As infrações estão claramente descritas, foram corretamente tipificadas e tem suporte nos demonstrativos e documentos contidos nos autos, cujas cópias foram entregues ao Autuado, bem como estão determinadas com segurança e foi identificado o infrator.

Além disso, o Autuado exerceu o direito de ampla defesa e do contraditório, demonstrando pleno conhecimento dos fatos arrolados no Auto de Infração. Em suma, não constatei nenhum vício que inquinasse em nulidade total ou parcial do PAF.

A princípio, a lavratura de Auto de Infração para registrar a falta de recolhimento do imposto decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, em sede de Auto de Infração, não descumpra a decisão judicial proferida, já que a efetiva cobrança só ocorre com a inscrição do PAF em dívida ativa e o seu ajuizamento, pois antes disso a exigibilidade se mantém suspensa.

Ressalto ainda, que se trata de decisão liminar, quando nem ocorreu a decisão quanto ao mérito. Nestes casos, o lançamento é normalmente efetuado como forma de evitar a decadência, em caso de reconhecimento da tributação ser devida ao final da ação judicial.

Por outro lado, em ambos os demonstrativos das Infrações 01 e 02, não há somente operações de transferência, mas também aquisições em outros estabelecimentos e entradas de bonificação, doação ou brinde. Identifiquei, inclusive, operações típicas de entradas de material de uso e consumo, tais como graxas, lubrificantes, calças, camisas, luvas e sapatos.

Se havia dúvida sobre a utilização dos referidos materiais no processo do Autuado, o PAF deveria ter sido convertido em diligência, como inclusive foi solicitado pelo Autuado em sua defesa. Entretanto, não consta no Acórdão ora recorrido nenhuma manifestação acerca do pedido formulado para que o processo fosse convertido em diligência.

Voto pelo PROVIMENTO do Recurso de Ofício para julgar NULA a Decisão de piso, de modo que o processo retorne à 1ª Instância para novo julgamento, abordando o mérito da autuação em relação às operações relativas às aquisições interestaduais, analisando a viabilidade da diligência requerida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso de Ofício apresentado para decretar **NULA** a Decisão recorrida referente ao Auto de Infração nº **269132.0003/20-8**, lavrado contra **MESSER GASES LTDA.**, devendo o processo retornar à 1ª Instância, para que seja efetuado novo julgamento a salvo da falha apontada.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 24 de fevereiro de 2021.

MAURICIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

MARCELO MATTEDI E SILVA – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS