

PROCESSO - A. I. Nº 110108.0018/04-1
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - MFX DO BRASIL – EQUIPAMENTOS DE PETRÓLEO LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO - Acórdão 4ª JJF nº 0182-04/06
ORIGEM - INFRAZ INDÚSTRIA
INTERNET - 29/09/2006

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO CJF Nº 0352-12/06

EMENTA: ICMS. NULIDADE. DECISÃO DE PRIMEIRA INTÂNCIA. FALTA DE APRECIAÇÃO DE ARGUMENTOS APRESENTADOS NA DEFESA. É nula a Decisão de Primeira Instância, por não ter apreciado todos os argumentos apresentados na defesa do contribuinte. Devolvam-se os autos à Junta de Julgamentos Fiscal para proferir nova decisão. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto contra Decisão que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração, lavrado para exigir ICMS decorrente de 09 infrações. Na peça defensiva o recorrente reconheceu as infrações 1, 2, 4, 5, 8 e 9, impugnando as de números 3, 6 e 7 a seguir discriminadas:

INFRAÇÃO 3 – Deixou de recolher ICMS no valor de R\$2.558,36, devido pelas importações realizadas pelo estabelecimento.

INFRAÇÃO 6 – Deixou de recolher o ICMS, no valor de R\$651.392,87, em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas;

INFRAÇÃO 7 – Recolheu a menos ICMS no valor de R\$30.806,05, em decorrência da não inclusão do IPI na base de cálculo do imposto, quando da venda de mercadorias a consumidor final.

O relatório da 4ª JJF, em relação as infrações impugnadas assim se apresenta:

Quanto a Infração 03, argumenta que, mesmo tendo o autuante acesso a toda escrituração do autuante, incorreu em erro ao imputar a omissão de recolhimento do imposto em tela, sobre as operações de importação por ela efetivadas, justamente porque, consoante fazem prova as cópias autenticadas das GNRE's (Guia Nacional de Recolhimento de Recolhimento de Tributos Estaduais) que seguem anexas, referente às Notas Fiscais de nºs 00066, 00089, 00115, 00034 e 00058, relacionadas na infração 3, o ICMS devido foi oportuna e tempestivamente recolhido, estando extinto o crédito tributário, por força do comprovado pagamento.

No que concerne a Infração 06, observa que foi celebrado contrato com a Petroléo Brasileiro S/A – Petrobrás, denominado de SERMAT – Termo de Cooperação 540.04.046/99, que tem como escopo contratual “testes de qualificação em protótipos de umbilicais com 9 mangueiras 3/8” ID e 3 mangueiras de Injeção ½” ID de cabo elétrico para usos dinâmicos e Estático em lâminas D’água” de até 2.000 mts, que deram origem a emissão das notas fiscais, prevista na infração 06. Esclarece que o contrato encerrou-se com a conclusão e aprovação dos testes dos protótipos, conforme prova o Termo de Encerramento Definitivo, datado de 16.07.2001.

Salienta que os autuantes não consideram que o contribuinte não recolheu o imposto sobre operação caracterizada como tributável, particularmente no tocante à circulação de mercadorias registradas pelas Notas Fiscais nºs 3106, 3118, 3147, 3160, 3164, 3223, 3237, 3244, 3267 e 3268, todas destinadas a BRASFLEX, para fim exclusivo de regularizar o transporte dos produtos ao local referido, § 3º, do art. 40, da Lei nº 7.014/96, onde foram recebidos e depositados (por conta da Petrobrás), para posterior avaliação em campo pela referida empresa, circunstância esta que consistia em condição suspensiva da aquisição das mercadorias pela sua consumidora final, a Petrobrás, consoante Cláusulas 2.3; 3.4 e 5.1, do Termo de Cooperação. Não havendo qualquer negócio jurídico de venda e compra com a

Brasflex, apenas foi a receptora do material para teste, na qualidade de recebedora e depositária da mercadoria, em nome da Petrobrás.

Assevera que, não obstante o pleno conhecimento, pelo fiscal autuante, de todos os termos do referido negócio, inclusive as cláusulas do referido contrato, bem como da Nota Fiscal nº 3548, pela qual foi recolhido o ICMS na importância de R\$648.594,12, sobre todo o valor da operação de venda a Petrobrás quando da aprovação das mercadorias avaliadas, mesmo assim, entenderam que as remessas dos produtos à empresa designada meramente para estocar o material configurou fato gerador do ICMS e ainda, que este não fora devidamente recolhido pelo autuado sobre a operação em tela, transcrevendo trechos do referido termo, doutrina e jurisprudência, para embasar sua tese de não incidência do imposto, sobre a remessa dos produtos procedida por meio das Notas Fiscais nºs 3106, 3118, 3147, 3160, 3164, 3223, 3237, 3244, 3267 e 3268.

Argumenta que, mesmo na hipótese de se admitir a incidência tributária nas operações representadas pelas Notas Fiscais acima indicadas, ainda assim resta caracterizada a ilegalidade dos autuante em exigir o pagamento do imposto, bem como multa e acréscimo moratório. Pois, como ante mencionado, quando da aprovação dos produtos pela avaliação da empresa especializada (BRASFLEX) e da transferência da propriedade dos bens para a PETROBRÁS, por força da cláusula contratual 2.3, o autuado emitiu a Nota Fiscal nº 003548, referente à venda das mercadorias testadas e descritas nas Notas de Remessa destinadas à BRASFLEX, cuja base de cálculo foi o valor total do contrato, ou seja, R\$5.704.950,98, do qual destacou ICMS no montante de R\$684.594,12.

No tocante às Notas Fiscais de nºs 3236, 3470, 3509, 3512, 3550, 3547, 3515, 3416, 3402, 3461, 3336, 3305, 3274 e 3245, se constata que os bens referidos nos documentos fiscais compõem o ativo fixo da empresa, consistindo em suas ferramentas de montagem de seus produtos (mangueiras e cabos), bem como contêineres para transporte e por fim, bobinas de enrolamento, que são instrumento de armazenamento e transporte dos cabos e mangueiras, assim como os paletes e são de produtos encaixotados, de forma alguma representando bens objeto da atividade da empresa e cuja propriedade transferida por meio dos negócios desta, pelo contrário, compondo a estrutura necessária ao desempenho de sua atividade. Assim, em seu entendimento, não há de incidir o ICMS.

Quanto as Notas Fiscais nºs 3021, 3452 e 3425, estas se referem a mera remessa de produtos para realização de teste ou manutenção, o que não caracteriza a circulação econômica da mercadorias, servindo o instrumento fiscal apenas para a regularidade do transporte.

Constata-se ainda que a Nota Fiscal nº 3497, referente a uma máquina impressora de uso em escritório que fora devolvida ao seu fabricante após período de demonstração, sem aquisição, bem este que indiscutivelmente não é produzido pela impugnante e nem é de sua propriedade, em razão do que a sua mera devolução não representa operação sujeita ao recolhimento de ICMS.

No tocante a Infração 7, pela análise dos períodos da apuração do imposto, considerados pelos fiscais autuantes, se constata que, em verdade, as mercadorias circularam em razão de venda a empresa revendedora dos produtos e não consumidores finais, o que impõe inclusão do IPI na base de cálculo do ICMS, o que foi realizado pelo autuado, com arrimo na legislação.

Aduz que é ilegal a autuação neste ponto, justamente por ter o autuado procedido em consonância com o art. 155, § 2º, XI, da Constituição Federal, o art. 13, § 2º, da Lei Complementar nº 87/96 e o art. 17, § 2º, da Lei Estadual nº 7.014/96, que, em consenso, determinam que não integra a base de cálculo do ICMS o valor do IPI, quando a operação em questão configurar fato gerador de ambos os tributos, o que, por lógica, se caracteriza na primeira circulação das mercadorias, ou seja, aquela decorrente da venda do produtor aos atacadistas, estes sim, que fornecem aos consumidores finais.

Às folhas 29 e 30, assevera que, das notas fiscais relacionadas na Infração 7, a quase totalidade se referiu a vendas a revendedores das mercadorias e não a consumidores finais, as quais relacionou.

Argumenta que, em complemento imprescindível à prova, a fim de demonstrar que as empresas compradoras das mercadorias exercem atividade de revenda (fornecedoras) e não utilizaram os produtos em consumo próprio, afastando o possível equívoco cometido no preenchimento das NF's quanto a natureza das operações, requer, com fulcro no art. 7º, § 2º; no art. 123, § 3º e art. 145, do RPAF/99, sejam expedidos ofícios as empresas a seguir relacionadas, para que informem sobre a destinação das mercadorias adquiridas, se para consumidor interno ou revendas, as quais relacionou à folha 30.

Salienta que, com base no princípio da verdade material, definido no art. 2º do RPAF/99, se faz necessária a diligência supra referida, com o fito de que prevaleça a realidade dos fatos pertinentes à natureza dos negócios em tela, sobre erro material de preenchimento das notas fiscais.

Por fim, tem-se a Nota Fiscal nº 3194, que consistiu na remessa a empresa especializada (Brasflex) para avaliação de material a ser utilizado em contrato com a Petrobrás, sendo situação similar à antes tratada, sob a qual não incidência tributária.

Ao finalizar, requer a improcedência da autuação.

Na informação fiscal, fls. 277/278, um dos autuantes, inicialmente salienta que o autuado reconheceu as Infrações 1, 2, 4, 5, 8 e 9.

Em relação à Infração 3, ratificou o procedimento fiscal. Assevera que as GNRE's nos valores de R\$233,41, R\$471,53 e R\$126,98 não constam no sistema da Secretaria da Fazenda como efetivamente recolhidos.

Quanto ao valor de R\$120,90, referente ao ICMS sobre a Nota Fiscal nº 040, o autuado não apresentou nenhum comprovante de recolhimento.

Relativamente à GNRE no valor de R\$843,32, a mesma não pertence ao autuado e sim a outra empresa.

No tocante ao DAE no valor de R\$762,22, o mesmo não se refere à Nota Fiscal nº 034 constante do Auto de Infração. A data da emissão da é de 11/01/2000, logo o recolhimento do ICMS teria que ser feito desta data em diante, porém, o DAE apresentado tem data de vencimento em exercício anterior.

No tocante a Infração 6, ratificou o procedimento fiscal, aduzindo que o autuado efetuou saída de mercadorias tributáveis cuja natureza da operação é prevista tributação pelo ICMS e não destacou nem recolheu o ICMS devido quando da emissão das mesmas, pois os termos do contrato apresentado pelo autuado não podem se sobrepor à legislação fiscal.

Salienta que as mercadorias foram entregues e o destinatário aprovou a qualificação das mesmas em 07 dias por exigência contratual, tendo o autuado recebido o valor da operação em parcelas desde a data da emissão da primeira nota fiscal em março/2000. Consta do contrato, na cláusula 7.1, que o valor a ser repassado inclui os impostos cujos cálculos são de atribuição da autuado, fls. 200. Ainda de acordo com as instruções da Autorização de Fornecimento de Material, fl.228 dos autos, o autuado deveria emitir nota fiscal de venda à Petrobrás a cada operação efetuada e em anexo enviar também uma cópia da nota fiscal de remessa por conta e ordem.

Destaca que o Regime Especial citado no contrato e demais documentos, foi autorizado pela Secretaria da Fazenda do Estado do Rio de Janeiro, não tendo efeito no Estado da Bahia. Informa que o autuado não solicitou nenhum Regime Especial no Estado da Bahia.

Ressalta que, foi efetuada consulta à Divisão de Tributação da Superintendência da Administração Tributária da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, pelo autuante, pelo Supervisor e pelo Inspetor Fazendário da INFRAZ/BONOCÔ, a respeito do assunto e a posição da Divisão de Tributação é que deveria ser constituído o crédito tributário, através da

lavratura de Auto de Infração com aplicação da multa prevista no RICMS, não devendo os autuantes cobrar somente os acréscimos moratórios pelo motivo do autuado ter omitido e praticado ato de simulação e fraude quando do período de emissão das notas para fugir ao pagamento do ICMS na época da ocorrência do fato. Inclusive que o autuado não teria direito à redução da multa prevista na legislação quando do pagamento do Auto de Infração. Quanto ao recolhimento do ICMS efetuado no mês de dezembro caberia ao autuado requerer a restituição do mesmo.

Quanto a Infração 7, ratificou o procedimento fiscal. Salienta que, o material cujas saídas foram efetuadas pelo autuado é destinado ao uso/consumo ou ativo permanente dos destinatários (consumidores finais). As empresas adquirentes são prestadoras de serviço e/ou estabelecimentos industriais que usaram o material para uso/consumo ou para incorporar ao seu ativo. Aduz que o próprio autuado omitiu de apresentar na sua defesa as Notas Fiscais nºs: 3055, 3064, 3078, 3092, 3095, 3101, 3104, 3135, 3139, 3167, 3182, 3265, 3266, 3272, 3276, 3398, 3436, 3443, 3449 e 3544, pois na própria razão social dos destinatários já está determinado a atividade exercida pela empresa.

Ao final, opina pela manutenção das infrações.

O PAF foi submetido à pauta suplementar, tendo a 4ª JJF decidido por sua conversão em diligência aos autuantes, para que fosse atendido o solicitado à fl. 287.

Cumprida a diligência, os autuantes à fl. 296 dos autos, informam que o autuado foi intimado e apresentou cópia das notas fiscais que comprovassem a devolução de bens e produtos constantes das Notas Fiscais nºs 3336, 3402, 3470, 3497, 3509, 3512, 3547 e 3550. Não apresentou a comprovação da devolução de bens e produtos constantes das Notas Fiscais nºs 3236, 3515, 3416, 3461, 3305, 3274, 3245 e 3021.

Informa que elaborou nova planilha acrescentando as colunas com os números das inscrições estaduais e/ou CNPJ e respectiva atividades econômicas, anexando os extratos do SINTEGRA.

O autuado ao se manifestar em relação a diligencia, folhas 488/491, reiterou os argumentos anteriores, acrescentando que os autuante mantiveram na planilha as notas pertinentes a produtos fornecidos a empresa revendedoras, como solicitado pela diligência.

Em nova manifestação, os autuantes mantiveram o posicionamento anterior.

A JJF decide pela procedência parcial da autuação, recorrendo de Ofício, tendo o julgador fundamentado o seu voto, nos seguintes termos, resumidamente:

INFRAÇÃO 3 – A defesa acosta cópias de GNRE'S referentes às Notas Fiscais nºs 00066, 00089, 00115, 0034 e 00038, afirmindo que o ICMS devido foi oportunamente e tempestivamente e recolhido, estando extinto o crédito tributário. Os autuantes ratificaram o procedimento fiscal, asseverando que as GNRE's não constam do Sistema da Secretaria da Fazenda com o imposto efetivamente recolhido. Afirma discordar parcialmente dos autuantes, uma vez que consta do extrato do Sistema INC- Informações do Contribuinte – Relação de DAE's – Maio/2000, o pagamento do valor de R\$471,53, que deve ser excluído da infração. Quanto ao valor de R\$120,90, referente à Nota Fiscal nº 040, o autuado não apresentou nenhum comprovante de recolhimento e não contestou o valor autuado. Relativamente à GNRE no valor de R\$843,32, a mesma não pertence ao autuado e sim a outra empresa, conforme documento acostado à folha 50, devendo ser mantido na autuação. No tocante ao DAE no valor de R\$762,22, deve ser excluído, pois consta da INC – Informações do Contribuinte – Relação de DAE's – Dezembro/99". Logo, conclui o julgador, entendo que a infração restou parcialmente caracterizada, no valor de R\$ 1.324,61.

INFRAÇÃO 6 - Na diligência efetuada pelos autuantes, folha 296, o autuado apresentou cópia de notas fiscais que comprovam a devolução de bens e produtos constantes das Notas Fiscais nºs 3336, 3402, 3470, 3497, 3509, 3512, 3547 e 3550, que devem ser excluídas da autuação, restando R\$11.562,56 de tributo a recolher.

INFRAÇÃO 7 - O PAF foi convertido em diligência para que os autuantes acostassem os extratos do SINTEGRA, pois os mesmos não haviam comprovado sua acusação de que as vendas foram

realizadas para consumidor final, restando caracterizado que diversos adquirentes exercem atividade de revendedores, permanecendo apenas as notas fiscais referentes a mercadorias adquiridas por não contribuinte, que relaciona, com imposto a recolher no valor de R\$348,67.

Notificados da Decisão os autuantes e o autuado não se manifestaram.

VOTO

O relator da 1^a Instância ao enfrentar as questões pertinentes à infração 6 do presente lançamento de ofício fez referência à diligência efetuada pelos autuantes, inserida à fl. 296 dos autos, excluindo da autuação as Notas Fiscais de nºs 3336, 3402, 3470, 3497, 3509, 3512, 3547 e 3550, por ter sido constatada a devolução dos bens cujas saídas foram acobertadas por estes documentos. Assim, considerando que a diligência requerida pela Junta abarcava também o exame das Notas Fiscais nºs 3236, 3515, 3416, 3461, 3305, 3274, 3245 e 3021, é de se deduzir que as mesmas foram mantidas na composição do débito remanescente do Auto de Infração, que segundo a Junta, em relação à infração 6, passaria para a cifra R\$11.562,56.

Ocorre que o débito quantificado no Auto de Infração e vinculado a este item 6, no qual se imputa ao contribuinte a falta de recolhimento de ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, totalizava a quantia, em valores originais, de R\$651.392,87, tendo por suporte o Demonstrativo anexo aos autos, fls. 16/18, onde são listadas as notas fiscais objeto da diligência acima mencionada e outros documentos fiscais, de maior expressão monetária, entre eles, só a título de exemplo, as Notas Fiscais nºs 3106, 3118, 3147, 3237 etc, cuja exclusão dos valores respectivos não se encontra expressa na Decisão recorrida.

Cabe ressaltar que o contribuinte, na peça defensiva, trouxe vários argumentos no sentido de excluir aquelas notas fiscais, não sendo os mesmos enfrentados na Decisão “*a quo*”. A defesa apontou que as operações acobertadas por aqueles documentos fiscais não estavam sujeitas à tributação pelo ICMS, posto que se referiam a remessas para estocagem na empresa Brasflex, localizada em Vitória/ES, em nome da Petrobrás S/A. Frisou o impugnante que o imposto referente a essas notas fiscais fora recolhido em momento posterior, através da Nota Fiscal nº 3545. Juntou diversos documentos (contratos, termos etc). Da leitura do Voto e da Resolução da 4^a Junta de Julgamento Fiscal não se vislumbra qualquer menção de ordem fática, contábil ou jurídica que evidenciem os motivos que levaram o relator “*a quo*” a excluir do item 6 da autuação a cifra de R\$639.830,31, já que considerou procedente apenas a parcela de R\$11.562,56, à exceção das notas fiscais citadas na diligência executada pelos próprios atuantes. Há, portanto, um vício insanável no Acórdão recorrido, pois não se encontram expressos os motivos que ensejaram a exclusão de parcela significativa do débito fiscal. Em razão disso, voto pela decretação da nulidade da Decisão da Junta de Julgamento, com fundamento no art. 18, inc. III, do RPAF/99, devendo os autos retornar à 1^a Instância para novo julgamento. Em consequência fica PREJUDICADO o exame dos demais itens que compõem o Recurso de Ofício.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar PREJUDICADO o Recurso de Ofício apresentado e declarar NULA a Decisão recorrida quanto à infração 6, referente ao Auto de Infração nº 206880.0306/05-8, lavrado contra MFX DO BRASIL – EQUIPAMENTOS DE PETRÓLEO LTDA., devendo os autos retornar à 1^a Instância para novo julgamento.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de agosto de 2006.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

FAUZE MIDLEJ – RELATOR

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