

A. I. Nº - 207104.0203/04-2
AUTUADO - GUANABARA INDUSTRIAL E COMERCIAL LTDA.
AUTUANTE - LUIZ GONZAGA ALVS DE SOUZA
ORIGEM - INFAC BONOCÔ
INTERNET - 31.03.2006

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0090-01/06

EMENTA: ICMS. 1. VENDAS À ORDEM. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS DECLARADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Autuado comprova tratar-se de operação de remessa por conta e ordem de terceiros, operação não sujeita a tributação. Infração insubstancial. 2. CRÉDITO FISCAL. FALTA DE ESTORNO. INSUMOS EMPREGADOS NA PRODUÇÃO DE MERCADORIAS DESTINADAS À ZONA FRANCA DE MANAUS. Matéria sub judice. Deferida pelo STF medida cautelar na ADIN 310-0, requerida pelo Governo do Estado do Amazonas. Mantido o lançamento de ofício para evitar a decadência do crédito tributário, ficando, contudo, suspensa a sua exigibilidade até a Decisão do mérito da ADIN. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 31/03/04, exige imposto no valor de R\$ 118.128,37, pelas seguintes irregularidades:

1) deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis regularmente escrituradas. Refere-se ao imposto devido por saídas a título de remessas por conta e ordem de terceiros, das quais não se tem a comprovação de que estas mercadorias ingressaram no estabelecimento da empresa autuada para fins de embalagem ou beneficiamento. Apurou-se o débito através das notas fiscais modelo 01 relacionadas no demonstrativo de saídas de mercadorias sem pagamento do ICMS, no período de janeiro a maio, julho e agosto de 2001, abril, junho a agosto de 2002, no valor total de R\$ 82.750,88;

2) deixou de efetuar estorno de crédito fiscal do ICMS relativo a mercadorias entradas no estabelecimento com utilização de crédito fiscal e que posteriormente foram objeto de saídas com isenção do imposto. Refere-se ao imposto creditado pelas entradas de mercadorias posteriormente vendidas sem pagamento do ICMS, para empresas situadas na Zona Franca de Manaus. Refez-se a conta corrente fiscal com os estornos de créditos cabíveis, para cobrança das diferenças do imposto a recolher, nos meses de julho, agosto, outubro e novembro de 2001 e janeiro a abril de 2002, no total de R\$ 35.377,49.

O autuado, às fls. 128 a 131, apresentou defesa alegando que em relação à infração 01 houve equívoco do autuante indicando os documentos fiscais que deram origem as notas fiscais de saída a título de remessa por conta e ordem de terceiros, ou seja, as notas fiscais de entradas, notas fiscais de beneficiamento e notas fiscais de remessas simbólicas.

Alegou que todas as notas fiscais de entradas (remessa por conta e ordem de terceiros) foram emitidas pela Petrobrás Petróleo Brasileiro. Em todas constam o número da nota fiscal do comprador e sua razão social, de acordo com o art. 413, I, e II, do RICMS/97. Nas notas fiscais de saídas (remessa por conta e ordem de terceiros) consta o número das notas fiscais do terceiros, como determina o art. 621, II, do RICMS/97. Nas notas fiscais de remessa simbólica e

beneficiamento constam os números das notas fiscais de remessa da Petrobrás, como determina o art. 7º, VII, do RICMS/97. E nas notas fiscais de vendas de terceiros constam no texto: “Produto Remetido para Beneficiamento à Guanabara Industrial e Comercial Ltda., BR 324 Km 10,5 – Águas Claras – Salvador (BA). CGC: 001.125.340/0001-01 - Inscr. Estadual: 44.164.598”.

As eventuais diferenças entre as notas de entrega da Petrobrás e as de efetiva saídas para mais ou para menos são compensadas entre uma carga e outra. Disse que em alguns casos o autuado adquiriu parte do produto e revendeu pagando regularmente o ICMS, como se constata da conta corrente do ICMS.

No tocante ao segundo item da autuação, disse que se baseou no que determina o art. 100, I e art. 124, do RICMS/97. A exigência de estorno dos créditos fiscais de entradas contraria o que determina o Convênio ICM 65/88, na sua Cláusula Terceira. O produto da saída em questão é matéria prima, não estando sujeito ao estorno de crédito de ICMS. Disse que o Decreto Estadual, no tocante a esta matéria é inconstitucional e, desta forma, não procede a autuação. Inclusive, a matéria está consubstanciada na liminar 310-1-90 do STJ, publicada no DOU, em 31/10/90.

Requeru a suspensão dos efeitos da autuação e a nulidade de sua eficácia. Anexou cópias reprodutivas de notas fiscais às fls. 132 a 210 dos autos.

O autuante, às fls. 214 a 217, informou que as operações relativas a infração 01, não estão em conformidade com o que estabelecem os art. 618, I e 621, II, “b”, do RICMS/BA. Não existe comprovação de que as mercadorias ingressaram no estabelecimento com tal finalidade, impondo-se, assim, a descaracterização da natureza jurídica atribuída à operação e consequente cobrança do imposto devido.

Esclareceu não ser possível fazer a vinculação que a defesa apresentou, já que as operações autuadas não se casam com as remessas simbólicas e entradas a que o autuado se refere, como exige a norma regulamentar regente da espécie.

Segundo o disposto no art. 621, II, “b”, do RICMS/97, a nota fiscal de remessa simbólica emitida nesta situação, deve conter, entre outras, as seguintes especificações: a) indicação do estabelecimento adquirente para o qual foi efetuada a remessa efetiva dos produtos; b) indicação do número da nota fiscal de remessa por conta e ordem de terceiros, emitida para fins de entrega da mercadoria e; indicação da nota fiscal de entrada.

As notas fiscais de remessa simbólica que a defesa pretende relacionar com as que foram objeto da autuação, mencionam apenas as notas fiscais de entradas expedidas pela Petrobrás, sem indicação para quem foram vendidas as mercadorias nem qual a nota de remessa utilizada para entrega do produto. A defesa diz que a nota fiscal nº 860 (fl. 132) se refere à entrada feita através da nota fiscal nº 20657 da Petrobrás (fl. 134) e que foi objeto da remessa simbólica feita através da nota fiscal nº 865 (fl. 135), no entanto, esse documento não esclarece que as mercadorias nele indicadas foram entregues através da nota fiscal nº 860. Esta situação se apresenta em todos os documentos que foram objeto da autuação. Assim, não se tem a comprovação de que as mercadorias, objeto da autuação, foram recebidas para beneficiamento por conta de terceiros. Porém, não resta dúvida de que as mesmas saíram do estabelecimento autuado e foram entregues a terceiros adquirentes.

Observou que o contribuinte autuado, além de beneficiar parafina para terceiros, compra e o revende para clientes situados em vários Estados da Federação, realizando operações tributadas pelo ICMS.

Na infração 02, o autuante confirma que as operações relacionadas (operações de vendas para empresas situadas na Zona Franca de Manaus) gozam de isenção e, é por esta razão que se impõe o estorno do crédito escriturado na oportunidade da entrada da matéria prima, conforme exige o art. 100, I, do RICMS/97 e o Parágrafo único da Cláusula Terceira do Convênio 65/88.

Não cabe discutir, no âmbito deste Egrégio Conselho, a alegada inconstitucionalidade de norma estadual.

Opinou pela manutenção da autuação.

Considerando os argumentos defensivos de que o item 01 da autuação trata de recebimento de mercadorias de terceiros para industrialização; considerando a alegação do deficiente de ter recebido as mercadorias diretamente da empresa Petrobrás Petróleo Brasileiro, através de notas de entradas com natureza da operação “remessa por conta e ordem de terceiros”; considerando ainda que não consta dos autos os documentos fiscais emitidos pela empresa Guanabara Indústrias Químicas Ltda, localizada em Curitiba – PR, a título de “encomenda para industrialização”; esta Junta de Julgamento Fiscal, deliberou que o processo fosse encaminhado a INFRAZ BONOCÔ, solicitando que aquele órgão designasse auditor fiscal para proceder a revisão, *in loco*, intimando o contribuinte autuado a apresentar as notas fiscais recebidas do encomendante dos serviços, já que nos documentos anexados aos autos não há prova de que os materiais foram recebidos para beneficiamento ou industrialização por ordem da empresa paranaense.

De posse dos elementos que viessem a ser apresentados que fossem efetuadas as correlações porventura existentes com os elementos já constantes nos autos, em relação a todos os documentos fiscais que foram objeto da exigência do imposto (item 01), elaborando os demonstrativos que considerar necessários.

Concluída a revisão, o órgão competente deveria intimar o autuado, entregando-lhe cópia do resultado da revisão e cientificando-lhe do prazo de 10 (dez) dias para se manifestar. Também fosse dada ciência ao autuante.

O autuado, às fls. 225/226, disse que em atendimento ao Termo de Intimação estava apresentando as notas fiscais que comprovariam o ingresso das mercadorias recebidas para beneficiamento nos exercícios de 2001 e 2002. Alegou que tais notas já constam da defesa e que o fisco não se deu conta ou não entendeu o procedimento de que as notas emitidas pela Petrobrás, por conta e ordem da empresa paranaense, que adquiriu as mercadorias mediante as notas fiscais que agora está apresentando eram para entrega na Guanabara Industrial e Comercial Ltda., de Salvador – BA, tanto que estão contabilizadas e lançadas no livro Registro de Entradas. Perguntou para que serviriam estas notas se não fosse para transportar as mercadorias da Petrobrás até a Guanabara Industrial e Comercial Ltda.?

Asseverou estar anexando as “notas casadas”, ou seja, a emitida pela Petrobrás para a empresa paranaense “casada” com a nota de idêntico valor e quantidade emitida pela Petrobrás, por conta e ordem da primeira para entrega na segunda, a empresa de Salvador. Dá como exemplo a nota fiscal nº 020859 emitida pela Petrobrás para a Guanabara (paranaense) - remessa simbólica -, e a nota da Petrobrás nº 020860, emitida contra a Guanabara (Salvador) - remessa por conta e ordem de terceiros”. São notas emitidas na mesma data, mesma quantidade e mesmo valor, extraídas em seqüência.

Disse que a operação teria ficado mais perfeita se a empresa paranaense tivesse emitido uma “nota de remessa simbólica” complementando a operação, no entanto, no início destes procedimentos o departamento contábil fez uma consulta a SEFAZ/BA sobre a necessidade desta nota de remessa simbólica, sendo informado, na ocasião, ser desnecessária a nota de remessa simbólica da empresa no Paraná para a empresa na Bahia, já que a nota fiscal que seria registrada nos livros contábeis era a nota fórmula remessa por conta e ordem de terceiros que acompanhava a mercadoria da Petrobrás ao destino em Salvador.

Anexou relação de notas fiscais solicitadas (fl. 227) e cópias reprográficas de notas fiscais (fls. 228/265).

O autuante, às fls. 269/271, informou que o referido tributo é devido já que as respectivas notas fiscais de saídas (fl. 10) não especificam qual a suposta origem da mercadoria beneficiada em nome de terceiro, como exige o art. 621, II, do RICMS. O autuado teria de comprovar que tais saídas são, efetivamente, de mercadorias recebidas para beneficiamento por conta de um terceiro encomendante.

Esclareceu que as notas fiscais apresentadas na nova manifestação estão perfeitamente associadas entre cada operação de venda com remessa simbólica para a Guanabara Química (Paraná) e respectiva entrega na Guanabara Industrial (autuado) para beneficiamento, no entanto, não há associação destas entradas com as saídas que foram objeto da autuação.

As notas fiscais nºs 20656 e 20657, da Petrobrás (fls. 228/229) correspondem à entrada da mercadoria que saiu através da nota fiscal nº 865 do autuado (fl. 135), mas não é possível concluir que tal operação seja a mesma documentada através da nota fiscal nº 0860 (fls. 132/135), como quer entender. Do mesmo modo as notas fiscais 20859 e 20860 (fls. 230/231) se referem à remessa efetuada através da nota fiscal nº 0868 da autuado (fl. 141), mas não se pode aceitar que tal documento se referia a mercadoria indicada nas notas fiscais 0862 e 0863, sendo certo que tal desencontro se repete para todos os casos relacionados para cobrança.

Ressaltou que as notas fiscais, base da autuação, (fls. 11 a 30) no campo de “informações complementares” contêm referências a prazos de pagamento de fatura. Perguntou: se não existe relação comercial do autuado com as empresas identificadas como destinatárias das mercadorias que a defesa alega ser clientes da encomendante dos serviços, como justificaria o registro dos referidos parcelamentos?

Disse que não existem notas fiscais de entradas emitidas pela suposta encomendante dos serviços de beneficiamento, como reconhece o preposto do autuado, assim como há vinculação entre as remessas da Petrobrás com as saídas autuadas. Concluiu dizendo que à luz do que determina o RICMS, o autuado é devedor do ICMS reclamado na infração 01.

VOTO

Analisando as peças processuais constato que na autuação está sendo exigido imposto em razão de ter o autuado praticado operações tributáveis sem o recolhimento do ICMS, tendo consignado nos documentos fiscais saídas a título de “remessas por conta e ordem de terceiros”, sem a comprovação de que tais mercadorias ingressaram no estabelecimento para fins de embalagem ou beneficiamento, e, também deixou de efetuar estorno de crédito fiscal do ICMS relativo a mercadorias entradas no estabelecimento com utilização de crédito fiscal e posteriormente vendidas sem pagamento do ICMS, para empresas situadas na Zona Franca de Manaus.

Em relação à infração 01, esta 1^a JJF em pauta suplementar deliberou que o processo fosse encaminhado em diligência para que o autuado apresentasse as notas fiscais recebidas do encomendante dos serviços, Guanabara Indústrias Químicas Ltda, localizada em Curitiba-PR, já que nos documentos anexados aos autos não constam prova de que os materiais foram recebidos para beneficiamento ou industrialização por ordem da empresa encomendante acima identificada.

Esclarece, o autuado, que a empresa encomendante deixou de emitir a “nota de remessa simbólica” complementando a operação e que no início destes procedimentos foi feito consulta à SEFAZ/BA sobre a necessidade da nota de remessa simbólica, sendo informado não haver necessidade do documento (não consta dos autos documento da consulta alegada), considerando que a nota fiscal registrada nos livros contábeis do estabelecimento autuado era a emitida pela Petrobrás – Petróleo Brasileiro S/A, tendo como natureza da operação “remessa por conta e ordem de terceiros”, que acompanhava a mercadoria até o destino (estabelecimento autuado).

Junta aos autos cópias de notas fiscais emitidas pela Petrobrás: a título de “remessa simbólica - venda a ordem” tendo como adquirente a empresa Guanabara Indústrias Químicas Ltda, localizada no Estado do Paraná e a título de “remessa por conta e ordem de terceiros” constando à indicação da nota fiscal emitida pelo adquirente da mercadoria, mesma quantidade, valor e data de emissão, tendo como destino o estabelecimento autuado. Também traz aos autos cópias reprodutivas de notas fiscais emitidas pelo estabelecimento autuado, consignando como natureza da operação “remessa por conta e ordem de terceiros”, fazendo constar no campo da descrição dos produtos, além da mercadoria, quantidade e preço, a observação de que a operação se refere a remessa de produtos recebidos para beneficiamento e notas fiscais emitidas pelo encomendante, Guanabara Indústrias Químicas Ltda., constando como natureza da operação “venda de matéria prima” a terceiros e na descrição dos fatos, além do produto vendido a observação de que a operação envolve os “produto remetido para beneficiamento a Guanabara Industrial e Comercial Ltda.”

O autuante reconhece que as notas fiscais apresentadas pelo autuado estão perfeitamente associadas entre cada operação de venda efetuada pela Petrobrás, sendo: “remessa simbólica” para a Guanabara Química (Paraná) e entrega da mercadoria, a título de “remessa por conta e ordem”, no estabelecimento da Guanabara Industrial (autuado) para fins de beneficiamento, inclusive, as saídas com notas fiscais emitidas pelo autuado correspondem às entradas das mercadorias recebidas para beneficiamento. No entanto, entende que tais fatos são insuficientes para se concluir que as mercadorias que saíram do estabelecimento autuado, a título de “remessa por conta e ordem”, sem destaque do ICMS, sejam as mesmas recebidas diretamente da Petrobrás, por conta e ordem da empresa paranaense.

Neste sentido, concluo que as evidências conduzem ao fato de que os documentos fiscais anexados pelo autuado confirmam que o mesmo recebeu mercadorias para beneficiamento, por conta e ordem de terceiros, e procedeu a remessa, também por conta e ordem do encomendante, para terceiros. Quanto à alegação de que nos documentos fiscais emitidos pelo autuado, a título de “remessa por conta e ordem” consta no campo “dados adicionais” a indicação de prazo de vencimento, observo que tal referência também consta no documento emitido pelo encomendante quando da operação de venda da mercadoria, não sendo tal fato motivador para se concluir que tivesse havido uma operação de venda, e não, uma operação de remessa por conta e ordem de terceiros.

Assim, os elementos de prova trazidos aos autos me fazem concluir pelo descabimento da exigência do tributo.

Quanto à infração 02 - o impugnante alega constitucionalidade do Decreto Estadual em relação a esta matéria e, por esta razão, a exigência do estorno dos créditos fiscais contraria o que determina o Convênio ICMS 65/88, na sua Cláusula Terceira. Além da matéria estar consubstanciada na liminar 310-1-90 do STJ, publicada no DOU, em 31/10/90.

Na verdade, o Convênio ICMS 6/90 revogou a cláusula terceira do Convênio ICM 65/88, que autorizava a manutenção do crédito nas saídas com isenção para a Zona Franca de Manaus. Este Convênio, a que tudo indica, teve seus efeitos suspensos por medida cautelar deferida pelo STF em Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn 310-0-DF). No entanto, com o advento da Lei Complementar nº 87/96, toda esta discussão não podia mais figurar como pertinente à matéria em discussão, pois o que aqui se cobra é o estorno de crédito referente ao exercício de 2001/2002, portanto sob a égide da referida Lei Complementar e, em consequência, a Lei Estadual nº 7.014/96.

Ressalto que as regras para manutenção de créditos de produtos cujas saídas estejam amparadas por imunidade, isenção e redução da base de cálculo estão previstas nos art. 103, 104 e 105 do

RICMS/97 – Dec. 6.284/97. No caso, como a matéria em discussão nestes artigos não se insere, os créditos fiscais devem ser estornados, conforme prevê o artigo 100, I e II do RICMS/97.

Entretanto, como os Convênios ICMS 2/90 e 6/90 tiveram os seus efeitos suspensos por medida cautelar deferida pelo STF em Ação Direta de Inconstitucionalidade movida pelo Estado do Amazonas (ADIn 310-0-DF), em que figura como requerente o Governador do Estado do Amazonas e como requeridos os Secretários de Fazenda ou Finanças dos Estados e do Distrito Federal e o Ministro da Fazenda, nas fiscalizações levadas a efeito se constituem os créditos tributários, objetivando resguardar o fisco estadual dos efeitos da decadência, evitando o seu perecimento enquanto vigorar a medida liminar concedida judicialmente, com base no art. 151, do CTN que prevê que a concessão de medida liminar ou de tutela antecipada suspende a exigibilidade do crédito, mas não a sua constituição.

Assim, voto pela manutenção da autuação (item 02 do Auto de Infração), ficando, contudo, suspensa a execução fiscal do crédito tributário correspondente até a decisão final da ADIn 310-0 DF.

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 207104.0203/04-2, lavrado contra **GUANABARA INDUSTRIAL E COMERCIAL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$35.377,49**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “b”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, ficando suspensa a exigibilidade do crédito tributário até a decisão final da ADIn 310-0-DF, em que figuram como requerente o Governador do Estado do Amazonas e como requeridos os Secretários de Fazenda ou Economia dos Estados e do Distrito Federal.

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10.10.00.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de março de 2006.

CLARICE ANÍZIA MÁXIMO MOREIRA – PRESIDENTE/RELATORA

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – JULGADOR

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS - JULGADOR