

A. I. N° - 110108.0018/04-1
AUTUADO - MFX DO BRASIL EQUIPAMENTOS DE PETRÓLEO LTDA.
AUTUANTE - LUIZ HENRIQUE DA SILVA TEIXEIRA e JOSÉ ROMULO FRAGA BARRETO
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET - 11. 04. 2007

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0056-04/07

EMENTA: ICMS. 1. DOCUMENTOS FISCAIS. CTCR. FALTA DE ESCRITURAÇÃO NO LIVRO REGISTRO DE ENTRADAS. OPERAÇÃO TRIBUTÁVEL. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 10% do valor comercial da operação não escriturada. Infração reconhecida. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. a) MERCADORIAS DESTINADAS AO ATIVO. b) SERVIÇO DE TRANSPORTE. Infrações reconhecidas. 3. IMPORTAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO. Contribuinte comprovou recolhimento de parte do débito. Infração parcialmente comprovada. 4. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) NOTA FISCAL EMITIDA POR CONTRIBUINTE NÃO INSCRITO. Infração reconhecida. b) SERVIÇO DE TRANSPORTE NÃO VINCULADO À OPERAÇÃO TRIBUTÁVEL. Infração reconhecida. 5. REMESSA DE MATERIAIS PARA TESTE POR. CONTA E ORDEM DO DESTINATÁRIO. OPERAÇÃO TRIBUTÁVEL CONSIDERADA COMO NÃO TRIBUTÁVEL. Restou comprovada a devolução de parte dos materiais remetidos. Infração parcialmente subsistente. 6. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA DETERMINAÇÃO. FALTA DE INCLUSÃO DO IPI. Restou comprovado que a maior parte das operações foram realizadas para contribuinte do ICMS. Infração parcialmente elidida. 7. IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS. ERRO DA APURAÇÃO DO VALOR. Infração reconhecida. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, julgado anteriormente por esta 4ª JJF conforme Acórdão n° 0182-04/06, foi objeto de anulação do julgamento nos Termos do Acórdão n° 0352—12/06 da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal que determinou o retorno dos autos à 1ª instância para novo julgamento tendo em vista a existência de vício insanável na Decisão recorrida no tocante a infração n° 6.

O Auto de Infração em lide, lavrado em 30/12/2004, reclama o valor de R\$687.335,85, decorrente das seguintes irregularidades:

- 1 – Utilização de serviços de transporte sujeito à tributação sem o devido registro na escrita fiscal, sendo aplicada a multa no valor de R\$770,26;
- 2 – Deixou de recolher o ICMS, no valor de R\$1.689,51, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento;
- 3 – Deixou de recolher o ICMS, no valor R\$ 2.558,36, devido pelas importações realizadas pelo estabelecimento;

- 4 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$91,40, referente a notas fiscais em que constam como emitentes contribuintes não inscrito no Cadastro de Contribuinte da Secretaria da Fazenda;
- 5 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$9,32, referente a serviço de transporte interestadual ou intermunicipal não vinculado a processo de industrialização, produção agropecuária ou extração, que resulte em operações de saídas tributadas;
- 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;
- 7 – Recolheu a menos o 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;
- 8 – Deixou de recolher o ICMS, no valor de R\$12,48, referente a diferença de alíquota na utilização de Serviço de Transporte cuja prestação teve início em outra unidade da Federação, não sendo vinculada a operação ou prestação subsequente alcançada pela incidência do imposto.
- 9 – Recolheu a menos o ICMS, no valor de R\$5,60, em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto.

O autuado apresentou defesa, às folhas 27/39, impugnando as Infrações 03, 06 e 07, reconhecendo procedência das Infrações 01, 02, 04, 05, 08 e 09.

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 n.ºs. 00066, 00089, 00115, 00034 e 00058, relacionadas na infração 03, 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 Petróleo 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 1/2” 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 n.ºs. 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 remessas dos produtos procedida por meio das Notas Fiscais n.ºs 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 o 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 07, 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 07, 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 a Infração 03, 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 06, 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 INFAZ/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 07, 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 JF 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 comprovam 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.

No 1º julgamento realizado pela 4ª Junta de Julgamento Fiscal (4ª JF), mediante Acórdão JF nº 0182-04/06, o Auto de Infração foi julgamento parcialmente procedente.

Ao analisar o Recurso Voluntário apresentado contra a Decisão da 4ª JF que julgou procedente em parte o Auto de Infração, bem como de Recurso de Ofício interposto em razão de o referido julgamento ter desonerado o contribuinte de parte do débito tributário em valor superior ao previsto no art. 169, I, “a”, “1”, do RPAF/99, a 2ª Câmara de Julgamento Fiscal determinou que o processo retornar-se à Primeira Instância para nova Decisão.

O voto do relator da 2ª Instância, consignado no Acórdão CJF Nº 0352-12/06 da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, ao enfrentar as questões pertinentes à infração 6 do lançamento de ofício em lide, foi pela decretação da nulidade da Decisão da Junta de Julgamento, com fundamento no art. 18, inc. III, do RPAF/99, determinando o retorno dos autos à 1ª Instância para novo julgamento, por entender que na decisão de 1ª Instância há um vício insanável no Acórdão recorrido, pois não se encontram expressos os motivos que ensejaram a exclusão de parcela do débito fiscal.

VOTO

A decisão de segunda instância refere-se exclusivamente a infração 6 do lançamento tributário em lide, razão pela qual mantenho todos os demais termos do voto constante do acórdão JF Nº 0182-04/06, o qual transcrevo:

“Após analisar as peças que compõem o presente PAF, constatei que o autuante lavrou o Auto de Infração em tela, para exigir imposto decorrente de 09 (nove) infrações.

Na peça defensiva, o autuado reconheceu as infrações 01, 02, 04, 05, 08 e 09. Portanto, não existe lide em relação às referidas imputações, estando caracterizadas.

Assim, a lide no caso presente encontra-se restrita às acusações 03, 06 e 07, consignadas no Auto de Infração, as quais passo a analisar.

Na infração 03 é imputado ao autuado a falta de recolhimento do ICMS, devido pelas importações realizadas pelo estabelecimento.

Em sua defesa acosta cópias de 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 03, afirmando que o ICMS

devido foi oportuna e tempestivamente recolhido, estando extinto o crédito tributário, por força do comprovado pagamento.

Os autuantes ratificaram o procedimento fiscal, asseverando 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.

Discordo 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, o qual deve ser excluído da infração.

Quanto ao valor de R\$120,90, referente ao ICMS sobre a Nota Fiscal nº 040, o autuado não apresentou nenhum comprovante de recolhimento e o autuado 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, "Partner Express Represent Ltda., conforme documento acostado à folha 50, devendo ser mantido na autuação..

No tocante ao DAE no valor de R\$762,22, o valor de ser excluído da autuação, uma vez que "INC-Informações do Contribuinte – Relação de DAE's - Dezembro/1999"

Logo, entendo que a infração restou parcialmente caracterizada, no valor de R\$1.324,61 [R\$2.558,36 – R\$471,53 (31/01/2000) – R\$762,22 (31/05/2000)].

Na infração 06 [...]

Na infração 07 é imputado ao autuado o recolhimento a menos do ICMS, em decorrência da não inclusão do IPI na base de cálculo do imposto, quando da venda de mercadorias a consumidor final;

Em sua defesa alega o autuado que se trata 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.

O PAF foi convertido em diligência para que os autuantes acostasse os extratos do SINTEGRA, pois os mesmos não haviam comprovado sua acusação de que as vendas foram realizadas para consumidor final. Analisando os documentos acostados aos autos do PAF, pelos diligentes durante a diligência, constatei que diversos adquirentes das mercadorias exercem atividade de revendedores.

Entendo que somente deve permanecer na infração às notas fiscais adquiridas por não contribuinte do ICMS, quais sejam, Notas Fiscais nºs 3078, 3092, 3095, 3101, 3135, 3143, 3167, 3182, 3216, 3399, 3495, 3503, 3518, 3527, 3540 e 3544, com ICMS devido, conforme abaixo:

NR. NOTA FISCAL	MÊS/ANO	BASE CÁLCULO	ALÍQUOTA- %	ICMS DEVIDO
3078	02/00	52,20		8,87
3092	03/00	52,20		
3095	03/00	135,80		
3101	03/00	52,20		
	SOMA 03/00	240,20	17	40,83
3135	04/00	52,20		8,87
3143	05/00	205,20		
3167	05/00	59,35		
3182	05/00	78,30		
	SOMA 05/00	342,85	17	58,28

3216	06/00	278,00		47,26
3399	09/00	231,50		39,35
3495	11/00	324,00		55,08
3503	12/00	214,00		
3518	12/00	27,74		
3527	12/00	8,80		
3540	12/00	266,45		
3544	12/00	13,20		
	SOMA 12/00	530,19	17	90,13
TOTAL DO DÉBITO				348,67

Na infração 6 é imputado ao autuado a falta de recolhimento do ICMS, no valor de R\$651.392,87, em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, relativamente às notas fiscais constantes da planilha acostada às folhas 16 a 18 dos autos, a qual, objetivando um melhor entendimento, transcrevo abaixo:

MÊS/ANO	Nº NOTA FISCAL	BASE DE CÁLCULO	ALÍQUOTA	ICMS DÉVIDO
01/00	3021	4.000,00		
SOMA		4.000,00	17	680,00
03/00	3082	615,00		
	3089	11.999,00		
SOMA		12.614,00	17	2.144,38
03/00	3106	764.400,00		
	3107	12.000,00		
SOMA		776.400,00	12	93.168,00
04/00	3118	782.775,00		
	3122	6.955,14		
	3126	4.387,17		
	3131	6.972,00		
	3137	100,00		
SOMA		801.189,31	12	96.142,72
05/00	3147	665.175,00		
	3153	15.000,00		
	3160	991.882,50		
	3164	867.300,00		
	3194	146.726,25		
	3197	210,00		
SOMA		2.686.293,75	12	322.355,25
06/00	3198	300,00		
	3223	360.270,00		
	3236	4.000,00		
	3237	155.860,00		
	3243	2.500,00		
	3244	32.300,00		
	3245	6.118,00		
	3249	120,00		
SOMA		561.468,00	12	67.376,16
07/00	3267	75.465,00		
	3268	141.491,50		

	3269	2.500,00		
	3270	314,00		
	3271	1.500,00		
	3274	2.342,00		
	3277	2.001,00		
	3295	3.200,00		
	3297	1.200,00		
	3301	4.400,00		
	3305	15.600,00		
SOMA		250.013,50	12	30001,62
07/00	3277	1.000,00		
SOMA		1.000,00	17	170,00
08/00	3320	2.500,00		
	3323	28.252,80		
	3324	2.500,00		
	3332	535,00		
	3333	7.900,00		
	3334	1.445,00		
	3336	28.677,25		
	3346	16.300,00		
	3349	30,00		
SOMA		88.140,05	12	10.576,81
09/00	3368	9.187,50		
SOMA		9.187,50	12	1.102,50
09/00	3378	15.000,00		
	3385	3.000,00		
SOMA		18.000,00	17	3.060,00
10/00	3407	9.571,91		
	3411	2.000,00		
	3412	6.000,00		
	3425	57.640,03		
	3452	8.574,60		
	3453	5.000,00		
	3461	3.000,00		
SOMA		91.786,54	12	11.014,39
10/00	3402	5.200,00		
	3416	9.030,00		
SOMA		14.230,00	17	2.419,10
11/00	3470	12.000,00		
	3505	13,48		
	3508	3.780,00		
	3509	12.000,00		
	3512	12.000,00		
	3515	17.000,00		
	3533	3.306,00		
	3547	12.000,00		
	3550	14.000,00		
SOMA		86.099,48	12	10.331,94
11/00	3497	5.000,00		
SOMA		5.000,00	17	850,00
TOTAL DA INFRAÇÃO 6				651.392,87

No voto do relator da 2ª Instância, consignado no Acórdão CJF Nº 0352-12/06 da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, ao enfrentar as questões pertinentes à infração 6 do lançamento de ofício em lide, votou pela decretação da nulidade da Decisão da Junta de Julgamento, com fundamento no art. 18, inc. III, do RPAF/99, determinando o retorno dos autos à 1ª Instância para novo julgamento, por entender que na decisão de 1ª Instância há um vício insanável no Acórdão recorrido, pois não se encontram expressos os motivos que ensejaram a exclusão de parcela do débito fiscal.

Ao se defender da acusação, o autuado ressalta que celebrou contrato com a Petróleo 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 1/2” 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. Assevera que, mediante emissão da Nota Fiscal nº 3548, 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 que foram enviadas mediante às 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, onde foram recebidos e depositados (por conta da Petrobrás), para posterior avaliação em campo pela referida empresa.

Na informação fiscal, os autuantes opinaram pela manutenção do 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. Salientaram 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 do autuado, fls. 200. Destacaram 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.

Analisando a Nota Fiscal nº 3548, fl. 229, emitida pelo autuado, tendo com destinatária à Petróleo Brasileiro S/A – PETROBRÁS, no valor de R\$ 5.704.950,98, com ICMS destacado no valor de R\$648.594,12, observei que consta da mesma que às mercadorias objeto da venda foram as remetidas mediante Notas Fiscais nºs 3106, 3164, 3118, 3147, 3160, referente a “06 LANCES DE UMBILICAL ELETRO HID. 9 x 3/8” + 3 x 1/2” + CE” e das Notas Fiscais nºs 3223, 3237, 3244, 3267 e 3268, referentes a mercadorias “DIVERSOS ACESSÓRIOS DEVIDAMENTE DESCRIMINADOS ATRAVÉS DAS NOSSAS NOTAS FISCAIS DE REMESSA NÚMEROS”.

Inicialmente, devo ressaltar que no julgamento anterior esta Junta de Julgamento Fiscal considerou que a Nota Fiscal nº 3548, fl. 229, era satisfatória para que o ICMS nela destacado fosse abatido da autuação. Todavia, na sessão de julgamento, após a fase de discussão do processo, fiquei convicto que o argumento defensivo que o ICMS devido nas Notas Fiscais nºs 3106, 3118, 3147, 3160, 3164, 3223, 3237, 3244, 3267 e 3268, folhas 230 a 239, foram recolhido mediante emissão da Nota Fiscal nº 3548, fl. 229, não é capaz de elidir a infração pelos seguintes motivos:

- 1- Notas Fiscais nºs 3106, 3118, 3147, 3160, 3164, 3223, 3237, 3244, 3267 e 3268 foram emitidas tendo como “Natureza da Operação”: “Outras Saídas não Especificadas”. Constando, ainda, no corpo das notas: “OBS.: Material de nossa propriedade que segue para avaliação em campo devendo retornar posteriormente – TCA-540.4.046/99” como por exemplo N. F. nºs 3106, fl. 230, 3118, fl. 231. Todas emitidas sem destaque do ICMS, como se não houve incidência do ICMS sobre as referidas operações. Vale ressaltar que essas mercadorias não retornaram ao estabelecimento do autuado e, em verdade, conforme afirma o próprio autuado as mercadorias foram vendidas.

2 - Não coincidência entre as datas de emissão das Notas Fiscais objeto da autuação com a Nota Fiscal nº 3548 apresentada pela defesa. Como se verifica nas notas objeto da autuação foram emitidas desde o mês de março/2000, enquanto a nota fiscal acostada pela defesa foi emitida no mês de novembro/2000, ou seja, 08 (oito) meses depois da emissão da 1ª nota autuada. Mesmos que o ICMS destacado na nota fiscal juntada de pela tenha sido recolhido, haveria um prejuízo aos cofres do Estado, pois o ICMS já era devido no mês de abril/2000.

3- Também, não há coincidência entre os destinatários, as notas fiscais objeto da autuação foram emitida em favor da BRASFLEX Com de Tubos Flexíveis LTDA., enquanto a nota fiscal acostadas pela defesa foi emitida para Petróleo Brasileiro S/A – Petrobrás.

4- O contato firma entre o autuado e a PETROBRÁS não é capaz de transformar uma operação tributada em não tributada. Este contrato não tem o poder de alterar a legislação do ICMS.

5- 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.

6- De igual modo, não há coincidência entre os valores da base de cálculo e ICMS apurado pelos autuantes e o destacado na nota fiscal acostada pela defesa. O ICMS destacado na Nota Fiscal acostado pela defesa é de R\$684.594,12, enquanto o ICMS devido apurado pelo autuantes é de R\$ 580.430,28, conforme abaixo discriminado:

Nº NOTA FISCAL	BASE DE CÁLCULO	ALÍQUOTA	ICMS EXCLUÍDO
3106	764.400,00	0,12	91.728,00
3118	782.775,00	0,12	93.933,00
3147	665.175,00	0,12	79.821,00
3160	991.882,50	0,12	119.025,90
3164	867.300,00	0,12	104.076,00
3223	360.270,00	0,12	43.232,40
3237	155.860,00	0,12	18.703,20
3244	32.300,00	0,12	3.876,00
3267	75.465,00	0,12	9.055,80
3268	141.491,50	0,12	16.978,98
VALOR EXCLUÍDO	4.836.919,00		580.430,28

Assim, entendo que o imposto exigido sobre as operações de saídas relativas as mercadorias constantes nas Notas Fiscais 3106, 3164, 3118, 3147, 3160, 3223, 3237, 3244, 3267 e 3268 deve ser mantido, uma vez que a nota fiscal apresentada pela defesa na tentativa de elidir a autuação, restou comprovado divergências de valores do ICMS devido, datas, destinatários, natureza de operações e propriedade das mercadorias. Ademais, mesmo que houve coincidência de valores, o que não ocorreu no caso em lide, a emissão de uma nota fiscal meses após a efetiva operação não comprovaria o efetivo recolhimento do tributo devido (ICMS mais os acréscimos legais), nem mesmo foi comprovado o recolhimento efetivo do principal.

Entretanto, entendo que devem ser excluídas da infração as Notas Fiscais nºs. 3336, 3402, 3470, 3497, 3509, 3512, 3547 e 3550, uma vez que diligência solicitada por esta Junta de Julgamento, os próprios autuantes asseveram que intimaram o autuado o qual apresentou cópia das notas fiscais que comprovam a devolução de bens e produtos constantes das Notas Fiscais Nºs 3336, 3402, 3470, 3497, 3509, 3512, 3547 e 3550, devendo ser excluído da autuação o valor de R\$ 12.615,27 conforme abaixo:

Nº NOTA FISCAL	BASE DE CÁLCULO	ALÍQUOTA	ICMS EXCLUÍDO
3336	28.677,25	12	3.441,27
3402	5.200,00	17	884,00
3470	12.000,00	12	1.440,00
3497	5.000,00	17	850,00
3509	12.000,00	12	1.440,00
3512	12.000,00	12	1.440,00
3547	12.000,00	12	1.440,00
3550	14.000,00	12	1.680,00
VALOR EXCLUÍDO	100.877,25		12.615,27

Quanto as demais nota fiscais objeto da infração em tela, abaixo indicadas, entendo que devem ser mantidas na infração, uma vez que o autuado não comprovou que os bens e produtos constantes das mesmas retornaram ao seu estabelecimento (decorridos mais de seis anos) ou que foram emitidas notas fiscais de vendas. Assim, entendo que a infração em tela restou parcialmente caracterizada no valor R\$ 638.777,60, conforme abaixo indicado:

MÊS/ANO	Nº NOTA FISCAL	BASE DE CÁLCULO	ALÍQUOTA	ICMS DÉVIDO
01/00	3021	4.000,00		
SOMA		4.000,00	17	680,00
03/00	3082	615		
	3089	11.999,00		
SOMA		12.614,00	17	2.144,38
03/00	3106	764.400,00		
	3107	12.000,00		
SOMA		776.400,00	12	93.168,00
04/00	3118	782.775,00		
	3122	6.955,14		
	3126	4.387,17		
	3131	6.972,00		
	3137	100		
SOMA		801.189,31	12	96.142,72
05/00	3147	665.175,00		
	3153	15.000,00		
	3160	991.882,50		
	3164	867.300,00		
	3194	146.726,25		
	3197	210		
SOMA		2.686.293,75	12	322.355,25
06/00	3198	300		
	3223	360.270,00		
	3236	4.000,00		
	3237	155.860,00		
	3243	2.500,00		
	3244	32.300,00		
	3245	6.118,00		
	3249	120		
SOMA		561.468,00	12	67.376,16
07/00	3267	75.465,00		
	3268	141.491,50		
	3269	2.500,00		

	3270	314		
	3271	1.500,00		
	3274	2.342,00		
	3277	2.001,00		
	3295	3.200,00		
	3297	1.200,00		
	3301	4.400,00		
	3305	15.600,00		
SOMA		250.013,50	12	30.001,62
07/00	3277	1.000,00		
SOMA		1.000,00	17	170,00
08/00	3320	2.500,00		
	3323	28.252,80		
	3324	2.500,00		
	3332	535		
	3333	7.900,00		
	3334	1.445,00		
	3336	0,00		
	3346	16.300,00		
	3349	30		
SOMA		59.462,80	12	7.135,54
09/00	3368	9.187,50		
SOMA		9.187,50	12	1.102,50
09/00	3378	15.000,00		
	3385	3.000,00		
SOMA		18.000,00	17	3.060,00
10/00	3407	9.571,91		
	3411	2.000,00		
	3412	6.000,00		
	3425	57.640,03		
	3452	8.574,60		
	3453	5.000,00		
	3461	3.000,00		
SOMA		91.786,54	12	11.014,39
10/00	3402	0,00		
	3416	9.030,00		
SOMA		9.030,00	17	1.535,10
11/00	3470	0,00		
	3505	13,48		
	3508	3.780,00		
	3509	0,00		
	3512	0,00		
	3515	17.000,00		
	3533	3.306,00		
	3547	0,00		
	3550	0,00		
SOMA		24.099,48	12	2.891,94
11/00	3497	0,00		
SOMA		0,00		0
TOTAL DA INFRAÇÃO 6				638.777,60

Pelo acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, no valor de R\$642.259,19 referente a ICMS, mais a multa de R\$770,26, conforme abaixo discriminado, devendo ser homologado os valores efetivamente recolhidos.

INFRAÇÕES	COCLUSÃO	VALOR DEVIDO
1	PROCEDENTE	770,26
2	PROCEDENTE	1.689,51
3	PROC. PARTE	1.324,61
4	PROCEDENTE	91,40
5	PROCEDENTE	9,32
6	PROC. PARTE	638.777,60
7	PROC. PARTE	348,67
8	PROCEDENTE	12,48
9	PROCEDENTE	5,60
TOTAL		643.029,45

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **110108.0018/04-1**, lavrado contra **MFX DO BRASIL EQUIPAMENTOS DE PETRÓLEO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$642.259,19**, sendo R\$642.169,06, atualizado monetariamente, acrescido das multas de 60% sobre R\$642.077,66 e 100 sobre R\$91,40, previstas no art. 42, II, “a”, “f” e IV, “b”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios, e R\$90,13, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, da citada lei, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$770,26**, prevista no inciso IX do mesmo artigo e lei, e dos acréscimos moratórios correspondentes, conforme estabelecido pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores efetivamente recolhidos.

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 7.851/99, com efeitos a partir de 10. 10. 00.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de março de 2007.

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – PRESIDENTE/RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA

MARCO AURÉLIO ANDRADE SOUZA - JULGADOR