

PROCESSO - A. I. Nº 110108.0018/04-1
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e MFX DO BRASIL EQUIPAMENTOS DE PETRÓLEO LTDA.
RECORRIDOS - MFX DO BRASIL EQUIPAMENTOS DE PETRÓLEO LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JF nº 0056-04/07
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET - 30/11/2010

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0377-12/10

EMENTA: ICMS. 1. IMPORTAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO. O contribuinte comprovou o recolhimento de parte do débito. Infração parcialmente comprovada. 2. 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 e que parte do imposto foi recolhido extemporaneamente. Modificada a Decisão recorrida. Infração parcialmente subsistente. 3. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA DETERMINAÇÃO. FALTA DE INCLUSÃO DO IPI. Restou comprovado que a maior parte das operações foi realizada para contribuinte do ICMS. Infração parcialmente elidida. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**. Recurso Voluntário **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso de Ofício em razão da Decisão proferida, através do Acórdão nº 0056-04/07, ter desonerado o sujeito passivo de parte do débito a ele imputado, consoante determina o art. 169, I, “a”, do RPAF/99, e de Recurso Voluntário, interposto pelo contribuinte, com base no art. 169, I, “b”, do citado regulamento.

O Auto de Infração, lavrado em 30/12/2004, exige o ICMS no valor de R\$687.335,85, atribuindo ao sujeito passivo o cometimento de nove infrações à norma tributária deste Estado. No entanto somente fazem parte do Recurso de Ofício as infrações apontadas como 03, 06 e 07 e, quanto ao Recurso Voluntário a infração 06. Em assim sendo, a matéria que envolve ambos os Recursos são as seguintes:

INFRAÇÃO 3 – Deixou de recolher o ICMS, no valor 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 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.

Através do Acórdão nº 0182-04/06, proferido na sessão de 23 de maio de 2006, a 4ª JF decidiu pela procedência parcial das infrações ora em análise proferindo a seguinte Decisão quanto às infrações 3 e 7 que somente fazem parte do Recurso de Ofício

.....
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 anexas, referente às Notas Fiscais de nºs 00066, 00089, 00115, 00034 e 0, afirmando que o ICMS devido foi oportuna e tempestivamente recolhido, e 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 deve 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 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 acostassem 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 ser 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:

.....
A exigência fiscal foi reduzida para o valor de R\$348,67.

Em relação à infração 6 assim foi decidido:

Na infração 06 é imputado ao autuado a falta de recolher o ICMS, em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regulamente escrituradas.

Em diligência efetuado pelos autuantes, folha 296, o autuado apresentou cópia das notas fiscais que comprova a devolução de bens e produtos constantes das Notas Fiscais nºs 3336, 3402, 3470, 3497, 3509, 3512, 3547 e 3550, as quais devem ser excluídas da autuação. Quanto às demais notas fiscais devem ser mantidas na autuação, uma vez que o valor não comprovou a devolução dos produtos.

A infração foi julgada procedente em parte no valor de R\$11.562,56.

Ao analisar o Recurso Voluntário apresentado contra a Decisão da 4ª JJF bem como o Recurso de Ofício interposto, a 2ª Câmara de Julgamento Fiscal determinou que o processo retornasse à Primeira Instância para nova Decisão (Acórdão nº 0352-12/06). No voto do relator da 2ª Instância, ao serem enfrentadas as questões pertinentes à infração 6 foi entendido de que na Decisão existia vício insanável, pois não se encontravam expressos os motivos que ensejaram a exclusão de parte da parcela do débito fiscal, como a seguir se transcreve:

Da leitura do Voto e da Resolução da 4ª 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 1ª Instância para novo julgamento. Em consequência fica PREJUDICADO o exame dos demais itens que compõem o Recurso de Ofício.

A 4ª JJF através do Acórdão JJF nº 0056-04/07 de 29 de março de 2007 ratificou a Decisão prolatada anteriormente no Acórdão JJF nº 0182-04/06 quanto às infrações 03 e 07.

Quanto à infração 6, assim se posiciona após transcrever a infração onde constam as notas fiscais autuadas, os argumentos de defesa autuante.

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\$684.594,12, 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 firmado 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:

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 asseveraram 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:

.....
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:

.....

De ofício, a 1ª Instância de Julgamento Fiscal recorreu da Decisão prolatada para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal 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 10.100/00.

Após tomar conhecimento da Decisão de 1º Grau, o contribuinte apresenta Recurso Voluntário (fls. 615/621) exclusivamente contra a Decisão prolatada em relação à infração 6.

Reitera de que o objeto desta infração foram as saídas efetuadas em decorrência do Termo de Cooperação 540.4.046/99 e que as notas fiscais que foram objeto de autuação referem-se, todas, a mesma operação e trazem no seu corpo a referência ao Termo de Cooperação TCA 540.4.046/99, inclusive não havendo por parte da JJF qualquer dúvida a este respeito.

Afirma, em seguida, ter demonstrado de que todo o ICMS sobre a operação foi pago através da Nota Fiscal nº 3548, inclusive como havia considerado o julgador de 1ª Instância, quando do primeiro julgamento, embora não tenha explicitado de forma clara tal argumento o que ensejou a anulação da Decisão proferida.

Diz que a Nota Fiscal nº 3548 foi emitida para efetuar a cobrança do valor devido pelo contrato acima citado que foi, inicialmente, fixado em R\$5.610.809,49 conforme sua Cláusula Sétima. Posteriormente, tal valor foi alterado para R\$5.704.950,98, conforme Termo Aditivo Nº 01 (doc. 02) e assim emitida a Nota Fiscal nº 3548. Portanto, não restava dúvida de que a citada nota fiscal se referiu à cobrança das mercadorias anteriormente remetidas, como observação que consta do corpo da própria nota fiscal que cita “*notas fiscais de remessa da mercadoria e o Termo de Cooperação TCA 540.4.046/99*”, inclusive sobre uma base de cálculo superior a que foi objeto de autuação, pois calculada com o reajuste de preço acordado com a PETROBRÁS. Informa, em seguida, que estava pensando aos autos cópia do livro de Registro de Saída 10 referente ao mês de dezembro/2000, período em que foi emitida a Nota Fiscal nº 3548 e o seu respectivo lançamento. E, conforme apuração realizada, o valor final devido no referido mês foi corretamente apurado, como explicou.

Assim, entendendo ter demonstrado que o imposto devido foi efetivamente pago, concorda que deveria ter tributado as operações de remessa, ou seja, que houve a postergação do recolhimento do imposto, mas não a falta do seu pagamento. Assim, somente seria cabível a exigência de acréscimos moratórios.

Passa a analisar as razões que levaram o relator para proferir o seu voto.

1. *As “mercadorias não retornaram ao estabelecimento do autuado e, em verdade, conforme afirma o próprio atuado as mercadorias foram vendidas”* Na sua defesa apenas havia alegado que parte das mercadorias autuadas foram devolvidas por se tratar de bens que foram utilizados como instrumento de armazenamento e transporte. Este argumento foi considerado pertinente parcialmente já que excluído o valor de R\$12.615,27. Entretanto quanto as demais, principalmente em relação aos umbilicais e acessórios, não questionou seus retornos, mas sim que o tributo fora pago.
2. *“Não coincidência das datas de emissão das notas fiscais objeto da autuação com a Nota Fiscal nº 3548 apresentada pela defesa”*. A nota fiscal de faturamento e cobrança emitida contra a Petrobras não poderia ser emitida antes da remessa porque as mercadorias ainda seriam testadas e aprovadas.
3. *“Não há coincidência entre os destinatários”*. A Brasflex era responsável pelos serviços de manuseio, controle, estoque limpeza e manutenção de linhas flexíveis e este foi o estabelecimento da Petrobras indicado para entrega do material, conforme Cláusula Quinta do Termo de Cooperação TCA 540.4.046/99.
4. *“O contrato firmado entre o autuado e a PETROBRAS não é capaz de transformar uma operação tributada em não tributada”*. Não teve a intenção em “transformar uma operação tributada em não tributada”, tanto que houve o recolhimento do imposto. Apenas houve o erro no momento de efetuar a tributação da operação, ou seja, ao invés da tributação ter sido feito na remessa ela foi efetuada no momento da cobrança pelas mercadorias vendidas.
5. *“O Regime Especial citado no contrato e demais documentos. foi autorizado pela Secretaria da Fazenda do Estado do Rio de Janeiro e do Estado da Bahia”*. Concorde que o regime especial não se aplicou apenas serviu para comprovar o endereço de entrega das n

ressalta de que os materiais foram testados e utilizados no Campo de Roncador de responsabilidade da Petrobras, conforme consta das notas fiscais de remessa de umbilicais.

6. “Não há coincidência entre os valores de base de cálculo e ICMS apurado pelos autuantes e o destacado na nota fiscal acostada pela defesa”. Não poderia haver coincidência de datas, pois o imposto foi calculado sobre uma base de cálculo que sofreu reajuste em 10/06/2000, no decorrer do período em que foram efetuadas as entregas.

Finalizando sua impugnação, solicita a improcedência da infração 6 e, caso seu pedido não seja atendido, entende que só podem ser cobrados os acréscimos legais por uma eventual postergação do pagamento para não se caracterizar bitributação, que se configura como uma flagrante ilegalidade, conforme prevê o RPAF/BA no seu art. 114, II.

Em nova manifestação (fls. 680/687) o recorrente, inicialmente tece considerações acerca do contrato que celebrou com a PETROBRAS e indica que, conforme Termo de Cooperação 540.4.046/99 – SERMAT foi estabelecido que os “protótipos” somente seriam de propriedade da PETROBRAS após serem aprovados (item 2.3 do referido Termo) e que o recorrente emitiria nota de venda e fatura ou nota fiscal fatura no valor total do Termo de Acordo somente à época do último repasse (item 8.5.2). Porém, em face do elevado custo financeiro, a PETROBRAS se comprometeu a efetuar aportes financeiros (Cláusula Sétima) ao projeto, repassando tais aportes desde a aquisição das matérias-primas até a qualificação final dos equipamentos. Assim, os repasses financeiros começaram em março de 2000, somente terminando em dezembro de 2000, quando foi emitida a Nota Fiscal nº 3458.

Falando, novamente sobre o reajuste que houve no contrato estabelecido, observa de que não recolheu o ICMS quando da emissão das notas fiscais para a BRASFLEX, quando os produtos seriam submetidos a testes de qualificação para serem aprovados pela PETROBRAS, diante das determinações do art. 615 e seguintes do RICMS/BA. E, quando os equipamentos foram aprovados, o que se deu em dezembro de 2000, foi emitida a nota fiscal nº 3548 e o imposto recolhido.

Destaca, em seguida, que os argumentos que estava expondo se referem exclusivamente quanto às Notas Fiscais nºs 3160, 3164, 3106, 3118, 3147, 3223, 3237, 3244, 3267 e 3268, as quais totalizam uma base de cálculo de R\$4.836.919,00 e ICMS de R\$580.430,28, nos termos da planilha elaborada pela JJF. Desta forma, prossegue, entende que a exigência fiscal deve ser reduzida para R\$58.347,32 (R\$638.777,60 – R\$ 580.430,28).

Ao expor as considerações que fazem para embasar o seu entendimento quanto ao imposto a ser exigido, apresenta as mesmas que fez quando apresentou o Recurso Voluntário acerca dos motivos que a JJF discorreu para não aceitar excluir da autuação o valor de R\$580.430,28, ou seja, a não aceitação da Nota Fiscal nº 3548.

Solicita, novamente, a improcedência da infração ou, apenas, a cobrança dos acréscimos moratórios face ao recolhimento do tributo no mês de dezembro de 2000.

Frisa importante destacar de que a própria Diretoria de Tributação desta Secretaria de Fazenda já havia reconhecido a vinculação das notas fiscais, objeto da impugnação com a nota fiscal nº 3548, pois sugeriu que o recorrente solicitasse restituição do imposto destacado e recolhido no mês de dezembro de 2000. Afora que o próprio autuante elaborou consulta a essa Diretoria solicitando orientação para saber se exigia o imposto ou os acréscimos moratórios.

Fazendo quesitação, requer a reforma do Acórdão recorrido.

A PGE/PROFIS (fls. 733/734) após sintetizar as razões apresentadas pelo recorrente e diante da documentação existente nos autos, entende que o PAF deve ser submetido à diligência para verificação da veracidade dos argumentos apresentados.

Esta 2ª CJF remete os autos à ASTEC/CONSEF (fls. 737/738) para que fosse verificado se as alegações de defesa eram pertinentes.

O diligente fiscal (fls.740/742) através do Parecer ASTEC nº 046/ informa as informações e conclusões:

1. Em 05/03/2008 em reunião com o Sr. Admilson Lopes (responsável do autuado) houve o esclarecimento da maneira como :

comercialização dos seus produtos e que sua produção é de umbilicais, tubos e mangueiras que são peças destinadas ao setor petrolífero para extração de petróleo em águas profundas e que 90% do total dessa produção destina-se exclusivamente à PETROBRÁS. Após a fabricação desses umbilicais, são esses encaixados um a um, até formar uma mangueira de grande espessura e com aproximadamente 6.000 metros de comprimento, a qual é enviada em rolos próprios e através de navios. Que segundo o Sr. Admilson, quando da remessa da mercadoria para seus clientes, especificamente quanto ao presente Auto de Infração, é emitida nota fiscal de simples remessa para a empresa Brasflex (conforme autorização interna da PETROBRÁS - fl. 228), sem destaque do ICMS, sendo, posteriormente, emitida nota fiscal de venda, com destaque do ICMS, em nome da PETROBRAS, quando do cumprimento e faturamento final do Termo de Cooperação, apesar de haver repasse de valores em etapas anteriores.

2. Foi apresentado o original da Nota Fiscal nº 3548, como prova da operação de venda realizada, sem haver inclusive devolução de qualquer produto ou acessório nela especificado e correspondente às notas fiscais de simples remessa anteriormente emitidas de nºs 3160, 3164, 3106, 3118, 3147, 3223, 3237, 3244, 3267 e 3268, em cumprimento ao estipulado no Termo de Cooperação existente entre o autuado e a Petrobrás.
3. Confirmou as alegações constantes na defesa, de que a nota fiscal com destaque do ICMS só poderia ser emitidas após o recebimento e confirmação da PETROBRÁS que o produto fabricado estava aprovado, cujo recebimento e controle era atribuição da Brasflex a qual possui contrato específico com a mesma para este fim, conforme cópia de documento apresentado às fls. 748/ 750.
4. Confirmou que o imposto foi recolhido realmente na data de finalização do Termo de Cooperação, inclusive com reajuste do valor em razão da homologação e testes dos produtos, resultando com isso, na divergência de valor entre o total das notas fiscais de simples remessa de nºs 3160, 3164, 3106, 3118, 3147, 3223, 3237, 3244, 3267 e 3268 e a Nota Fiscal de Venda nº 3548.
5. Ressaltou que o valor do ICMS destacado na Nota Fiscal de nº 3548, no montante de R\$684.594,12 (fl. 43 do PAF) está registrado no conta corrente fiscal do mês de dezembro/ 2000 (fls.751/754), cujo imposto normal a pagar referente a 12/2000 foi apurado no valor de R\$733.856,25.

Constatando, assim, a vinculação operacional entre o recorrente, a PETROBRAS e Brasflex, conforme determinado em contrato firmado entre as partes e, diante do pagamento do imposto principal e destacado na Nota Fiscal nº 3548 em 21/01/2001, através de Parcelamento de Débito, entendeu restar caracterizada a intempestividade no recolhimento do tributo, haja vista que o ICMS deveria ter sido recolhido quando da data efetiva da saída das mercadorias (quando da simples remessa).

Com base nas informações acima descritas, solicitou a SAT/DAT/GCRED o cálculo relativo aos juros e acréscimos monetários devidos pelo recorrente correspondente ao período existente entre a data da efetiva saída e circulação da mercadoria (março, maio, junho e julho 2000), tendo como base de cálculo o valor constante nas notas fiscais de simples remessa e a data do pagamento da primeira parcela do imposto principal devido em dezembro/2000 (DAE fl. 668), ou seja 21/01/2001, conforme planilha de fls. 745/746.

Diante de tudo exposto, apresentou demonstrativo de débito referente aos acréscimos moratórios devidos no valor de R\$102.146,87 e imposto no valor de R\$58.347,31 referente a não comprovação do pagamento do imposto relativo às Notas Fiscais nºs 3021, 3082, 3089, 3107, 3122, 3126, 3131, 3137, 3153, 3194, 3197, 3198, 3236, 3243, 3245, 3249, 3269, 3270, 3271, 3274, 3217, 3295, 3297, 3301, 3305, 3277, 3320, 3323, 3324, 3332, 3333, 3334, 3336, 3346, 3349, 3368, 3378, 3385, 3407, 3411, 3412, 3425, 3452, 3453, 3461, 3402, 3416, 3470, 3505, 3508, 3509, 3512, 3515, 3533, 3547, 3550 e 3497.

Manifestando-se sobre a conclusão a que chegou a diligência fiscal, o recorrente (fls. 762/766) concorda inteiramente quanto ao valor do ICMS a ser exigido. Entretanto discorda dos acréscimos moratórios, por entender não ter havido intempestivo imposto, especialmente em relação à afirmativa da diligência de que recolhido quando da remessa das mercadorias para serem testadas

entendimento vai de encontro com as determinações do art. 615, §§ 1º e 5º, II, do RICMS/BA. Nesta análise, torna a dizer que somente enviou as mercadorias à PETROBRAS quando da emissão da Nota Fiscal nº 3548. Dircorre, novamente sobre os termos do acordão realizado com a PETROBRAS para embasar seus argumentos.

Lembra que, por decisões reiteradas deste CONSEF, já se encontra pacificado o entendimento no sentido de que o interesse do Estado é pela cobrança do imposto devido e não de um imposto “surgido” a partir do mero descumprimento de obrigação de caráter acessório. Entende que, no caso em tela, a lei estadual prevê multa de R\$40,00 (art. 42, XXII, da Lei nº 7.014/96), jamais exigência de imposto.

Ressalta, em seguida, que, caso fosse aceitável a exigência do valor indicado no Parecer ASTEC Nº 046/2008, precisaria tomar conhecimento de como a diligente apurou o mesmo, para que pudesse exercer seu direito de defesa. Observa que recebeu somente às fls. 740/744 dos autos, ao passo que a apuração do valor de R\$102.146,87, conforme dito pela diligente no seu Parecer, encontra-se às fls. 745/746. Porém, apesar deste erro cometido pelo Setor de Intimação, que ensejaria o cerceamento do seu direito de defesa, entende que os acréscimos moratórios não são devidos em face das determinações do art. 615, do RICMS/BA, portanto, não havia necessidade de se providenciar o fornecimento das citadas folhas dos autos.

Finalizando, requer que a infração 6 seja julgada procedente em parte no valor que entende devido e, caso assim não seja, que seja determinado o fornecimento das cópias dos documentos capazes de esclarecer como a diligente apurou este valor, com a devida reabertura de prazo de defesa.

Em manifestação (fls. 770/771) os autuantes dizem que estão convictos sobre a veracidade da autuação, concordando com o valor do imposto exigido na infração 6 conforme Decisão da JJF.

Entendem que o pedido de diligência solicitado pela PGE/PROFIS estava completamente equivocado e que o pedido do Conselheiro Relator não tinha razão de ser, já que fugiu do foco principal da discussão constante do Auto de Infração, ou seja, ele induziu para a interpretação de intempestividade, quando a discussão é falta de destaque do ICMS em notas fiscais, cujas operações de saídas são tributáveis pela legislação do ICMS.

Quanto ao Parecer da ASTEC, discordaram veementemente. Entederam que, se a diligente fiscal contatou funcionário do recorrente para esclarecimentos, deveria, de igual forma, contatá-los. Entenderam que ela ultrapassou o pedido da diligência, mudando, sem competência, o fulcro do Auto de Infração, querendo transformar a cobrança de uma obrigação principal para cobrança de multa por obrigação acessória, inclusive mudando a data de ocorrência e a data do vencimento.

Informa que estão à disposição dos membros desta CJF e, especialmente, ao Senhor Relator para prestar as informações necessárias e que irão acompanhar o julgamento.

A procuradora Maria Dulce Baleeiro Costa (fl. 772 verso) encaminha os autos ao relator do presente PAF para que ele fosse analisado pela chefia do Órgão Jurídico. Após, que o mesmo retornasse para manifestação conclusiva.

O anterior relator encaminha o PAF à PGE/PROFIS (fl. 773) e o procurador assistente daquele órgão jurídico se manifesta (fls. 774/775).

A respeito da manifestação dos autuantes, entende, com a devida venia, desprovida de qualquer argumentação jurídica ou fática, pois adstrita a considerações de ordem procedimental, não sendo apta para desconstituir o Parecer Técnico exarado pela ASTEC.

Quanto à manifestação do recorrente, diz que ela teve como lastro a celebração do Termo de Cooperação realizado com a PETROBRÁS que não tem o condão de modificar elementos da relação obrigacional tributária, em especial seu aspecto temporal, conforme preconiza o art. 123, do CTN.

Concluiu seu despacho afirmando: *Portanto, em face do qual entendimento firmado pela Parecer ASTEC, firmado no sentido de recolhimento do tributo em apreço, porquanto firmado em conformidade com o Termo de Cooperação, desfigurando o elemento temporal do fato gerador*

data da efetiva saída das mercadorias, ou seja, momento da “simples remessa”. Nesse passo, opino pelo PROVIMENTO PARCIAL do RECURSO VOLUNTÁRIO, na esteira do Parecer ASTEC nº 046/2008.

Constam às fls. 776/779 pagamentos realizados pelo recorrente relativo às diversas infrações contidas no presente Auto de Infração.

Na assentada de julgamento, a procuradora Dra. Rosana Maciel Bitencourt Passos em pronunciamento, emite opinativo, entendendo que, embora esteja comprovada a intempestividade do recolhimento do imposto, nesta ação fiscal os acréscimos tributários não poderiam ser exigidos, sob pena de mudança do fulcro da autuação e, consequentemente, cerceamento do direito de defesa do contribuinte.

VOTO

Passo a apreciar o Recurso Voluntário interposto pela empresa autuada no sentido de desonerá-lo parcialmente da exigência do ICMS constatado pela falta do seu recolhimento em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas.

A questão envolve operações de remessas de mercadorias para teste e, após, a efetiva venda. A empresa autuada firmou 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, os chamados “umbilicais”. No referido contrato (e demais contratos anexados aos autos), o recorrente enviou os produtos fabricados, através das Notas Fiscais nºs 3106, 3118, 3147, 3160, 3164, 3223, 3237, 3244, 3267 e 3268, à BRASFLEX, onde foram recebidos e depositados (por conta da Petrobrás), para posterior avaliação em campo pela referida empresa. Ou seja, a BRASFLEX recebia tais produtos, que eram submetidos a testes e, após estes testes de qualificação, e aprovação, encaminhados definitivamente à PETROBRAS.

Observo, neste momento, que a BRASFLEX é empresa localizada no Estado do Espírito Santo (fl. 748) no mesmo local da base da PETROBRÁS (fl. 694). De que, no contrato firmado, estabeleceram as partes contratantes que somente seria emitida nota fiscal de venda e fatura ou nota fiscal fatura no valor total do Termo de Cooperação, na época do último repasse financeiro, também acordado entre si (item 8.5.2 do referido contrato - fl. 698).

Nesta operação, o recorrente procedeu da seguinte forma: ao longo do ano (março a dezembro de 2000) realizou dez operações (conforme notas fiscais citadas) de envio para testes dos produtos fabricados com natureza da operação “outras saídas não especificadas” sem destaque do ICMS para a BRASFLEX (fls. 711/720). Em 27/12/2000 emitiu a nota fiscal nº 3548 (fl. 721) com natureza de operação “Venda de Prod. F/do Estado Com. Final” para a PETROBRAS, destacando o imposto devido. Neste mês de dezembro de 2000 lançou na sua escrita fiscal a nota fiscal nº 3548, compondo o seu conta corrente fiscal (fl. 724/730). A PETROBRAS emitiu termo definitivo de recebimento dos produtos fabricados ao longo do ano de 2000 em 08/08/2001 (fl. 226).

Com esta situação posta, não posso, inclusive por dever, de não me alinhar a toda a análise feita pelo nobre procurador assistente da PGE/PROFIS, quando afirma que um contrato celebrado por particular não possui *o condão de modificar elementos da relação obrigacional tributária, em especial seu aspecto temporal, conforme preconiza o art. 123, do CTN*, que assim dispõe:

Art. 123. Salvo disposições de lei em contrário, as convenções particulares, relativas à responsabilidade pelo pagamento de tributos, não podem ser opostas à Fazenda Pública, para modificar a definição legal do sujeito passivo das obrigações tributárias correspondentes.

Portanto, se o recorrente seguiu os procedimentos acordados em contrato particular, o fez por sua conta e responsabilidade, não tendo o ente tributante qualquer ingerência na questão.

Em assim sendo, somente posso me voltar para as determinações tributárias vigentes e, em especial, do Estado da Bahia.

Mesmo que se possa questionar se as remessas feitas dos produtos considerados como remessas para industrialização, invoco as deter-

do RICMS/BA, vigentes à época dos fatos geradores, pois a industrialização realizada pelo recorrente não se completaria sem os testes de qualificação.

Art. 615. É suspensa a incidência do ICMS nas saídas internas de mercadorias ou bens a serem industrializados, total ou parcialmente, em estabelecimento de terceiro, por conta do remetente (Conv. AE 15/74, Convs. ICM 1/75, 18/78, 32/78, 25/81 e 35/82, e Convs. ICMS 34/90, 80/91 e 151/94).

§ 1º Na remessa de que trata este artigo, será emitida Nota Fiscal, sem destaque do ICMS, cuja natureza da operação será "Remessa para industrialização", atribuindo-se às mercadorias o preço estipulado no inciso III do art. 56.

§ 3º A suspensão prevista neste artigo é condicionada a que as mercadorias ou bens ou os produtos industrializados resultantes retornem real ou simbolicamente ao estabelecimento de origem, dentro de 180 dias, contados da data da saída do estabelecimento autor da encomenda, se nesse prazo não for realizada a transmissão de sua propriedade, sendo que esse prazo poderá ser prorrogado até duas vezes, por igual período, em face de requerimento escrito do interessado, dirigido à repartição fiscal a que estiver vinculado.

§ 4º Decorrido o prazo estipulado no parágrafo anterior, salvo prorrogação autorizada pelo fisco, sem que ocorra a transmissão da propriedade ou o retorno das mercadorias ou bens ou dos produtos industrializados ao estabelecimento de origem, real ou simbólico, será exigido o imposto devido por ocasião da saída originária, sujeitando-se o recolhimento, mesmo espontâneo, à atualização monetária e aos acréscimos moratórios.

§ 5º Considera-se encerrada a fase de suspensão da incidência do imposto, com a verificação de qualquer das seguintes situações:

I - o recebimento em retorno real ou simbólico da mercadoria ou bem ou dos produtos resultantes ao estabelecimento de origem;

II - a transmissão da propriedade da mercadoria ou bem ou dos produtos resultantes da industrialização, pelo autor da encomenda, estando ainda em poder do industrializador;

III - o não atendimento da condição de retorno, no prazo regulamentar.

§ 6º A suspensão prevista neste artigo poderá aplicar-se, também, às operações interestaduais:

I – com mercadorias ou bens a serem industrializados em estabelecimento de terceiro, por conta do remetente, sendo que:

a) nas saídas desta para outra unidade da Federação, o reconhecimento da suspensão é condicionado a que o interessado requeira prévio regime especial nesse sentido, não havendo necessidade, contudo, para concessão do regime, da manifestação ou aquiescência específica da unidade federada envolvida na operação, enquanto estiver em vigor a orientação dos convênios indicados no “caput” deste artigo; (efeitos até 06/05/03)

Diante da norma regulamentar vigente à época, o recorrente não poderia proceder da forma que fez, por não possuir base legal para assim agir. Mesmo que tivesse regime especial neste sentido, no Estado da Bahia, ao recolher o imposto no mês de dezembro de 2000 extrapolou o prazo legal concedido pela norma regulamentar (180 dias), pois não foi feita qualquer solicitação de dilatação de prazo. E, nesta linha de admissão da situação, o argumento de que a PETROBRAS somente recebeu os produtos em dezembro de 2000 e, por isto, somente lançou o imposto naquele mês, esbarra na própria determinação legal. Afora que seria ilógico admitir que uma encomenda enviada em março de 2000 para teste, somente foi entregue ao encomendante em dezembro de 2000.

No mais, como o recorrente não possuía regime especial deste Estado para suspensão do imposto, como inclusive confessado, comungo com o entendimento externado pela diligente fiscal que emitiu o Parecer técnico ASTEC/CONSEF, ou seja, o recorrente não poderia ter emitido as dez notas fiscais já citadas, sem destaque do imposto, por não preencher as condições legais para fruição do benefício da suspensão do imposto na operação concretizada.

Pelo exposto, o argumento, muitas vezes contradito pelo próprio recorrente em suas manifestações, de que os equipamentos somente foram entregues à PETROBRAS, em dezembro de 2000, não encontra guarida.

Por fim, e mais contundente, o próprio recorrente, desde sua inicial, admite ter errado em não recolher o imposto no prazo legal, confessando de que existem acréscimos moratórios a serem exigidos.

Isto posto, me volto à questão se resta caracterizada a falta de reco operações já referidas (como entende o autuante) ou se a exigência

Neste sentido, me alinho com as considerações feitas pelo recorrente. O Estado controla suas receitas, ou seja, o pagamento do tributo devido. Sendo recolhido, mesmo que pago extemporaneamente, como no caso específico, a obrigação principal do tributo foi satisfeita. Desta forma, a extemporaneidade não pode ser confundida com o recolhimento da obrigação principal. Inclusive para que não haja tributação em duplicidade. Por isto é que o art. 161 do CTN determina que o crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante de sua falta e acrescenta: *sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis e da aplicação de quais quer medidas de garantia previstas nesta Lei ou em lei tributária*. Ou seja, os acréscimos moratórios (que compõem os acréscimos tributários que são constituídos de correção monetária e acréscimos moratórios) recaem sobre a intempestividade do recolhimento do imposto e estão previstos no art. 51 da Lei nº 7.014/96 e arts. 138, 138-B e 139, do RICMS/BA. Ressalto que os acréscimos moratórios não podem ser confundidos com multa, pois com ela não se confunde, já que esta última tem caráter de cunho punitivo e somente é aplicada quando lavrado Auto de Infração, ou seja, quando o imposto é cobrado através de lançamento de ofício. A lei do ICMS escalona percentuais de multa, conforme a gravidade da irregularidade constatada.

Portanto, o que restou provado em relação às operações em lide é que houve uma intempestividade de recolhimento do tributo e não a falta do seu recolhimento.

E, neste caso, existe na legislação tributária estadual infração específica, como acima indicado, com multa específica, conforme as determinações do art. 42, da Lei nº 7.014/96:

Art 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas

.....
VIII - 60% (sessenta por cento) do valor dos acréscimos tributários que não forem pagos com o imposto, em caso de recolhimento intempestivo, porém espontâneo;

Assim, exigir na presente ação fiscal os acréscimos moratórios como calculados pela revisora fiscal, entendo mudança do fulcro da autuação. Na presente autuação não podem ser exigidos, sob pena de cerceamento de defesa. No mais, discordo do recorrente de que, apenas restou provado o descumprimento de uma obrigação acessória passível de multa de R\$40,00. O fato provado foi uma infração específica à norma regulamentar e não descumprimento de obrigação acessória como abordado pelo contribuinte.

Por tudo exposto, concluo que deve ser exigido em relação à infração 6, o ICMS no valor de R\$58.347,32, conforme demonstrativo elaborado pela diligente fiscal às fls. 742 dos autos, valor este reconhecido como devido pelo recorrente, abaixo descrito:

D.OCORR.	D.VENC.	B.CÁLCULO	ALIQ. %	MULTA %	VLR. HISTÓRICO	VLR. REAL
31/01/2000	09/02/2000	4.000,00	17	60	680,00	680,00
30/03/2000	09/04/2000	12.614,00	17	60	2.144,38	2.144,38
31/03/2000	09/04/2000	12.000,00	12	60	1.440,00	1.440,00
30/04/2000	09/05/2000	18.414,31	12	60	2.209,72	2.209,72
31/05/2000	09/06/2000	161.936,25	12	60	19.432,35	19.432,35
30/06/2000	09/07/2000	13.038,00	12	60	1.564,56	1.564,56
30/07/2000	09/08/2000	1.000,00	17	60	170,00	170,00
31/07/2000	09/08/2000	33.057,00	12	60	3.966,84	3.966,84
31/08/2000	09/09/2000	59.462,80	12	60	7.135,54	7.135,54
29/09/2000	09/10/2000	18.000,00	17	60	3.060,00	3.060,00
30/09/2000	09/10/2000	9.187,50	12	60	1.102,50	1.102,50
30/10/2000	09/11/2000	9.030,00	17	60	1.535,10	1.535,10
31/10/2000	09/11/2000	91.786,54	12	60	11.014,39	11.014,39
29/11/2000	09/12/2000	0,00	17	60	0,00	0,00
30/11/2000	09/12/2000	24.099,45	12	60	2.891,94	2.891,94
TOTAL						58.347,32

O Recurso de Ofício trouxe a esta 2ª Instância a sucumbência do Estado em relação às infrações 3, 6 e 7. Não merece reforma a Decisão recorrida.

Na infração 3 - falta de recolhimento do ICMS, devido pelas importações realizadas pelo estabelecimento, o contribuinte comprovou o recolhimento do imposto através dos DAF's que constam do extrato do sistema "INC - Informações do Contribuinte", forma, a infração restou parcialmente caracterizada, no valor de R\$762,22 (31/01/2000) – R\$762,22 (31/05/2000)].

A infração 6 – falta de recolhimento do ICMS, em razão do contribuinte ter realizado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, acertadamente a JJF excluiu da autuação o valor de R\$12.615,27, tendo em vista que o autuado comprovou (inclusive aos autuantes) que houve a devolução das mercadorias constantes das Notas Fiscais nºs 3336, 3402, 3470, 3497, 3509, 3512, 3547 e 3550.

Na infração 7, 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. Após diligência para apuração da matéria fática em discussão, ficou provado de que diversos adquirentes das mercadorias exerciam atividade de revendedores, os quais foram excluídos da autuação. Permaneceram na autuação as notas fiscais emitidas para não contribuintes do imposto, ou seja, aquelas de nºs 3078, 3092, 3095, 3101, 3135, 3143, 3167, 3182, 3216, 3399, 3495, 3503, 3518, 3527, 3540 e 3544. As exclusões realizadas foram acertadamente feitas. A exigência fiscal deve ser reduzida para R\$348,67 como indicado pela JJF.

Diante de tudo exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício interposto e pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário apresentado, observando que o Órgão Competente desta Secretaria da Fazenda deve homologar os valores efetivamente recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **110108.0018/04-1**, lavrado contra **MTX DO BRASIL EQUIPAMENTOS DE PETRÓLEO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$61.828,90**, sendo R\$61.738,77, atualizado monetariamente, acrescido das multas de 60% sobre R\$61.647,37 e 100% sobre R\$91,40, previstas no art. 42, incisos II, alíneas “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, com os acréscimos moratórios conforme estabelecido pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores efetivamente recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de outubro de 2010.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS – RELATORA

ROSANA MACIEL BITENCOURT PASSOS - REPR. DA PGE/PROFIS